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; ex-Juiz e ex-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 Assembleia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Membro Titular do *Institut de Droit International* e Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia).

• **César Barros Leal (Presidente)**
Realizou estágio pós-doutoral em Estudos Latino-americanos na Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da Universidade Nacional Autônoma do México; em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; em Direitos Humanos na Universidade de Salamanca; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Membro da Academia Cearense de Letras.

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

• **Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati (2º Vice-Presidente)**
Coordenadora do Curso de Direito do Instituto Camilo Filho; Presidente da Academia Piauiense de Letras Jurídicas; Membro da Academia Piauiense de Letras; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

• **André Olavo Leite**
Doutor em Direito pelo Conservatoire National des Arts et Métiers e pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pesquisador Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Vilnius.

• **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.

• **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.

• **Dean Spielmann**
Ex-Juiz e Presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos; Juiz do Tribunal da União Europeia; Membro do Conselho de Administração do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo).

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

• **Hélio das Chagas Leitão Neto**
Ex-Secretário de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará; ex-Presidente da Seccional do Ceará da Ordem dos Advogados do Brasil; Pós-graduado em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB.

• **Jaime Ruiz de Santiago**
Ex-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 da Costa Rica; Conferencista em Universidades de vários países.

• **Jorge Padilla**
Graduado em Administração de Negócios Internacionais; Consultor Permanente do Instituto Interamericano de Direitos Humanos desde 2003; Consultor Corporativo em Projetos de Responsabilidade Social; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais na Universidade Autônoma da América Central, Costa Rica.

• **Lilly Ching**
Doutora em Direito; Diretora da Unidade de Petições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; ex-Assesora Jurídica da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

• **Linos-Alexandre Sicilianos**
Juiz e Vice-Presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos; Membro do Conselho de Administração do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo).

• **Ludovic Hennebel**
Doutor em Direito; Professor de Direito Internacional da Universidade de Aix-en-Provence; Diretor da Clínica de Direito Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Aix-en-Provence.

• **Manuel E. Ventura Robles**
Ex-Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro Associado do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional.

• **Michelangela Scalabrino**
Doutora em Direito Internacional pela Universidade Católica de Milão; Professora de Direito Internacional da mesma universidade; Membro do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Trieste); Professora visitante da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

• **Néstor José Méndez González**
Advogado; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; Diretor Geral do Instituto Nacional de Apoio a Vítimas e Estudos em Criminalidade (México).

• **Paulo Lugon Arantes**
Pesquisador Internacional; Mestre pela Utrech Universiteit e Doutor pela Katholieke Universiteit Leuven; Relator *Ad-hoc* do Conselho Nacional de Direitos Humanos; Atua como consultor para Organizações da Sociedade Civil e Vítimas de Violações de Direitos Humanos.

• **Sébastien Touzé**
Professor da Universidade de Estrasburgo; Secretário-Geral do Instituto Internacional de Direitos Humanos René Cassin (Estrasburgo); Membro do Conselho da Sociedade Francesa de Direito Internacional; Professor Associado do Instituto de Altos Estudos Internacional e do Centro de Pesquisa em Direitos Humanos e Direito Humanitário da Universidade de Paris II (Panthéon-Assas).

• **Soledad García Muñoz**
Advogada; Diplomada em Direitos Humanos pela Universidade Carlos III de Madri; Professora da Universidade Nacional de La Plata e da Universidade de Buenos Aires; Relatora Especial DESCA da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

APRESENTAÇÃO

O Instituto Brasileiro de Direitos Humanos IBDH), com sede em Fortaleza, capital do estado do Ceará, Brasil, tem o orgulho de lhes apresentar o 20º número de sua revista anual, um espaço privilegiado de divulgação de ideias e pensamentos, de apresentação de pesquisas, na vasto e fecundo território dos direitos humanos, congregando profissionais de diversos países, cujas contribuições figuram em seus idiomas originais, a saber: português, espanhol, francês, inglês, italiano e alemão.

A revista pode ser encontrada também no portal *revista.ibdh.org.br*, em que é possível visualizar seu conteúdo e fazer download de qualquer de seus artigos, o mesmo podendo ser feito, no site do IBDH (*ibdh.org.br*), com os textos de mais de quarenta obras. A proposta é dar vida aos objetivos do Instituto, estatutariamente previstos, de assegurar a promoção dos direitos humanos em sua universalidade, ou seja, a todos os seres humanos, livres ou não, posto que, sabidamente, são anteriores e superiores ao próprio Estado.

Com a passagem dos anos, desde sua fundação, em 14 de julho de 1990, o IBDH cresceu e se expandiu bastante, diversificando suas atividades, presenciais ou virtuais (as últimas, neste ano, predominantes, por força da epidemia), sendo seu carro-chefe os cursos brasileiros interdisciplinares em direitos humanos, efetuados a cada dois anos, em Fortaleza, com duas semanas de duração. Os alunos são dos mais diferentes segmentos (juízes estaduais e federais, advogados públicos e privados, promotores e procuradores de justiça, procuradores do estado, do município e da república, defensores públicos dos estados e da União, jornalistas, assistentes sociais, psicólogos, policiais civis e militares, agentes prisionais, presos e egressos, ciganos, indígenas, além de representantes de outros setores da comunidade jurídica e da sociedade), os quais tomam parte de uma agenda de conferências, painéis, oficinas temáticas e estudos de caso (simulação de um caso hipotético de violação de direitos humanos, encaminhado ao sistema interamericano de proteção desses direitos), além de visitas institucionais. O corpo docente, de expositores e facilitadores, é integrado por especialistas, mestres e doutores, provenientes de vários estados do Brasil e de outros países do continente latino-americano e da Europa.

Apoiada por diversas instituições ao longo do tempo (Banco do Nordeste, União Europeia, Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará e Centro Universitário Farias Brito), distribuída gratuitamente a seus leitores, a Revista é por igual uma das publicações regulares dos cursos interdisciplinares, somando-se aos livros, redigidos em quatro línguas (português, espanhol, francês e inglês), que versam sobre a temática sugerida para cada uma de suas versões. No próximo ano, em agosto de 2021, o Curso se centrará nos direitos humanos dos vulneráveis, marginalizados e excluídos. Nos anos pretéritos, abordamos em sequência: Os direitos humanos desde a pobreza; o acesso à justiça e a segurança cidadã; igualdade e não-discriminação; o respeito à dignidade da pessoa humana; o princípio de humanidade; os direitos humanos e o meio ambiente; e o desafio dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Toda essa pluralidade de temas não apenas reforça a percepção da amplitude de suas atuações, que são semelhantes às do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), entidade irmã, com sede em San José, Costa Rica, fundado em 30 de julho de 1980, com cuja parceria o IBDH conta para materializar o Curso brasileiro e que organiza, com intensa experiência, há quase quatro décadas, um curso análogo, de primeira grandeza. São instituições paradigmáticas, com compromissos comuns e natureza essencialmente acadêmica, o que significa dizer que não atuam, por uma decisão que se autoimpuseram, em denúncias de desrespeito de direitos humanos, embora não se privem de recebê-las e direcioná-las aos órgãos pertinentes.

O IBDH tem consciência da interdependência e da indivisibilidade de todos os direitos, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais, culturais e ambientais, o que, aliás, tem sido destacado nas eventos que desenvolvemos no Brasil e no estrangeiro, bem como nas apresentações das revistas anteriores, em que enfatizamos a necessidade de se garantir uma visão integral dos direitos humanos,

no marco de uma sociedade participativa e inclusiva. Entende-se que existe/deve existir uma estreita correlação da democracia, exercida de pleno, com a vigência dos direitos humanos, abarcando todas as faixas da população.

Uma vez mais se impõe o rechaço à teoria ultrapassada, obsoleta, das gerações de direitos humanos, amiúde esgrimidas por seu caráter didático, mas que constituem, sem lugar a dúvidas, um desserviço à materialização e aos avanços dos direitos humanos, por força de sua visão fragmentada ou atomizada no domínio desses direitos protegidos, cujos defensores repudiam(os) categorizações despiciendas (em menoscabo a alguns direitos, tidos por muitos, erroneamente, como não exigíveis e justiciáveis) e, ao mesmo tempo, exigem precisão no manejo de seus conceitos básicos, aptos a favorecer um nexo com a edificação de uma sociedade que pretende ser justa e solidária, sem argumentos enganosos e/ou postergações que comprometam sua aplicação.

De igual modo, continuamos, a partir de nossa trincheira profissional e acadêmica, contrários às mudanças produzidas na Lei Magna pelo §3º do artigo 5º da Emenda Constitucional nº 45, por suas incoerências, suas discrepâncias; elas provocam aporias e perplexidades, inclusive com relação aos tratados prévios à aludida emenda, ao submeter sua aprovação ao parlamento, o que foi assinalado com propriedade pela professora Sílvia Maria da Silveira Loureiro, da Universidade do Estado do Amazonas, em conferência, pronunciada em agosto de 2020, no Fórum Permanente Virtual dos Direitos Humanos Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade.

Anima-nos saber que os artigos contidos neste número se agregarão a dezenas de outros, constantes das publicações com o selo do IBDH e compulsados com extrema frequência, de conformidade com relatórios de acesso que periodicamente nos são exibidos.

Ao leitor acenamos com o convite para visitar nossa página na Internet e o portal da Revista, assim como participar de nossos seminários e cursos e enviar-nos artigos, dando uma contribuição inestimável ao esforço empreendido pelo Instituto com vistas a consolidar, em nossa região, uma cultura mais avigorada de observância dos direitos humanos. Com isso certamente se marchará a passos largos para reduzir o hiato existente entre as Constituições, os documentos universais de proteção dos direitos humanos, a jurisprudência das cortes interamericanas e internacionais, e o dia-a-dia cruel dos cidadãos, particularmente dos desfavorecidos pela fortuna.

Antônio Augusto Cançado Trindade

César Barros Leal

LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT AU PATRIMOINE POUR LES COMMUNAUTES AUTOCHTONES ET L'EXEMPLE DES SAMI

Alice Lopes Fabris
Doctorante à l'ENS Paris-Saclay, Institut des Sciences sociales du Politique (ISP UMR 7220); Bourse CAPES-Brésil.

RÉSUMÉ

Le droit international moderne se concentre surtout sur les relations interétatiques et laisse souvent de côté les droits des communautés qui vivent sur le territoire des États. Ceci est d'autant plus vrai pour les conventions internationales sur la protection du patrimoine culturel qui prévoient un dialogue et une coopération entre les États, mais n'envisagent pourtant pas la participation des communautés qui sont à la source de ce patrimoine. Le patrimoine culturel peut cependant appartenir au premier chef à certaines communautés et elles devraient avoir le droit de jouir et de décider du sort de leurs propres biens. Cet article analysera d'abord la naissance en droit international de la reconnaissance d'un droit des peuples autochtones au patrimoine culturel, particulièrement le droit au retour des biens culturels déplacés. Ensuite, nous aborderons la pratique des États nordiques envers le peuple Sámi.

Mots-clés

Droit international; restitution; patrimoine culturel; peuples autochtones.

ABSTRACT

International Law nowadays focuses mainly on interstate relations and often neglects the rights of communities living within States' territories. This is particularly true concerning international conventions on the protection of cultural heritage, which establishes an obligation to dialogue and cooperate between States, but do not include the participation of communities that are closely linked with this heritage. Cultural heritage may, however, be used primarily by communities and they should have the right to enjoy and decide the fate of their own property. This article will first analyse the emergence in International Law of the recognition of a right of indigenous people to cultural heritage, particularly the right of return of displaced cultural property. Then, it will be discussed the practice of the Nordic States towards the Sámi people.

Keywords

International Law; restitution; cultural heritage; indigenous people.

1. INTRODUCTION

Le droit au retour d'un bien culturel dans son État d'origine est un sujet à l'ordre du jour dans l'agenda international depuis plusieurs décennies. De plus en plus, les États réclament les biens enlevés de leurs territoires et ils fondent leur revendication sur la notion que "les biens culturels sont un des éléments fondamentaux de la civilisation et de la culture des peuples, et qu'ils ne prennent leur valeur réelle que si leur origine, leur histoire et leur environnement sont connus avec la plus grande précision". Toutefois, les conventions internationales n'accordent ce droit qu'à l'État, laissant les communautés de côté. La participation de ces communautés est limitée même lors des réunions instituées par ces traités, en subordonnant leur action à la volonté de l'État. Elles peuvent cependant être les premières victimes de la disparition de ce patrimoine sur leur territoire. Et c'est particulièrement vrai pour les peuples autochtones. Or, même si le retour de ces biens peut être réalisé en faveur de l'État, leur restitution à la communauté elle-même est souvent difficile, voire impossible.

Ce constat nous conduit à nous interroger sur la reconnaissance en droit international du droit à la restitution des biens culturels pour les peuples autochtones. Nous compléterons cette étude par l'analyse du droit accordé par les pays nordiques au peuple Sámi par la convention de 2016.

2. L'EMERGENCE D'UN DROIT AU PATRIMOINE POUR LES COMMUNAUTES AUTOCHTONES

Pour comprendre les droits des peuples autochtones en matière de patrimoine culturel, il convient en premier lieu d'analyser la naissance de leurs droits spécifiques. Aujourd'hui, les organisations internationales estiment à 370 millions le nombre d'individus appartenant à une population autochtone, répartis dans près de 90 pays. Cependant, ces peuples sont toujours tenus à la marge du développement du droit international.

Leur demande de reconnaissance est ancienne. La première fois que le chef d'une communauté autochtone s'est rendu à Genève pour demander l'aide des Organisations internationales remonte à 1923. A cette occasion, le chef de la communauté a plaidé sa cause en tant que chef d'une nation souveraine. Quoi qu'il en soit et, malgré leur demande pour être reconnu comme tel, les représentants de ces peuples n'étaient pas invités aux discussions sur la codification des droits qui pouvaient les affecter directement, notamment lors des discussions qui ont donné lieu à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ou celles concernant la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide adoptée la même année. Ceci parce que, à cette époque, les peuples autochtones étaient considérés comme des minorités au sein d'un État, alors que les définitions de "minorité" et de "communauté autochtone" diffèrent.

Ces définitions ne sont pas pour autant consolidées en droit international et aucun texte ne les établissent de manière définitive. Toutefois, certains critères permettent de caractériser un groupe d'individu comme peuple autochtone ou minorité. En ce qui concerne ces dernières, leur protection était discutée au sein des organismes internationaux depuis la fin de la Première Guerre mondiale. Selon le Comité des nations unies pour les droits de l'homme:

> l'existence d'une minorité est une question de fait et […] toute définition doit tenir compte à la fois de facteurs objectifs (comme l'existence d'une ethnicité, d'une langue ou d'une religion commune) et de facteurs subjectifs (notamment l'idée que les individus concernés doivent s'identifier eux-mêmes comme membres d'une minorité).

Quant au peuple autochtone, une première définition nous est fournie par l'étymologie. Le mot autochtone vient du grec *autokhthôn* (dérivant des termes "autos", signifiant *soi-même* et "khthôn", *la terre*) et désigne celui "qui est issu du sol même où il habite, qui ne vient pas d'ailleurs, qui n'est pas considéré comme un étranger". En droit international, la définition de peuple autochtone la plus célèbre est celle de José Martinez Cobo, rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Selon lui:

> Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, s'estiment distinctes des autres segments de la société qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires.

De plus, selon l'*avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français: la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane*, présenté devant l'Assemblée plénière française, le 23 février 2017, "[la] définition pratique [de José Martinez Cobo] comprend quatre critères cumulatifs: antériorité dans un territoire donné; expérience de la conquête ou de la colonisation; situation de non-dominance; et revendication identitaire".

Il convient d'observer que, dans les deux définitions, la principale caractéristique est le sentiment d'appartenance. Ainsi, c'est le groupe lui-même qui se définira comme une minorité ou un peuple autochtone. Mais une autre caractéristique très intéressante de la définition de peuple autochtone de José Martinez Cobo est le lien entre la communauté, ses terres ancestrales et sa culture:

> [Les communautés autochtones] constituent maintenant des segments

> non dominants de la société et elles sont déterminées à préserver, développer et transmettre aux futures générations leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuples, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques.

En ce sens, il convient de noter que même la définition de patrimoine culturel a un sens spécial pour les peuples autochtones. Dans les années 2000, une étude faite auprès du peuple *Kwakwaka'wakw* a permis à ses membres d'exprimer leur vision particulière de la notion de patrimoine culturel. Dans son témoignage, Andrea Sanborn s'exprime ainsi: "pour moi, [le] patrimoine culturel, c'est tout ce qui nous concerne, ce qu'est pour nous, qui nous a été donné par notre créateur et […] doit être utilisé par nous tous avec respect". Elle développe ainsi:

> Okay, toute mon existence en tant qu'Andrea est un bien culturel. C'est celle que je suis. Ce sont toutes les traditions des *Kwakwaka'wakw* qui m'appartiennent et qui appartiennent à notre peuple. C'est notre langage, la langue *kwak'wala* et, plus important encore, nos valeurs en tant que peuple, *maya'xala*, ce qui signifie respecter ou traiter quelqu'un de bien ou quelque chose de bon. C'est protéger toutes nos chansons, nos danses et notre histoire. C'est protéger notre terre parce que toute la base de notre territoire provient de nos histoires de notre création dans cette région. C'est un bien culturel. […] C'est la famille qui transmet les valeurs familiales et l'histoire de chaque famille ainsi que tous les trésors qu'ils possèdent culturellement.

> Leur existence en tant que peuple est liée à ce patrimoine. Un droit spécial à la protection du patrimoine culturel de ces peuples autochtones, prenant en compte leurs spécificités, est ainsi nécessaire. Toutefois, cette protection spécifique n'existait pas avant les années quatre-vingt. Cela ne veut pas dire que leurs droits n'étaient pas protégés par le droit international, ils l'étaient en tant que minorités.

3. LA PROTECTION INTERNATIONALE DU PATRIMOINE D'UNE COMMUNAUTE AUTOCHTONE

Étudier le droit à l'accès au patrimoine culturel revient à étudier les droits culturels d'une communauté particulière au sein de l'État. Ceci parce que le droit à la culture inclut ainsi le droit à la jouissance du patrimoine culturel. En 1970, Alassane N'Daw, dans une publication de l'UNESCO, propose une double définition du terme culture, l'une qui se réfère aux activités proprement humaines dans leur plus grande généralité, et autre, plus spécifique, qui désigne ce qui constitue l'originalité d'un groupe, c'est cette dernière qui nous intéresse ici:

> Dans son sens restreint, la culture désigne ce qu'on pourrait entendre par "civilisation" ou, tout au moins, cet aspect de la civilisation qui fait qu'un peuple donné ou une nation donnée possède un héritage particulier, cela peut prendre la forme d'un style de vie, ou d'un ensemble de croyances ou de conceptions, en tout cas ce quelque chose qui particularise, qui fait qu'un peuple est différent d'un autre peuple, et qui est très difficile à saisir ou à exprimer en termes conceptuels.

Le droit à la culture est consacré en premier lieu par la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU, adoptée en 1948. Selon le paragraphe premier de l'article 27 de cette déclaration: "toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent". Ce droit a été développé en 1966, avec l'adoption des deux Pactes internationaux: *le Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et *le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*.

Il convient de noter que ces pactes ont institué un régime de protection des droits de l'homme qui doit aussi être appliqué aux peuples autochtones. Au-delà du droit à l'autodétermination, à la vie, entre autres, les Pactes établissent un droit à la culture pour les *minorités*. L'article 27 du Pacte civil et politique établit que:

> dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités

> ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

Le second pacte, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, établit dans son article 15 que: "1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit: a) de participer à la vie culturelle […]", et, selon le commentaire du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, cet article inclut le droit au contrôle et à l'accès des peuples à son patrimoine culturel. La protection du patrimoine culturel est ainsi liée à une protection de l'accès à la vie culturelle et elle est applicable à tous les individus.

Ainsi, la protection du droit culturel des communautés autochtones et du droit à leur patrimoine culturel était basée sur le droit des minorités, vu qu'elles étaient reconnues comme telle au sein d'un État. C'était aussi l'interprétation donnée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, organisme régional qui agit pour la protection des droits de l'homme sur le continent américain. Il convient de noter les motifs énoncés par la Commission, en 1985, dans l'affaire *Indios Yanomami* c. *Brésil*. Selon la Commission:

> Le droit international dans son état actuel et tel qu'il ressort clairement de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît le droit des groupes ethniques à une protection spéciale lorsqu'ils utilisent leur propre langue, leur propre religion et, en général, pour toutes les caractéristiques nécessaires à la préservation de leur identité culturelle.

Donc, pour la Commission, le lien spécial entre le peuple autochtone et son patrimoine culturel, qui est présent sur l'ensemble de son territoire, était protégé par les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Mais ce n'est qu'en 1989 qu'un premier instrument international a reconnu des droits spécifiques aux peuples autochtones: c'est la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail. Dans son article 4(1), la Convention établit que "des mesures spéciales doivent être adoptées, en tant que de besoin, en vue de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés". Elle demande aussi aux États de "reconnaître et protéger les valeurs et les pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples et prendre dûment en considération la nature des problèmes qui se posent à eux, en tant que groupes comme en tant qu'individus". Cependant, les termes utilisés par cette Convention sont très vagues et les dispositions assez faibles, ce que montre à l'évidence l'emploi de l'expression *dans la mesure du possible*.

Cela n'a pas empêché la progression de la reconnaissance des droits spéciaux de ces communautés. Au début du XXI[e] siècle, la Cour interaméricaine commence à adopter une interprétation spéciale en ce qui concerne les droits des peuples autochtones. Dans l'affaire *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, en 2001, la Cour renforce l'idée selon laquelle la protection des terres ancestrales est nécessaire pour la protection des droits culturels des peuples autochtones:

> Les liens étroits que les peuples autochtones entretiennent avec leurs terres doivent être reconnus et compris comme étant un élément fondamental de leurs cultures, de leur vie spirituelle, de leur intégrité et de leur survie économique. Pour les communautés autochtones, la relation à la terre n'est pas seulement une question de possession et de production mais un élément matériel et spirituel dont elles doivent pleinement jouir, fût-ce pour préserver leur patrimoine culturel et le transmettre aux générations futures.

En 2007, une déclaration des peuples autochtones a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies. C'est le le premier instrument à établir des droits spécifiques sur le retour des biens culturels aux peuples autochtones et à affirmer que ce retour n'est pas destiné à l'État, mais à la communauté. En plus, elle crée trois types de biens qui sont susceptibles de faire l'objet d'une demande de ces peuples.

L'article 12, paragraphe premier établit un "droit au rapatriement de leurs restes humains". Le deuxième paragraphe renforce le droit concernant les restes humains, il l'élargit pour établir un droit au retour des objets de culte et il détaille l'application de ce droit: "les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces

mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés". En ce sens, il convient de noter les travaux de l'Association de droit international (*International Law Association* – ILA), qui a adopté la recommandation du Comité international portant sur le droit relatif à l'héritage culturel lors de sa 72e conférence en 2006. Certes ce document relève de la *soft law*, mais il est le résultat des discussions entre plusieurs spécialistes du domaine. Selon le cinquième principe:

> Les musées et autres institutions possédant des dépouilles humaines reconnaissent le caractère sacré de ce matériel et s'engagent à transférer ce matériel en réponse à une requête d'une partie requérante qui détient des preuves attestant d'un lien rapproché avec les dépouilles ou parmi plusieurs parties requérantes, du lien le plus rapproché avec les dépouilles.

De son côté, l'article 11 établit le droit aux réparations, qui recouvre la restitution. Ceci s'applique aux "biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes". Ce principe a aussi été réaffirmé par les Principes d'ILA, qui, au quatrième paragraphe, stipule que:

> En conformité avec les droits des peuples aborigènes dans la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples aborigènes et des minorités culturelles, les récipiendaires reconnaissent leur obligation de répondre de bonne foi aux requêtes pour le transfert du matériel culturel provenant de peuples aborigènes et minorités culturelles. Cette obligation s'applique même si une telle requête n'est pas appuyée par le gouvernement de l'État dont le territoire est le lieu principal de domicile ou d'organisation des peuples aborigènes ou des minorités culturelles concernés.

Notons toutefois que si la Déclaration de l'ONU n'est pas contraignante, ses principes continuent à être réaffirmés par les États, soit par le biais de lois, soit le retour *de facto* de biens culturels. Il convient aussi de noter la déclaration américaine des droits des peuples autochtones, qui a été approuvée par l'Organisation des États Américains en 2016, et qui, dans le deuxième paragraphe de son article 13, reprend le texte de l'article 11 de la Déclaration de l'ONU.

C'est donc une évolution récente que la reconnaissance du droit des peuples autochtones de disposer de leur patrimoine et du droit de réclamer leurs biens culturels enlevés de leur territoire sans leur accord afin de permettre un partage de ces biens au sein de la communauté. De plus, alors que la protection du patrimoine culturel est l'objet de plusieurs traités internationaux, en ce qui concerne la protection spécifique des peuples autochtones, leur droit est établi par du *soft law*, un droit non contraignant. Or, pour être faible cette protection n'a pas manqué de porter ses fruits. C'est par exemple le cas du peuple Sámi.

4. L'EXEMPLE DU PEUPLE SÁMI

Le peuple Sámi est un peuple autochtone dont le territoire a été divisé entre quatre pays: la Finlande, la Norvège, la Suède et la Russie. Les Sámi seraient entre 50 000 et 65 000 en Norvège, 20 000 à 40 000 en Suède, environ 8 000 en Finlande et 2 000 en Russie. Ils sont les descendants des premiers habitants des régions du nord peu après la fin de la dernière période glaciaire, il y a environ 10 000 ans.

Les biens culturels et les restes humains issus de ce peuple ont cependant été dispersés en Europe. En ce qui concerne les restes humains, ils sont surtout conservés dans des centres de recherche et leur retour est réclamé depuis les années soixante-dix. Ces demandes sont surtout mises en avant par les organismes représentatifs du peuple. En 1956, ce peuple a créé un Conseil, qui est considéré comme une de ses plus anciennes organisations. Ce conseil est une organisation non gouvernementale, composée de Sámis ressortissants de la Finlande, de la Russie, de la Norvège et de la Suède. Sa tâche principale est de consolider le sentiment d'affinité entre les Sámis et d'obtenir leur reconnaissance en tant que nation. Il a aussi comme objectif de maintenir leurs droits culturels, politiques, économiques et sociaux dans la législation des quatre États. Il convient de noter que le Conseil n'est pas le seul organisme politique du peuple. Depuis 1973, la Finlande, la Norvège et la Suède ont instauré des parlements Sámi, composés de représentants élus lors des scrutin générales qui se déroulent tous les quatre ans. Ces parlements jouent un rôle important dans le soutien au processus de rapatriement.

Certains de ces biens ont été restitués au peuple Sámi. En ce sens, il convient de souligner

deux cas: le premier en Norvège en 1997 et le deuxième en Suède en 2002. Le premier concerne les crânes de *Mons Sombys* et d'*Aslak Haettas*, anciens chefs du peuple qui ont été tués par les Norvégiens dans une bataille en 1852. Leurs têtes ont été transmises à l'Université *Royal Frederick* (aujourd'hui l'Université d'Oslo) par un acte contraire à la loi norvégienne. Les demandes de restitutions remontent aux années soixante-dix. Selon Lill Eilertsen, chercheuse de l'Université d'Oslo:

> La restitution des restes humains de Somby et Hætta au peuple Sámi a été importante, non seulement pour leurs proches, mais aussi pour les Sámi en tant que peuple. Ils attendaient depuis longtemps des excuses honnêtes de la part de leurs anciens oppresseurs pour le traitement irrespectueux de leurs morts. Suite à une demande renouvelée du président du Parlement *Sámi* en 1996, suivie d'une couverture médiatique massive, le conseil de l'Université a finalement décidé de rendre Somby et Hætta.

Ils ont été réinhumé dans l'église Talvik, en Norvège. Le deuxième cas, est celui de la restitution des restes humains d'un certain *Soejvengeelle*, ou "homme de l'ombre". Dans les années cinquante, le chercheur Ernst Manker du Musée Nordiska de Stockholm a enlevé du territoire *Sámi* ces restes pour des recherches archéologiques avec la promesse de les restituer. Grâce à une note écrite dans les archives du Musée Nordiska et à une association Sámi, les restes ont pu être réinhumés dans la tombe d'origine. Il convient de noter qu'avant le retour des restes humains, une autre excavation a été conduite, ce qui, selon Carl-Gösta Ojala et Jonas M. Nordin, "peut être considéré comme un exemple réussi de combinaison des intérêts scientifiques avec le respect des intérêts et des valeurs de la population locale".

La restitution des biens culturels du peuple Sámi n'est toutefois pas toujours un succès. Il convient de citer le cas de la Norvège où malgré la création d'institutions muséales sur le territoire, les collections concernant le patrimoine culturel Sámi sont toujours conservées dans les Musées à Oslo.

Ce n'est qu'en 2016, après onze années de négociations, que la Finlande, la Norvège et la Suède ont signé un accord qui reconnaît les droits et la culture Sámi. Dans cet accord, les gouvernements ont affirmé que les Sámi sont les peuples autochtones des trois pays, qu'ils sont un peuple résidant au-delà des frontières nationales, que le peuple Sámi a sa propre culture que sa société, son histoire, ses traditions, sa langue, ses moyens de subsistance et ses visions de l'avenir lui sont propres et que les trois États ont une responsabilité nationale et internationale à fournir des conditions adéquates pour la culture et la société Sámi. L'article 32 de cette convention établit aussi un droit de restitution:

> les États doivent faire en sorte que le patrimoine culturel Sámi qui a été retiré des zones Sámi et qui présente un intérêt particulier pour la communauté Sámi soit confié à des musées ou à des institutions culturelles appropriés, comme convenu avec les parlements des Sámi de ces pays.

Cet accord diffère des déclarations évoquées précédemment vu que le retour doit être effectué à des musées ou à des institutions culturelles appropriés. Ces musées et institutions seront choisis avec l'accord du parlement et ils sont accessibles aux membres de la communauté. Le premier musée Sámi a été créé en Finlande avec des ressources privées en 1959, ensuite, en 1998, un musée pour présenter la culture du peuple a été créé par l'État. Aujourd'hui, trois musées (musée *Siida* en Finlande, musée *Ájtte* en Suède et musée *Várjjat* en Norvège) participent d'un projet appelé *Re-calling Ancestral Voices - Repatriation of Sámi Cultural Heritage*, qui a pour objectif de repérer les objets Sámi dans les institutions muséales des trois pays. Cette solution est très intéressante pour les Sámis qui possèdent des ressources pour bâtir et maintenir des institutions muséales. Toutefois, malgré ces conditions optimales, le retour effectif du bien n'est pas toujours réalisé.

La généralisation de cette pratique peut poser des problèmes. En effet, beaucoup de communautés ne possèdent pas les moyens d'entretenir un musée, mais elles ont le besoin et le droit d'avoir accès à leurs biens culturels pour pouvoir pratiquer leur culture. Ajoutons que le territoire de la communauté peut se situer dans des régions éloignées de tout centre urbain mais ceci ne devrait pas être une barrière au respect du droit culturel des peuples autochtones. Ainsi, la reconnaissance d'un droit au patrimoine de ces peuples doit inclure les spécificités de chacun peuple de manière à permettre que ses membres aient accès à son propre patrimoine.

4. CONCLUSION

La reconnaissance d'un droit spécifique aux peuples autochtones de retour à leurs propres biens culturels est une évolution récente. Alors que les exemples de retour de ces biens à leur communauté d'origine se multiplient, la protection accordée au patrimoine culturel de la communauté relève encore du *soft law*. Certaines communautés ont toutefois réussi à obtenir un droit contraignant pour assurer leur demande de restitution des biens culturels enlevés de leurs territoires. C'est le cas par exemple des peuples Sámi. Malgré les conditions idéales de restitution – comme la création des institutions muséales pour accueillir les biens – leur demande de retour des biens culturels se heurte encore à des barrières, d'où la nécessité d'un développement du droit pour permettre à ces communautés de jouir de leurs droits culturels et d'accéder aux biens culturels dont sont les propriétaires originels.

NOTES

1. Cet article est le prolongement d'une communication de l'auteure à la demi-journée d'études" "le patrimoine en partage: un (nouveau) concept juridique?", organisée au musée du Quai Branly le vendredi 14 septembre 2018, en écho au thème des journées du patrimoine de cette année ("L'art du partage").
2. Ce débat est toutefois plus ancien, voir PROTT Lyndel V. et O'KEEFE Patrick J., *Law and the Cultural Heritage*, Londres, Butterworths, 1989.
3. Préambule de la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, Paris, le 14 novembre 1970, 823 UNTS 231.
4. Voir l'article 7 de la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, Paris, le 14 novembre 1970, 823 UNTS 231 et l'article 4 de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, Paris, 16 novembre 1972, 1037 UNTS 151.

   La participation des organismes non-étatiques est toutefois recherchée dans la pratique de l'UNESCO, voir VRDOLJAK Ana Filipa et CHAMBERLAIN Kevin, "Controls on the Export of Cultural Objects and Human Rights", From the SelectedWorks of Ana Filipa Vrdoljak, 2014, disponible sur http://works.bepress.com/ana_filipa_vrdoljak/27/ (consulté le 7 janvier 2020), pp. 15-16.
5. Voir le Règlement intérieur de la Réunion des États parties à la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels qui admet seulement les États "à prendre part aux travaux de la Réunion des États parties, avec droit de vote" (article premier), les observateurs des organisations intergouvernementales et internationales non gouvernementales invités ont seulement le statut d'observateurs (article 2). Les organisations internes aux États ne sont pas mentionnées, voir le Règlement intérieur adopté par la Deuxième Réunion des États Parties à la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (Paris, 22 juin 2012), disponible sur http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/1970_MSP_Rules_Procedure_2012_fr.pdf (consulté le 6 janvier 2020).
6. Par exemple, BORDRON Maïwenn, "Île de Pâques: le combat du peuple Rapa Nui pour la restitution de son patrimoine culturel", *France culture*, disponible sur https://www.franceculture.fr/sculpture/ile-de-paques-le-combat-du-peuple-rapa-nui-pour-la-restitution-de-son-patrimoine-culturel (consulté le 7 janvier 2020).
7. "Peuples autochtones, héritiers d'une grande diversité linguistique et culturelle", *Nations Unies*, disponible sur https://www.un.org/fr/events/indigenousday/ (consulté le 2 décembre 2019). Ces données sont toutefois controversées, par exemple, Albane Geslin comptabilise 370 à 464 millions d'individus dans 70 pays. GESLIN Albane, "La protection internationale des peuples autochtones: de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative", *Annuaire Français de Droit International*, 2010 (parution 2011), pp. 657-687, spéc. à la p. 657, disponible sur https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00652268/document (consulté le 3 décembre 2019).
8. SCHULTE-TENCKHOFF Isabelle, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 1-2.
9. DESKAHEH, *Letter to Sir J.E. Drummond, Secretary-General of the League of Nations*, on 6 August 1923, disponible sur http://cendoc.docip.org/collect/deskaheh/index/assoc/HASH0102/5e23c4be.dir/R612-11-28075-30626-8.pdf (consulté le 2 décembre 2019).
10. Nous employons les termes *peuple autochtone* et *communauté autochtone* de manière interchangeable.
11. SOETE Marguerite, *La reconnaissance de droits spécifiques aux peuples autochtones: un cas particulier de réflexion au sujet des droits de l'homme ?*, Master en droit, UCL, 2015, p. 8.

    On peut cependant trouver des définitions dans la doctrine, par exemple, selon Charles Lespinay:"1) de l'autochtone: le membre d'une population installée sur un territoire donné avant tous les autres, qui a établi des relations particulières, anciennes et toujours actuelles

avec ce territoire et son environnement, et qui a des coutumes et une culture qui lui sont propres; 2) du"minoritaire": le membre d'un groupe non dominant, attaché ou non à un territoire, qui se distingue des groupes environnants par ses spécificités sociales, culturelles et économiques, par la conscience d'une identité spécifique, et qui peut être régi ou non par des traditions qui lui sont propres", LESPINAY Charles de, "Les concepts d'autochtone (*indigenous*) et de minorité (*minority*)", *Droits et Cultures*, vol. 72, 2016, pp. 19-42, disponible sur https://journals.openedition.org/droitcultures/3870 (consulté le 3 décembre 2019).

12. PLASSERAUD Yves, "Minorités et nouvelle Europe", *Le Courrier des pays de l'Est*, n° 1052, 2005, pp. 4-18, p. 4.
13. *Droits des minorités: Normes internationales et indications pour leur mise en œuvre*, New York et Genève, Nations Unies, 2010, UN Doc.: HR/PUB/10/3, p. 2.
14. *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français: la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane*, JORF n° 0061 du 12 mars 2017, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034167173&categorieLien=id (consulté le 1er décembre 2019).
15. *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français: la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane*, JORF n°0061 du 12 mars 2017, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034167173&categorieLien=id (consulté le 1er décembre 2019).
16. Martinez Cobo José, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, Conclusions, propositions et recommandations*, 1986, UN Doc.: E/CN.4/Sub.2/1986/7 Add.4, § 379.
17. *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français: la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane*, JORF n°0061 du 12 mars 2017, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034167173&categorieLien=id (consulté le 1er décembre 2019).
18. Martinez Cobo José, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, Conclusions, propositions et recommandations*, 1986, UN Doc.: E/CN.4/Sub.2/1986/7 Add.4, § 379.
19. "Les Kwakwaka'wakws forment un peuple qui occupe traditionnellement les régions côtières du nord-est de l'île de Vancouver et le centre de la Colombie-Britannique. Le recensement de 2016 dénombre 3 670 personnes se disant d'ascendance kwakwaka'wakw", WEBSTER Gloria Cranmer, PARROTT Zach, FILICE Michelle, "Kwakwaka'wakw (Kwakiutl)", *L'Encyclopédie canadienne*, disponible sur https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/kwakwakawakw-kwakiutl (consulté le 6 janvier 2020).
20. Notre traduction. Texte original: "[C]ultural property, to me, is anything about us, for us, given to us by our Creator and is ... to be used by all of us with respect", BELL Catherine, RAVEN Heather, and MCCUAIG Heather, in consultation with Andrea Sanborn, the U'mista Cultural Society, and the 'Namgis Nation', "Recovering from Colonization: Perspectives of Community Members on Protection and Repatriation of Kwakwaka'wakw Cultural Heritage", dans BELL Catherine, NAPOLEON Val, *First Nations Cultural Heritage and Law*, Vancouver, UBC Press, 2008, p. 39.
21. Notre traduction. Texte original: "Okay, my whole existence as Andrea is cultural property. It's who I am. It's all the traditions of the Kwakwaka'wakw that belong to me and belong to our people. It's the language, the Kwak'wala language and, most importantly, our values we have as a people, maya'xala, which means respect or treating someone good or something good. It's protecting all our songs and dances and history. It's protecting our land because all the land base comes out of our creation stories in this area. That's cultural property. So those are the things. It's family passing on family values and the history of each family and all the treasures they own culturally", BELL Catherine, RAVEN Heather, and MCCUAIG Heather, in consultation with Andrea Sanborn, the U'mista Cultural Society, and the 'Namgis Nation', "Recovering from Colonization: Perspectives of Community Members on Protection and Repatriation of Kwakwaka'wakw Cultural Heritage", dans BELL Catherine, NAPOLEON Val, *First Nations Cultural Heritage and Law*, Vancouver, UBC Press, 2008, pp. 39-40.
22. Il convient de noter que, spécifiquement sur le droit international du patrimoine culturel, la question de ces biens ne serait mentionnée pour la première fois dans un traité exclusif qu'en

1954, avec l'adoption de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. En ce qui concerne les conventions suivantes, les droits à restitution des biens culturels ne sont accordés qu'à l'État. C'est pourquoi il convient d'enquêter sur les droits culturels présents dans le domaine des droits de l'homme. En ce qui concerne les restitutions stipulées dans la Convention de l'UNESCO de 1970, comme nous l'avons déjà mentionnée, elles sont dues à l'État et non à la communauté.

23. "Dans le sens très large on peut dire, au fond, qu'il définit l'essence même de l'homme: que tout ce qui concerne la formation intellectuelle, morale et physique, voire technique, concerne la culture. Prise dans ce sens extrêmement large, qui embrasse la totalité des activités humaines, la culture est ce qui fait que l'homme, justement, est différent de la nature. L'homme est différent de l'animal, puisqu'il a à apprendre, à ne pas se contenter des instincts naturels, mais à se former, à acquérir un certain bagage moral, intellectuel et technique qui fait de lui un être cultivé. En ce sens-là donc, l'ensemble des activités de l'homme se rapporte bien à la culture", N'DAW Alassane, "Vers une définition de la culture. Débats", dans *Les Droits culturels en tant que droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1970, p. 15.
24. *Ibid.*
25. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adopté le 10 décembre 1948, AGNU, Résolution 217 A (III)).
26. Voir VRDOLJAK Ana Filipa et CHAMBERLAIN Kevin, "Controls on the Export of Cultural Objects and Human Rights", From the SelectedWorks of Ana Filipa Vrdoljak, 2014, disponible sur http://works.bepress.com/ana_filipa_vrdoljak/27/ (consulté le 7 janvier 2020), pp. 18-19.
27. Minorités dans lesquelles sont inclus les peuples autochtones.
28. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, signé le 16 décembre 1966, 999 UNTS 171, article 27.
29. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, signé le 16 décembre 1966, 999 UNTS 3, article 15.
30. CDECS, *Observation générale no 21*, UN Doc. E/C.12/GC/21, 21 décembre 2009.
31. *Indios Yanomami* c. *Brésil*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Résolution n° 12/85, affaire n° 7615 § 7.
32. Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail, signé le 27 juin 1989, 1650 UNTS 665.
33. *Ibid.*
34. *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, CIDH, arrêt du 31 août 2001, §149. Il convient de noter que le dommage à ces droits constitue une classe spéciale: le dommage spirituel.
35. Les discussions sur cette Déclarations sont toutefois plus anciennes, voir Willemsen-Diaz Augusto, "Comment les droits des peuples autochtones sont entrés à l'ONU", dans Charters Claire, Stavenhagen Rodolfo (dir.), La déclaration des droits des peuples autochtones: genèses, enjeux et perspectives de mise en œuvre, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 20-35 et Hohmann Jessie, Weller Marc, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
36. *Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones*, adopté le 13 septembre 2007.
37. *Ibid.*
38. "Principes de l'Association de droit international pour la protection mutuelle et le transfert du matériel culturel, 2006", dans PROTT Lyndel V., *Témoins de l'Histoire. Recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Paris, Éditions UNESCO, 2011, p. 41.
39. *Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones*, adopté le 13 septembre 2007.
40. "Principes de l'Association de droit international pour la protection mutuelle et le transfert du matériel culturel, 2006", dans PROTT Lyndel V., *Témoins de l'Histoire. Recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Paris, Éditions UNESCO, 2011, p. 41.
41. Par exemple la loi des États-Unis, voir PROTT Lyndel V., *Témoins de l'Histoire. Recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Paris, Éditions UNESCO, 2011, p. 281.
42. Les ouvrages suivants offrent des nombreux examples: FERGUSON T. J., ANYON Roger et LADD Edmund J., "Repatriation at the

Pueblo of Zuni: Diverse Solutions to Complex Problems", *American Indian Quarterly*, 1996, vol. 20, p. 251-255 ; MERRILL W.L., LADD E.J. Ladd et FERGUSON T. J., "The Return of the Ahayu:da: Lessons for Repatriation from Zuni Pueblo and the Smithsonian Institution", *Current Anthropology*, 1993, vol. 34, p. 523-547 ; SIMPSON Moira G., "Indigenous Heritage and Repatriation: a Stimulus for Cultural Renewal", GABRIEL M. et DAHL J. (dir), *Utimut: Past Heritage-Future Partnerships*, Copenhague, Eks-Skolens Trykkeri, 2007, pp. 64-72 ; PULLAR Gordon L., "Repatriation, Cultural Revitalization and Indigenous Healing in Alaska", GABRIEL M. et DAHL J. (dir), *Utimut: Past Heritage-Future Partnerships*, Copenhague, Eks-Skolens Trykkeri, 2007, pp. 108-115.

43. *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, adopté le 15 juin 2016, disponible sur https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_FRA.pdf (consulté le 6 janvier 2019).

44. A savoir la déclaration américaine établit que: "Les États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces, qui peuvent comprendre la restitution, conjointement avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes".

45. Par exemple, *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels,* Paris, le 14 novembre 1970, 823 UNTS 231, *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*, Paris, 16 novembre 1972, 1037 UNTS 151 et *Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, Paris, 2 novembre 2001, 2562 UNTS 3.

46. "Sami", *Encyclopaedia Britannica*, disponible sur https://www.britannica.com/topic/Sami (consulté le 4 décembre 2019).

47. Donnée extraite du site IWGIA, disponible sur https://www.iwgia.org/en/sapmi (consulté le 5 décembre 2019). Ce nombre n'est pas universellement accepté, selon l'*Encyclopaedia Britannica*."
"30 000 ou 40 000 Sámi en Norvège, environ 20 000 en Suède, 6 000 en Finlande et 2 000 en Russie",

48. "Sami", *Encyclopaedia Britannica*, disponible sur https://www.britannica.com/topic/Sami (consulté le 4 décembre 2019).

49. BROUARD Alice "Scandinavie: Le peuple Sami, les âmes nature", *Le Monde*, disponible sur https://www.lemonde.fr/voyage/article/2010/08/04/scandinavie-le-peuple-sami-les-ames-nature_1395476_3546.html (consulté le 10 décembre 2019).

50. GOUVERNEMENT DE LA NORVEGE, *Protection of Indigenous Heritage: Norway*, disponible sur https://www.loc.gov/law/help/indigenous-heritage/norway.php (consulté le 6 janvier 2020).

51. SAMETINGET, *Sami human remains must be returned*, disponible sur https://www.sametinget.se/99423 (consulté le 6 janvier 2020).

52. "About the Saami Council", disponible sur http://www.saamicouncil.net/en/about-saami-council/ (consulté le 4 décembre 2019).

53. "About the Saami Council", disponible sur http://www.saamicouncil.net/en/about-saami-council/ (consulté le 4 décembre 2019).
"Sami in the Nordic region", disponible sur http://samer.se/4609 (consulté le 5 décembre 2019).

54. La Finlande a aussi retourné des biens culturels Sámi au peuple d'origine, voir GUTTORM Anni, Les objets sami retournent au Pays sami, disponible sur https://www.institut-finlandais.fr/2019/10/les-objets-samis-retournent-au-pays-sami-conservatrice-anni-guttorm/ (consulté le 6 janvier 2020). Selon le Conseil Sámi: "Le as le plus important fut sans doute l'accord signé en 2017 entre le Musée national finlandais, le Musée Aámi et le centre de la nature, Siida qui stipule le retour d'une collection de 2500 objets sámis à la communauté sámi en 2022, lorsqu'un local approprié aura été construit", *Ibid*.

55. EILERTSEN Lill, *Breaking the Ice: Conflicts of Heritage in the West Nordic Regions*, disponible sur https://pdfs.semanticscholar.org/8c66/2463a8242b014cde1b041fabb0b071fe07dc.pdf (consulté le 6 janvier 2020), p. 164; SAMETINGET, *Sami human remains must be returned*, disponible sur https://www.sametinget.se/99423 (consulté le 6 janvier 2020).

56. EILERTSEN Lill, *Breaking the Ice: Conflicts of Heritage in the West Nordic Regions*, disponible sur https://pdfs.semanticscholar.org/8c66/24

63a8242b014cde1b041fabb0b071fe07dc.pdf (consulté le 6 janvier 2020), p. 164

57. *Ibidem*.

58. *Ibid.*, p. 165.

59. SAMETINGET, *Sami human remains must be returned*, disponible sur https://www.sametinget.se/99423 (consulté le 6 janvier 2020).

60. *Ibid.*, OJALA Carl-Gösta, NORDIN Jonas M., "Mining Sápmi: Colonial Histories, Sámi Archaeology, and the Exploitation of Natural Resources in Northern Sweden", *Arctic Anthropology*, vol. 52, n° 2, 2015, pp. 6–21.

61. SAMETINGET, *Sami human remains must be returned*, disponible sur https://www.sametinget.se/99423 (consulté le 6 janvier 2020).

62. Notre traduction. OJALA Carl-Gösta, NORDIN Jonas M., "Mining Sápmi: Colonial Histories, Sámi Archaeology, and the Exploitation of Natural Resources in Northern Sweden", *Arctic Anthropology*, vol. 52, n° 2, 2015, pp. 6–21. Les auteurs mentionnent encore un autre exemple similaire.

63. Le peuple Sámi n'est pas le seul à créer des institutions muséales, voir PULLAR Gordon L., "Repatriation, Cultural Revitalization and Indigenous Healing in Alaska", dans GABRIEL M. et DAHL J. (dir), *Utimut: Past Heritage- Future Partnerships*, Copenhague, Eks-Skolens Trykkeri, 2007, pp. 108-115 et GRØNNOW Bjarne et JENSEN Einar Lund, "Utimut: Repatriation and Collaboration between Denmark and Greenland", dans GABRIEL M. et DAHL J. (dir), *Utimut: Past Heritage- Future Partnerships*, Copenhague, Eks-Skolens Trykkeri, 2007, pp. 180-191.

64. EILERTSEN Lill, *Breaking the Ice: Conflicts of Heritage in the West Nordic Regions*, disponible sur https://pdfs.semanticscholar.org/8c66/24 63a8242b014cde1b041fabb0b071fe07dc.pdf (consulté le 6 janvier 2020), p. 163.

65. "Nordic Sámi Convention agreement reached after more than a decade", *Yle*, disponible sur https://yle.fi/uutiset/osasto/news/nordic_sami_convention_agreement_reached_after_more_than_a_decade/9371674 (consulté le 6 janvier 2020). Voir aussi SCHEININ Martin "The Right of a People to Enjoy Its Culture: Towards a Nordic Saami Rights Convention", dans FRANCIONI Francesco et SCHEININ Martin, *Cultural Human Rights*, Leiden, Brill, 2008, pp. 151-168.

66. *Nordic Sami Convention*, disponible sur https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/temadokumenter/sami/sami_samekonv_engelsk.pdf (consulté le 5 décembre 2019).

67. Notre traduction. Texte original, "The states shall make efforts to ensure that Saami cultural heritage that has been removed from the Saami areas and that is of particular interest to the Saami community is entrusted to suitable museums or cultural institutions as further agreed with the countries' Saami parliaments", disponible sur https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/temadokumenter/sami/sami_samekonv_engelsk.pdf (consulté le 5 décembre 2019).

68. HARLIN Eeva-Kristiina, "Utimut: Repatriation and Collaboration between Denmark and Greenland", dans GABRIEL M. et DAHL J. (dir), *Utimut: Past Heritage- Future Partnerships*, Copenhague, Eks-Skolens Trykkeri, 2007, pp. 192-200, spéc. à la p. 193.

69. HARLIN Eeva-Kristiina, "Utimut: Repatriation and Collaboration between Denmark and Greenland", dans GABRIEL M. et DAHL J. (dir), *Utimut: Past Heritage- Future Partnerships*, Copenhague, Eks-Skolens Trykkeri, 2007, pp. 192-200, spéc. à la p. 194.

DIREITO DO TRABALHO, INDÚSTRIA 4.0 E (DES) CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA QUE TRABALHA

Alline Bessa de Meneses
Auditora-Fiscal do Trabalho; Especialista em Direito e Processo do Trabalho (UFG); Mestranda em Direito das Relações Sociais e do Trabalho (UDF).

Francílio Bibio Trindade de Carvalho
Juiz do Trabalho, Titular da 6ª Vara Federal do Trabalho de Teresina-PI; Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Constitucional; Mestrando em Direito das Relações Sociais e do Trabalho (UDF).

RESUMO

A Indústria 4.0 é caracterizada por integração de várias tecnologias de informação, com foco na otimização de recursos e aumento na produtividade. Com o advento destas novas tecnologias, o modo de produção e as relações de trabalho sofreram profundas modificações. Surgem novas morfologias de trabalho com impacto nos postos de trabalho e tendência a precarização dos direitos. Considerando que a pessoa humana e sua dignidade é a figura central na ordem constitucional brasileira, o presente artigo tem por objetivo analisar se, diante os impactos da Indústria 4.0, ainda haverá espaço para a centralidade da pessoa que trabalha.

Palavras-chave

Indústria 4.0; Quarta Revolução Industrial; centralidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The Industry 4.0 is characterized by the incorporation of many information technologies, focusing on resource optimization and increased productivity. With the advent of these new technologies, mode of production and labour relations have undergone profound changes. New work morphologies emerge with impacts on jobs and tendency to precarious rights. Whereas the human person and his dignity is the central figure in the Brazilian constitutional order, this article aims to analyze if, in view of the impacts of Industry 4.0, there will still be space to centrally of the person who works.

Keywords

Fourth Revolution Industry; Industry 4.0; centrality of the human person.

1. INTRODUÇÃO

Desde a primeira revolução industrial, significativos avanços tecnológicos vêm continuamente alterando a organização social, política e econômica das sociedades. No mundo do trabalho, essas evoluções tecnológicas implicaram substanciais alterações no modo de produção e nas relações de trabalho, concretizadas ao longo dos anos.

A Indústria 4.0, também chamada de revolução tecnológica ou quarta revolução industrial, consiste na adoção de tecnologias relacionadas à era da manufatura avançada, integração das diferentes etapas da cadeia de valor dos produtos e a criação de novos negócios, produtos e serviços.

As inovações em curso promovidas pelo advento da Indústria 4.0 geraram grandes impactos para as relações trabalhistas e trouxeram consigo inseguranças sobre o futuro dos empregos e dos direitos trabalhistas.

Não se olvida, contudo, que o Direito do Trabalho é, eminentemente, tuitivo, eis que objetiva tutelar as relações de trabalho, provocando um desequilíbrio jurídico em favor da pessoa humana que trabalha, sem descurar do detentor de capital. Busca-se, assim, equalizar, mesmo que minimamente, a relação capital-trabalho, no sentido de garantir ao trabalhador um mínimo existencial digno.

Desde o seu advento até os dias atuais, em pleno século XXI, o Direito do Trabalho vem evoluindo e se adaptando às novas realidades socioeconômicas, conseguindo, de forma razoável, oferecer proteção jurídica ao ser humano que trabalha. Com o advento da Quarta Revolução Industrial ou Indústria 4.0, mesmo no campo minado de incertezas jurídicas, políticas, econômicas e sociais que estamos a atravessar, esperamos que essa evolução e proteção jurídico-material do trabalhador efetivamente continuem ocorrendo e se concretizem.

Assim, este artigo se propõe analisar a Indústria 4.0 e alguns dos principais impactos que esta emergente revolução industrial tem causado nas relações de trabalho. Em especial, pretendemos lançar um olhar sobre a pessoa humana que trabalha e refletir se, tendo em vista a nova realidade que se apresenta, a centralidade da pessoa humana e de sua dignidade ainda tem espaço no nosso ordenamento jurídico.

2. DIREITO DO TRABALHO: CONTEÚDO E FUNÇÕES

É cediço que o Direito, enquanto ciência jurídica, é concebido como um conjunto de normas (regras e princípios), disposto sistematicamente para o fim de regular relações, resguardando e garantindo, por meio da aplicação e da interpretação da lei, um mínimo razoável de harmonia aos que vivem em sociedade.

O Direito do Trabalho, por sua vez, é um conjunto sistemático de regras e princípios que regula as relações de trabalho, dentre essas a de emprego, no sentido de garantir e resguardar os direitos básicos atribuídos à pessoa humana que trabalha. Mediante a interpretação e aplicação das normas trabalhistas, busca-se viabilizar aos trabalhadores a conquista e manutenção de um mínimo civilizatório social.

Segadas Vianna, citando Hernainz Marques, aduz que realmente o Direito do Trabalho não é apenas o conjunto de leis, mas de normas jurídicas, entre as quais os contratos coletivos, e não regula somente as relações entre empregados e empregadores num contrato de trabalho; ele vai desde sua preparação, com a aprendizagem, até as consequências complementares, como, por exemplo, a organização profissional.

O Direito do Trabalho, enquanto sistema jurídico, tem na relação de emprego e no trabalhador empregado seu principal foco, sua categoria básica, seu conteúdo principal, mas não olvida outras espécies de trabalhadores, dentre os quais, citamos, os portuários avulsos e o pequeno empreiteiro (operário ou artífice).

Aqui trabalhamos com a noção de relação de emprego como sendo toda aquela abrangida pelo teor dos artigos 2º e 3º da CLT, apresentando, pois, as características essenciais pertinentes à prestação de serviços de uma pessoa humana a outrem (pessoa natural e/ou jurídica) que incluam a alteridade (riscos da atividade por quem contrata/admite), pessoalidade, a habitualidade, a onerosidade e a subordinação jurídica.

Também é cediço que a função primordial do Direito do Trabalho é a de tutela ou proteção da pessoa humana que trabalha, considerando a assimetria de poder existente entre empregados e empregadores. Contudo, não só a função tutelar é exercida pelo Direito do Trabalho, mas, concomitantemente, a social, a econômica, a política e, ainda, a civilizatória e democrática.

Maurício Godinho Delgado afirma que o Direito do Trabalho incorpora um valor finalístico essencial que consiste na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica* e que essa é a sua função central, voltada, portanto, para o aspecto social. Diz de uma segunda função, como sendo a de seu *caráter modernizante e progressista*, do ponto de vista econômico e também social, no sentido de proporcionar uma melhor distribuição de renda ao conjunto da sociedade, generalizar ao conjunto do mercado do trabalho os direitos alcançados pelos trabalhadores, fortalecer o mercado interno, estimular o aperfeiçoamento da mão de obra, dentre outros. Menciona *a função política conservadora*, no sentido de conferir legitimidade política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea e, por fim, ressalta a *função civilizatória e democrática,* enquanto instrumento de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos segmentos sociais despossuídos de riqueza material acumulada e que vivem essencialmente de seu próprio trabalho.

Em linha doutrinária semelhante, Marques de Lima, após afirmar que a função primordial do Direito do Trabalho é, ainda, a tutelar, leciona que:

> Portanto, o Direito do Trabalho cumpre as seguintes funções: *tutelar*, porque

> seu foco principal é a proteção do hipossuficiente; *econômica,* porque visa à realização de valores econômicos emergente da Constituição Econômica; *social,* como direito prestacional de 2ª geração; *conservadora,* representando a força estatal contendora dos movimentos trabalhistas, para manutenção do *status quo*; *coordenadora* dos interesses contrapostos de patrões e trabalhadores.

Em síntese, podemos concluir que o Direito do Trabalho, enquanto sistema jurídico formado por normas (regras e princípios), busca regular as relações de trabalho, em especial a de emprego, com o fim basilar de assegurar um mínimo razoável civilizatório social para a pessoa humana que trabalha, tutelando-a juridicamente no âmbito da relação empregatícia, com foco na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica* e na sua respectiva inserção democrática e civilizatória.

3. O DIREITO DO TRABALHO E AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS

O Direito do Trabalho surgiu com o advento da sociedade industrial e o trabalho assalariado. A Revolução Industrial, deflagrada a partir da metade do século XVIII, bem como a descoberta da máquina a vapor, por volta de 1712, foram fatores preponderantes para o surgimento deste ramo do Direito, pois foi a partir daí que surge a relação empregatícia como categoria socioeconômica e jurídica.

É certo que havia trabalho, mesmo não regulado, nos momentos históricos da escravidão, da servidão e das corporações de ofício, nos quais não nos deteremos nesse estudo, inclusive por limitação temporal e por não ser o objeto principal de pesquisa que estamos a tratar.

Com a Primeira Revolução Industrial, verificou-se uma profunda transformação no mundo do trabalho, passando do labor eminentemente agrícola, manual, para o industrial, com utilização de máquinas substituindo a força humana. Neste momento, há o surgimento do emprego e a evolução da máquina a vapor, revolucionando os métodos de trabalho e, por óbvio, trazendo consequências nas relações de trabalho.

De fato, a invenção da máquina e sua aplicação à indústria provocaram a revolução nos métodos de trabalho e, consequentemente, nas relações entre patrões e trabalhadores. A máquina de fiar, o método de *pudlagem* (que permitiu preparar o ferro de modo a transformá-lo em aço), o tear mecânico e a máquina a vapor multiplicaram a força de trabalho e, em consequência, importou na redução da mão de obra porque, mesmo com o aparecimento das grandes oficinas e fábricas, para obter determinado resultado na produção não era necessário tão grande número de operários.

A Segunda Revolução Industrial, implementada a partir da segunda metade do Século XIX, por volta de 1860, foi caracterizada pela automação, com a utilização, agora, da energia elétrica e de combustíveis derivados do petróleo. Foi um período marcado pela consolidação do uso da manufatura e desenvolvimento de tecnologias como avião, telefone, refrigeradores, entre outras inovações.

Já a Terceira Revolução Industrial se deu a partir do Século XX. Considerada a revolução da informação, com a implementação de tecnologias da informação e das telecomunicações, introduziu eletrônicos, computadores, internet, celulares e produziu avanços em diversas áreas do conhecimento.

Agora, nos dias atuais, a partir do Século XXI, fala-se em Quarta Revolução Industrial e/ou Indústria 4.0, com o surgimento da tecnologia da automação e da informação. Caracterizada pela junção de várias tecnologias e inovações no âmbito físico, digital e biológico advindas do atual estágio de mundo globalizado, a Indústria 4.0 apresenta consequências de dimensões ainda desconhecidas, mas previsíveis, que já estão a impactar o mundo do trabalho e, em especial, a pessoa humana que trabalha.

Discorrendo sobre a evolução histórica dos direitos dos trabalhadores e destacando como um de seus quatro grandes momentos (dentre os quais, o Renascimento, a Revolução Francesa e a Revolução Russa) a "Revolução Industrial", Kátia Arruda leciona que:

> A *revolução industrial* expôs a busca desenfreada do homem pelo lucro. Nesse período, houve a intensificação industrial, com a criação da máquina a vapor, levando a um grande crescimento da mecanização, desenvolvendo a metalurgia, a industrial naval, ferroviária e a extração de carvão. Os relatos da época mostram as transformações profundas nas relações de trabalho. A utilização de máquinas levou à

> dispensa de trabalhadores e ao consequente desemprego, que, por sua vez, aumentou o número de ofertas de trabalhadores e a submissão destes a qualquer tipo de trabalho, inclusive com a constante exploração do trabalho infantil.

Em que pese o comentário acima se tenha efetivado em função basicamente da primeira Revolução Industrial, asseveramos que restou constatado, nas demais revoluções industriais, efeitos similares e profundos na metodologia do trabalho e suas repercussões nas relações de trabalho em todo o mundo.

Com efeito, as revoluções industriais ocorridas na história, até o presente momento, trazem consigo a busca do aprimoramento da produção e a procura de maiores lucros e acúmulo de capital para o detentor dos meios de produção. Em consequência, na relação de trabalho, que é assimétrica de origem, haverá o significativo aumento dessa assimetria, em prejuízo da pessoa humana que trabalha.

Cabe ao Direito do Trabalho e a seus intérpretes e aplicadores, portanto, a nobre missão e o dever de aprimorarem o sistema de proteção trabalhista (constitucional, legal, convencional e principiológico), no sentido de garantirem ao ser humano trabalhador um nível ao menos razoável de cidadania e civilidade, sempre com a efetiva proteção à sua dignidade.

A título ilustrativo, no tocante às mudanças e inovações advindas com as revoluções industriais, no mundo do trabalho, citamos Messias Donato que leciona sobre o processo de formação histórica do Direito do Trabalho, na forma que se segue:

> A Revolução Industrial: Criou fontes incomensuráveis de riquezas, sucessão incontrolável de instrumentos de produção, provou concentração e atomização de mão-de-obra em torno das fábricas, produzindo profundas modificações na vida econômica e social. Em consequência do progresso tecnológico, deu ela origem a tantas alterações na produção de bens e serviços, que se poderia falar em revolução na indústria têxtil, revolução nos transportes, revolução na industrialização do ferro, revolução na indústria da cerâmica. Revolução global, em que a revolução têxtil atingiu, de início, de maneira mais acentuada o trabalhador, por exigir sua fixação na fábrica e a revolução de ferro que, por seu efeito multiplicador, em cascata, atingiu o desenvolvimento industrial como um todo, à vista de sua utilização na fabricação de máquinas, de instrumentos e aparelhos de utilidades sem conta.
>
> No curso do século dezoito e início do século dezenove, as descobertas e invenções se multiplicaram sem-fim: lançadeira volante, fiandeira, tear hidráulico, tear mecânico, revolucionaram o setor têxtil. Na metalurgia, ao emprego do coque, em substituição ao carvão vegetal, sucederam a bomba de ar, a pudlagem, a laminação, o martelo mecânico, o processo de fabricação, de aço fundido. Novas técnicas foram aplicadas na manufatura do algodão. Passou-se à utilização do arado, no meio rural, ao emprego do transporte ferroviário, numa verdadeira revolução nesses setores. Tudo isso tornou ilimitadas as possibilidades de obtenção de novos produtos, impensáveis as perspectivas de multiplicação de fontes de riqueza, pelo domínio da natureza, pelos investimentos na aquisição e renovação dos instrumentos de produção, pela comercialização de produtos fabricados em massa, pelo acúmulo e pela concentração de capitais.

É certo que, com as revoluções industriais, necessárias e inevitáveis à evolução humana e das relações sociais, também advêm consequências negativas impactantes. No mundo do trabalho, uma dessas consequências é o desemprego, resultado da substituição do trabalho humano por trabalho de máquinas. Nesse sentido, Kátia Arruda assevera que:

> Milhares de trabalhadores perdem seus postos de trabalho, por não terem condições de assimilar as mudanças tecnológicas que poderiam propiciar-lhes novos empregos. A política governamental vem sendo destinada, primeiramente, ao objetivo de conter os índices inflacionários. A questão relacionada ao emprego não é a primeira opção, o que não é de se estranhar, bastando para isso avaliar os maiores atingidos: a inflação atinge a todos, inclusive o desempenho econômico-financeiro dos grandes grupos empresariais, enquanto o desemprego atinge de maneira muito mais direta e imediata o trabalhador, aumentando a oferta e tornando mais dóceis os empregados e os sindicatos das categorias ameaçadas. Não se pretende desprezar o ataque à inflação, que também traz transtornos irrecuperáveis para a vida dos trabalhadores; pretende-se apenas

> demonstrar que um planejamento nacional deve abarcar os mais graves problemas da nação. Na atualidade, o maior problema é o desemprego.

A título meramente ilustrativo, destaca-se que cresce a taxa de desemprego e, como consequência, a informalidade e o número de pessoas trabalhando por conta própria ou de forma precarizada no Brasil, conforme dados recentes da Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios (PNAD Contínua), divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e publicados na mídia:

> A taxa de desemprego no país ficou em 12,2% no primeiro trimestre deste ano. Houve alta em relação à taxa do último trimestre de 2019 (11%), mas queda se comparada ao primeiro trimestre daquele ano (12,7%). Os dados são da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNAD Contínua), divulgada hoje (30) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).
> A população desocupada chegou a 12,9 milhões de pessoas, um aumento de 10,5% (1,2 milhão de pessoas a mais) em relação ao último trimestre de 2019.

Do exposto, por certo que as mudanças advindas com as revoluções industriais também trouxeram consigo a necessidade de adaptação e evolução de trabalhadores, empregadores e do próprio Direito do Trabalho. Não será diferente com a Quarta Revolução Industrial ou Indústria 4.0.

4. QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL OU INDÚSTRIA 4.0

A Indústria 4.0, também chamada de Quarta Revolução Industrial, consiste na digitalização de processos industriais por meio da utilização da Inteligência Artificial, robótica e informatização no ambiente produtivo, gerando a otimização de recursos e criando métodos e técnicas comerciais mais efetivas.

Em outras palavras, o conceito de Indústria 4.0 se apresenta como um conjunto de alterações nos modos de produção e celebração de negócios. Engloba as principais inovações tecnológicas atinentes à automação, controle e tecnologia da informação, aplicadas aos meios de produção.

Outra característica marcante da Quarta Revolução Industrial é a integração de várias tecnologias, agregando os domínios físico, digital e biológico. A título de exemplo, podemos citar a integração de sistemas informatizados, disseminação em massa de internet e informação em tempo real, plataformas digitais, utilização de robótica, biotecnologia, nanotecnologia, informação em nuvem, impressão 3D, internet das coisas, *big data*, entre outras inovações.

Ademais, diferentemente das outras revoluções industriais, a Indústria 4.0 chama a atenção pela velocidade e abrangência das mudanças. Considerada como disruptiva, implica substanciais alterações na forma de pensar não só os negócios e meios de produção, mas também os produtos e serviços.

Ainda não se sabe exatamente qual a amplitude dos impactos dessa revolução nas relações de trabalho. A Confederação Nacional da Indústria cita, entre os principais aspectos do trabalho que sofrerão impactos direitos da Indústria 4.0, o deslocamento da mão de obra entre setores e funções específicas, a flexibilização do trabalho tanto na jornada quanto na localização do trabalho e a disseminação de novas plataformas de relacionamento entre empregador e trabalhador.

É certo que, com o advento da Indústria 4.0, as grandes indagações quanto aos impactos nas relações de trabalho giram em torno da empregabilidade e dos direitos trabalhistas.

Quanto aos impactos da indústria 4.0 nos empregos, verifica-se que, com a digitalização dos processos industriais, a robótica, a informatização e a inteligência artificial, houve um aumento de produtividade com redução da demanda de trabalhadores na força produtiva de trabalho.

Vislumbra-se, portanto, que a automação e a inteligência artificial irão substituir trabalhadores em ocupações clássicas, que demandam mão de obra intensa e em atividades administrativas. Já existe, inclusive, uma prospectiva de que entre um terço e metade das funções hoje exercidas hoje correm o risco de ser automatizadas.

Nelson Mannrich, citando Christophe Degryse, indica que atividades de escritório, vendas e comércio em geral, transporte e logística, setores da indústria de manufatura e construção civil tradicional, alguns serviços financeiros, de tradução e consultoria, são atividades que

possuem alto risco de desaparecimento em função da automação.

Por outro lado, Klaus Schwab observa que, ao mesmo tempo que a tecnologia e automação substituem o trabalho por capital gerando desemprego, a demanda por novos bens e serviços aumenta e leva à criação de novas profissões e empresas.

De fato, as novas tecnologias, responsáveis pela extinção de empregos tradicionais, também proporcionarão a criação de novos postos de trabalho, porém com uma forma de organização e sistemática bem distinta do modelo clássico.

Neste sentido, Klaus Schwab apresenta duas fundamentais mudanças neste novo modelo de trabalho instituído pela Indústria 4.0. Primeiramente, há a tendência de simplificação das atividades, com a divisão do trabalho em tarefas distintas e bem definidas. Isso leva a um melhor acompanhamento do trabalho e da qualidade do produto, mas também propicia a automatização e, em consequência, a substituição do trabalhador pela máquina e ainda a terceirização de atividades.

A outra grande mudança seria o que o autor conceitua como o "novo trabalho flexível". Há o surgimento de novos contratos sociais e de trabalho e da economia sob demanda (*on demand*), onde os prestadores de serviço não são mais empregados no sentido tradicional, mas trabalhadores independentes que realizam tarefas especificas e estão disponíveis em plataformas digitais de "nuvem humana".

De fato, várias empresas estão surgindo no mercado com esta proposta de trabalho flexível. Nelson Mannrich, citando De Stefano, afirma que se trata de uma *gig-economy*: economia de pequenos encargos ou mini empregos que se apresenta com as modalidades de plataformas de trabalho comunitário (*crowdwork*) e trabalho por demanda por aplicativos.

Márcio Gonçalves batiza o fenômeno de uberização, por entender que a *uber* seria o paradigma deste novo modelo de trabalho. Os motoristas, considerados como autônomos, são cadastrados no aplicativo para atender à demanda intermitente pelos serviços de transporte.

A grande preocupação reside na qualidade destes postos de trabalho que se apresentam no novo contexto. No exemplo clássico da Uber, verifica-se que a empresa explora diretamente a mão de obra dos motoristas para a consecução do seu negócio, que é o transporte individual de passageiros. Contudo, na visão da empresa, esses motoristas não são considerados como empregados e, portanto, não fazem jus a garantias e direitos trabalhistas.

Sob o argumento de jornadas mais flexíveis, autonomia e empoderamento do indivíduo, verifica-se que, na verdade, as novas modalidades de trabalho se traduzem em um mundo de fábricas virtuais não regulamentadas, terceirização silenciosa de atividades e precarização de condições de trabalho, além da redução expressiva de remunerações e direitos.

Assim, em tempos de tantas reformas legislativas e mudanças estruturais nas relações laborais, é sempre oportuno lançar um olhar sobre o Direito do Trabalho, com sua função primordial de tutelar e equilibrar as relações entre capital e trabalho, bem como sobre os princípios constitucionais que balizam o Estado Democrático de Direito.

5. A CARTA MAGNA BRASILEIRA DE 1988 E OS DIREITOS TRABALHISTAS ENQUANTO FUNDAMENTAIS

A Carta Constitucional de 1988, desde seu preâmbulo, expressa que o Brasil foi instituido como um "Estado Democrático, destinado 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, fundada na harmonia social". Destacam-se, já em seu artigo 1º, como fundamentos de nossa República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Essa mesma Carta Magna, em seus artigos 6º, 7º, 170 e 193, dispondo sobre direitos sociais, ordem econômica e financeira e ordem social, elenca como prioridade o direito ao trabalho, os direitos mínimos dos trabalhadores urbanos e rurais, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, a busca de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e, ainda, declara, por fim, que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Tem-se, pois, que o trabalho e os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, no ordenamento jurídico brasileiro, são direitos sociais individuais fundamentais trabalhistas.

Concebemos que os direitos individuais e sociais trabalhistas, em face de sua fundamentalidade e natureza intrínseca de direitos humanos, possuem densidade normativa, em especial aqueles expressos na Constituição Federal vigente.

No tocante aos direitos fundamentais, conceitua Arion Romita como aqueles que "em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça". Para o autor, este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a sua fundamentalidade e destaca que implicam exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado, assim como a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa.

Por sua vez, Maurício Godinho Delgado, tratando do conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana, leciona que:

> Os direitos fundamentais da pessoa humana dizem respeito àqueles que são inerentes ao universo de sua personalidade e de seu patrimônio moral, ao lado daqueles que são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica. Trata-se, por exemplo, dos direitos individuais e coletivos elencados no Capítulo I ("Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos") do Título I, a par dos direitos individuais e sociais elencados no Capítulo II ("Dos Direitos Sociais") do mesmo Título I.

Note-se que a Constituição de 1988 tem o zelo de explicitar o caráter de essencialidade que emana desses direitos fundamentais da pessoa humana, ao estatuir, em seu art. 60, § 4º, IV, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: "IV – os direitos e garantias individuais".

Essa norma constitucional de vedação explícita ao Poder Legislativo Reformador (e também, é óbvio, ao Poder Legislativo Ordinário) protege os direitos e garantias individuais fundamentais, isto é, aqueles direitos e garantias que sejam de titularidade de pessoas humanas, como sói ocorrer com os direitos individuais e sociais trabalhistas.

Dessa forma, enquanto permanecer intocada e vigente a Carta Constitucional brasileira de 1988, teremos o direito ao trabalho e os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e, ainda, a ordem social, tendo como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, na qualidade de direitos fundamentais (constitucionais) trabalhistas no País.

6. A DES(CENTRALIDADE) DA PESSOA HUMANA NO NOVO CONTEXTO LABORAL

Em consonância ao já discorrido nesta pesquisa, nos cabe agora arguir: ainda haverá espaço para a centralidade da pessoa humana que trabalha no mundo globalizado? Chegou o momento de se dizer adeus ao trabalho?

Temos que a pessoa humana, na ordem constitucional brasileira, é a figura central em nosso Estado Democrático e Social de Direito, sendo o amparo e preservação de sua dignidade o fim precípuo.

A matriz estrutural da Constituição de 1988, naquilo que forma o seu núcleo basilar e a distingue, significativamente, das constituições precedentes do País, fundamenta-se em três pilares principais: a arquitetura constitucional de um Estado Democrático de Direito; a arquitetura principiológica humanística e social da Constituição da República; e a concepção constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, com esteio nas lições doutrinárias de Maurício Godinho Delgado, podemos afirmar que, no Brasil, temos um Estado Democrático de Direito, enquanto marco contemporâneo do constitucionalismo, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, de matriz humanística e social, centrado no tripé conceitual: *pessoa humana*, com sua *dignidade*; *sociedade política*, concebida como *democrática e inclusiva; sociedade civil*, também concebida como *democrática e inclusiva*.

Embora sofrendo ataques constantes da legislação infraconstitucional e dos que intentam introduzir retrocessos na lei maior e revogar importantes avanços sociais, o Estado Democrático de Direito vem sobrevivendo à crise do constitucionalismo e, a duras penas, ainda, mesmo que sob ataques ideológicos e jurídicos, vem garantindo, até certo ponto a

fruição de direitos individuais e sociais, inclusive trabalhistas.

Em uma primeira conclusão e resposta aos questionamentos que iniciam esse tópico que ora abordamos, evocamos as precisas lições de Maurício Godinho Delgado:

> A eleição da pessoa humana como ponto central do novo constitucionalismo, que visa a assegurar sua dignidade, supõe a necessária escolha constitucional da Democracia como o formato e a própria energia que tem de perpassar toda a sociedade política e a própria sociedade civil. Sem Democracia e sem instituições e práticas democráticas nas diversas dimensões do Estado e da sociedade, não há como se garantir a centralidade da pessoa humana e de sua dignidade em um Estado Democrático de Direito. Sem essa conformação e essa energia democráticas, o conceito inovador do Estado Democrático de Direito simplesmente perde consistência, convertendo-se em mero enunciado vazio e impotente.

Assim, respondemos afirmativamente à questão de haver ainda espaço para a centralidade da pessoa humana que trabalha no mundo globalizado. Mesmo com a reestruturação produtiva, com a globalização, com a precarização do trabalho, agora mais ainda reforçada com a vigência da ideologia ultraliberal de Estado mínimo e a indústria 4.0 ou Quarta Revolução Industrial, ainda há espaço nos Estados Democráticos de Direito para afirmarmos e comprovarmos a centralidade da pessoa humana que trabalha.

Ricardo Antunes, dispondo sobre as metamorfoses e a centralidade do trabalho hodierno, afirma que, de um lado, verificou-se uma *desproletarização* do trabalho industrial, fabril, nos países de capitalismo avançado, ou seja, houve uma diminuição da classe operária industrial tradicional; mas, paralelamente, efetivou-se também uma significativa *subproletarização* do trabalho, decorrência das formas diversas de trabalho parcial, precário, terceirizado, subcontratado, vinculado à economia informal, ao setor de serviços etc. Verificou-se, portanto, uma significativa *heterogeneização, complexificação e fragmentação do trabalho*.

Assim, de fato, não há mesmo que se falar em descentralidade da pessoa humana que trabalha nos países democráticos de direito. Em se constatando o significativo aumento da precarização do trabalho e de suas formas de contratação e execução, implicando em acentuada *subproletarização* do trabalho, torna-se ainda mais importante o resgate desta centralidade, o que implicará redobrado esforço hermenêutico, principalmente em face da atual supremacia da ideologia ultraliberal defensora do capitalismo de mercado, no sentido de se garantir a dignidade da pessoa humana que trabalha e lhe proporcionar, como leciona Maurício Godinho Delgado, um patamar civilizatório mínimo, democrático e inclusivo.

A classe que vive do trabalho só aumenta, apesar dos fenômenos da precarização e da subproletarização do trabalho e é cediço que o capital e trabalho são interdependentes. Assim, o valor social do trabalho e a livre iniciativa no capitalismo devem coexistir de forma harmônica, efetivados pelo Direito Constitucional e pelo Direito do Trabalho, materializados por seus intérpretes e aplicadores.

Não se esqueça que a especialização de tarefas laborais implicará a necessária qualificação do ser humano que trabalha. Postos de trabalho serão extintos e outros tantos serão criados. Assim como o foi nas demais revoluções industriais já aqui brevemente referidas.

Ricardo Antunes, acertadamente, reconhece que também há consequências positivas decorrentes da revolução tecnológica. O autor afirma que, paralelamente à redução quantitativa do operariado tradicional, dá-se uma alteração qualitativa na forma de ser do trabalho. A substituição do trabalho humano pela máquina oferece, como tendência, a possibilidade de conversão do trabalhador em supervisor e regulador do processo de produção. Portanto, sob o impacto tecnológico há uma possibilidade que se configura pela presença da dimensão mais qualificada, pela intelectualização do trabalho no processo de criação de valores, realizado pelo conjunto do trabalho social combinado.

É bem verdade que países sem industrialização e capital "de ponta" ou em desenvolvimento, como o Brasil, com o advento da Quarta Revolução Industrial e/ou Indústria 4.0, suportarão consequências acentuadas e, possivelmente, graves, caso não avancemos na concretização de um efetivo Estado Democrático de Direito, materializando os direitos fundamentais, que já estão constitucionalizados.

Nesta perspectiva, assevera Ricardo Antunes:

> Isso evidencia que, mesmo na contemporaneidade, "a compreensão do desenvolvimento e da autorreprodução do modo de produção capitalista é completamente impossível sem o conceito de capital social total (...) Do mesmo modo é completamente impossível compreender os múltiplos e agudos problemas do trabalho, tanto nacionalmente diferenciado como socialmente estratificado, sem que se tenha sempre presente o necessário quadro analítico apropriado a saber: o irreconciliável antagonismo entre o capital social total e a totalidade do trabalho" (Mészaros, 1995: 891). Claro que esse antagonismo é particularizado em função das circunstâncias socioeconômicas locais, da inserção de cada país na estrutura global da produção de capital e da maturidade relativa do desenvolvimento sócio-histórico global (idem).

Por tudo isso, falar em supressão do trabalho sob o capitalismo parece ser carente de maior fundamentação, empírica e analítica, o que se torna mais evidente quando se constata que 2/3 da força de trabalho se encontra no Terceiro Mundo industrializado e intermediário (nele incluída a China), onde as tendências apontadas têm um ritmo particularizado.

As inovações tecnológicas advindas com a Indústria 4.0 terão, necessariamente, que dialogar com a classe-que-vive do trabalho, eis que o trabalho, em si, permanecerá em centralidade, mesmo no mundo globalizado e interconectado que estamos a vivenciar. Isso implicará, reitere-se, nos Estados Democráticos de Direito, na necessária e imprescindível manutenção da centralidade da pessoa humana no mundo do trabalho, não havendo, pois, que se falar, simplesmente, em substituição do homem pela máquina, mas em coexistência harmônica e protegida pelo Direito.

Como vimos, sempre tivemos uma diversidade de seres humanos que vivem do trabalho ou classe-que-vive do trabalho, já agora não só proletariados, mas subproletariados, classe essa que ainda desempenha atividades centrais no processo produtivo e no mundo do trabalho. Reitere-se: temos 2/3 da força de trabalho localizada nos países de Terceiro Mundo ou em desenvolvimento, entre os quais se situa o Brasil.

Ainda nas preciosas lições de Ricardo Antunes:

> Posso, portanto, concluir que, em vez da substituição do trabalho pela ciência, ou ainda da substituição da produção de valores pela esfera comunicacional, da substituição da produção pela informação, o que vem ocorrendo no mundo contemporâneo é uma maior *inter-relação*, maior *interpenetração*, entre as atividades produtivas e as improdutivas, entre as atividades fabris e de serviços, entre as atividades laborativas e as atividades de concepção, que se expandem no contexto da reestruturação produtiva do capital, possibilitando a emergência de processos produtivos pós-tayloristas e pós-fordistas. Uma concepção ampliada do trabalho nos possibilita entender o papel que ele exerce na sociabilidade contemporânea neste limiar do século XXI.

Por derradeiro, conclui-se que não é chegada a hora de dizer adeus ao trabalho. O Direito do Trabalho, a Indústria 4.0 e a centralidade da pessoa humana que trabalha podem e devem conviver harmonicamente, em prol da melhoria das condições de vida da sociedade.

7. CONCLUSÃO

A Quarta Revolução Industrial é uma realidade inquestionável e seus efeitos já se fazem presentes na vida de todos. O uso de novas tecnologias e plataformas digitais, como, por exemplo, Uber, Netflix, Amazon, Booking Spotify, mudaram a forma de consumo de bens e serviços.

É certo que as inovações tecnológicas permitiram o acesso a produtos e serviços mais baratos e de maior qualidade, proporcionando melhorias na situação social e cultural da sociedade. Entretanto, as novas tecnologias da informação também introduziram mudanças profundas, e não tão benéficas, ao mercado de trabalho.

Observa-se que, nos últimos anos, houve uma redução do tamanho das empresas, que passaram a utilizar a terceirização e o teletrabalho. Surgiram as chamadas "novas morfologias do trabalho" e com elas o aumento do desemprego, do subemprego, do trabalho "flexível" e do trabalho informal, além da precarização das condições de trabalho e a perda de direitos

sociais, trabalhistas e previdenciários, com óbvio impacto sobre a vida e a saúde dos trabalhadores.

Nesse contexto, é imperioso buscar o equilíbrio entre a evolução tecnológica e a garantia de direitos mínimos. Os direitos individuais e sociais trabalhistas, em face de sua natureza intrínseca de direitos humanos, são considerados direitos fundamentais e como tais não podem ser simplesmente retirados.

Ademais, é sempre bom lembrar que a pessoa humana é a figura central em nosso Estado Democrático de Direito, sendo o amparo e a preservação de sua dignidade um fim precípuo e o Direito do Trabalho tem o importante papel neste novo contexto. As normas trabalhistas precisam ser reformadas para se adaptarem à nova realidade social, porém sem promoverem a flexibilização irrestrita e retirada de direitos. Mais do que isso, é fundamental regulamentar estas "novas morfologias de trabalho" que se apresentam, para garantir a todos os trabalhadores direitos e condições mínimas de trabalho.

O papel do Estado frente às relações de trabalho também precisa ser repensado com vistas a encontrar o ponto de equilíbrio entre às exigências de ordem econômica e a dignidade do trabalhador. Em tempos de tantas mudanças, faz-se necessária a geração de políticas públicas adequadas para inclusão no mercado de trabalho e fomento à representação, negociação coletiva e ao diálogo social.

Ao fim, parafraseando Marx, concluímos com um convite/exortação sócio-laboral: trabalhadores do Brasil, UNI-VOS.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho.* 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Relações trabalhistas no contexto da indústria 4.0 / Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, 2017.

DE AMORIM, Jorge Eduardo Braz. A 'indústria 4.0' e a sustentabilidade do modelo de financiamento do Regime Geral da Segurança Social. *Cadernos de Direito Actual*, n. 5, pp. 243-254, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. In: DELGADO, Maurício Godinho. Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. 4a. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 18a. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

GONÇALVES, Márcio Toledo. Uberização: um estudo de caso – as tecnologias disruptivas como padrão de organização do trabalho no século XXI. *Revista LTr*. Vol. 81, nº 3, março de 2017.

MANNRICH, Nelson. Futuro do Direito do Trabalho, no Brasil e no mundo. *Revista LTr.* São Paulo, v. 81, n. 11, pp. 1287-1300, 2017.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton; MARQUES DE LIMA, Francisco Péricles Rodrigues. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista*. 15a. ed. São Paulo: LTr, 2015.

ROCHA, Marcelo Oliveira. Indústria 4.0 no Brasil: aspectos trabalhistas. In: ZAVANELLA, Fabiano e ROCHA, Marcelo Oliveira (coord,). *O primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) - reflexões e aspectos práticos*. São Paulo: LTr, 2018.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial.* São Paulo: Edipro, 2016.

SOARES, Matias Gonsales. A Quarta Revolução Industrial e seus possíveis efeitos no direito, economia e política. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, no 1524. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4566/a-quarta-revolucao-industrial-seus possiveis-efeitos-direito-economia-politica> Acesso em: 10 nov. 2019.

TESSARINI JUNIOR, Geraldo; SALTORATO, Patricia. Impactos da Indústria 4.0 na Organização do Trabalho: uma revisão sistemática da literatura. *Revista Produção Online*. Florianópolis, SC, v. 18, n. 2, pp. 743-769, 2018.

VIANNA, Segadas, In: *Instituições de direito do trabalho*, Volume I / Arnaldo Süssekind [et al]. – 21a. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. – São Paulo: LTr, 2003.

NOTAS

1. VIANNA, Segadas, in *Instituições de direito do trabalho*, Volume I / Arnaldo Süssekind ... [et al]. – 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. – São Paulo: LTr, 2003, p. 99.
2. Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.
   Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
3. DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. In: DELGADO, Maurício Godinho. Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, pp. 75-93.
4. MARQUES DE LIMA, Francisco Meton; MARQUES DE LIMA, Francisco Péricles Rodrigues. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista* – 15. ed. – São Paulo: LTr, 2015, pp. 29.
5. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 99.
6. VIANNA, Segadas, *in Instituições de direito do trabalho, Volume I* / Arnaldo Süssekind ... [et al]. – 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. – São Paulo: LTr, 2003, p. 32.
7. ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998, p. 26.
8. DONATO, Messias Pereira. Curso de direito individual do trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 21.
9. ARRUDA, Kátia. *Op. cit.*, pp. 86-87.
10. Agência Brasil https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/taxa-de-desemprego-fica-em-122-no-primeiro-trimestre-do-ano#:~:text=%C3%8Dndice%20foi%20divulgado%20hoje%20pelo%20IBGE&text=A%20taxa%20de%20desemprego%20no,ano%20(12%2C7%25)., acesso em: 15 de junho de 2020.
11. ROCHA, Marcelo Oliveira. *Indústria 4.0 no Brasil: aspectos trabalhistas*. In: ZAVANELLA, Fabiano e ROCHA, Marcelo Oliveira (coord,). O primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) - reflexões e aspectos práticos. São Paulo: LTr, 2018, pp.13-14.
12. DE AMORIM, Jorge Eduardo Braz. *A 'indústria 4.0' e a sustentabilidade do modelo de financiamento do Regime Geral da Segurança Social.* Cadernos de Direito Actual, n. 5, 2017, p. 248.
13. SOARES, Matias Gonsales. A Quarta Revolução Industrial e seus possíveis efeitos no direito, economia e política. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, no 1524, pp. 5.
14. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Relações trabalhistas no contexto da indústria 4.0* / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília: CNI, 2017, p. 27.
15. ROCHA, Marcelo Oliveira. *Indústria 4.0 no Brasil: aspectos trabalhistas*. In: ZAVANELLA, Fabiano e ROCHA, Marcelo Oliveira (coord,). O primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) - reflexões e aspectos práticos. São Paulo: LTr, 2018, p.15.
16. ROCHA, Marcelo Oliveira. *Op. cit.*, p.14.
17. MANNRICH, Nelson. Futuro do Direito do Trabalho, no Brasil e no mundo. *Revista LTr.* São Paulo, v. 81, n. 11, 2017, p. 1295.
18. SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial.* São Paulo: Edipro, 2016, p. 30.
19. SCHWAB, Klaus. *Op. cit*., pp. 32-33.
20. SCHWAB, Klaus. *Op. cit*., pp. 41-42.
21. MANNRICH, Nelson. *Op. cit*., p. 1293.
22. GONÇALVES, Márcio Toledo. Uberização: um estudo de caso – as tecnologias disruptivas como padrão de organização do trabalho no século XXI. *Revista LTr*. Vol. 81, nº 3, março de 2017, p. 320.
23. Constituição Federal de 1988.

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Data de visualização em: 25.11.2019.

ROMITA, Arion Sayão, Direitos fundamentais nas relações de trabalho – 2ª ed. rev. e aum. – São Paulo: LTr, 2007, p. 45.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017 – São Paulo: LTr, 2017, p. 33.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/ 2017 – São Paulo: LTr, 2017, p. 21.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 118.

DELGADO, Maurício Godinho. Delgado, Gabriela Neves. *Op. cit*., p. 28.

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho – [2.ed., 10.reimpr. ver. e ampl.]. – São Paulo, SP: Boitempo, 2009. – (Mundo do Trabalho), p. 205.

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. *Op. cit.*, p. 208.

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. *Op. cit.*, p. 209.

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. *Op. cit.*, p. 219.

A DOAÇÃO DE SANGUE POR PESSOAS HOMOAFETIVAS: UMA ANÁLISE DA ADI 5.543

Amanda Faustino de Lima Parente
Graduanda em Direito pela Universidade Potiguar (UnP).

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira
Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET); Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN); Professor DNS I da Universidade Potiguar (UnP); Advogado.

RESUMO

O presente artigo intenta discutir sobre a constitucionalidade da doação de sangue por pessoas homoafetivas. Para tanto, foi empregado o método dedutivo fazendo pesquisa qualitativa baseada em referencial doutrinário e análise de documentos normativos e jurisprudência. Dessa forma entende que a discriminação por conta da orientação sexual agride a dignidade da pessoa humana e implica na privação de direitos. Entende Compreende que a vedação se manifesta como dano ao ordenamento jurídico, ao ferir princípios da Constituição Federal. Analisa, ainda a declaração de constitucionalidade dos atos normativos objetos da ADI 5543 concretizaria o preconceito e a discriminação contra os homossexuais, ao coloca-los como grupo de risco e tornando irrelevante o seu efetivo comportamento sexual. Por fim conclui pela constitucionalidade da doação de sangue por pessoa homoafetivas tratando-se de uma forma de não discriminação que permite em um único arremate satisfazer o direito a saúde da coletividade e assegurar a dignidade da pessoa humana dos doadores.

Palavras-chave

Dignidade da pessoa humana; hemoterapia; homoafetividade; não discriminação.

ABSTRACT

This article attempts to discuss the constitutionality of blood donation by homo-affective people. For that, the deductive method was used doing qualitative research based on doctrinal referential and analysis of normative documents and jurisprudence. In this way, it understands that discrimination due to sexual orientation attacks the dignity of the human person and implies the deprivation of rights. It understands It understands that the prohibition manifests itself as damage to the legal system, by violating the principles of the Federal Constitution. It also analyzes the declaration of constitutionality of the normative acts that are the object of ADI 5543, which would concretize prejudice and discrimination against homosexuals, by placing them as a risk group and making their effective sexual behavior irrelevant. Finally, it concludes that the constitutionality of blood donation by homo-affective persons is a form of non-discrimination that allows, in a single conclusion, to satisfy the right to the health of the community and ensure the dignity of the human person of the donors.

Keywords

Dignity of the human person; hemotherapy; homo-affectivity; non-discrimination.

1. INTRODUÇÃO

Assim como o Direito possui diversos sistemas e abordagens conforme o país em que vigora, o mesmo pode ser dito sobre a forma como a homoafetividade é encarada mundo afora. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 estabelece, dentro de seus princípios, a defesa pela dignidade da pessoa humana e a busca pela pacífica convivência de todos, independentemente de suas diferenças, o que culminou na conquista de direitos à união

homoafetiva e a equiparação da homofobia com os crimes taxados na lei 7.716/89, por exemplo.

Apesar de não existirem estatísticas oficiais, precisas e atualizadas – e de fácil acesso – tratando da quantidade de pessoas homoafetivas no Brasil, existem dados recolhidos e analisados pela Associação Internacional de Gays e Lésbicas (ILGA) que busca distinguir o tratamento conferido por diversos Estados às pessoas com essa orientação sexual. Entre seus apontamentos, é possível depreender que 70 países consideram a relação entre pessoas do mesmo sexo como ato ilícito, e que 11 países ainda admitem a possibilidade de pena de morte.

Voltando à perspectiva inicial da conquista dos direitos através da interpretação da Constituição Federal, é lícito ressaltar que todas elas foram precedidas de litígio e debate, para tornar possível sua consolidação como institutos do Direito brasileiro. Nesse sentido, em outubro de 2017 iniciou-se julgamento em plenário do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de analisar a constitucionalidade de dispositivos presentes em normas da ANVISA e do Ministério da Saúde, que acabam por proibir a doação de sangue por parte de pessoas homoafetivas.

A promoção de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF contra normas do Ministério Público e da ANVISA acabam por suscitar a dúvida quanto aos embaraços causados por tais dispositivos normativos através de uma série de violações à Constituição Federal de 1988, como a impossibilidade de aplicação do direito de acesso à saúde e os prejuízos infligidos à dignidade das pessoas envolvidas.

Considerando a Constituição Federal e os princípios nela contidos, cabe indagar se eventual proibição à doação de sangue pelas pessoas homoafetivas é de fato aceito pelo prisma constitucional, e se a ADI 5543, que trata precisamente dessa matéria, cumpre seus requisitos formais e materiais. É com esse enfoque elucidativo da presente questão que esta pesquisa será desenvolvida.

Este artigo tem como objetivo a discussão da constitucionalidade da vedação à doação de sangue por pessoas homoafetivas, mais especificamente através da análise do paradigma da dignidade da pessoa humana e a não discriminação constante na Constituição da República, além de objetivar entender como funciona o sistema de hemoterapia no Brasil, e, por fim, discutir à luz o julgamento da ADI 5543 pelo STF o atual posicionamento do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Através de metodologia dedutiva, a pesquisa será desenvolvida pela análise bibliográfica da doutrina constitucional mais recente, além do apoio dos estudos nacionais de Direitos Humanos, portarias ministeriais e manuais técnicos elaborados pelo Ministério da Saúde em períodos cronológicos distintos.

Destarte, enquanto a primeira parte deste trabalho trata do estudo dos principais conceitos acerca da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade sexual a partir da análise doutrinária, a segunda parte tratará do caráter humanitário e da necessidade dos procedimentos que envolvem a transferência de sangue de um ser humano para outro, a partir de uma pequena introdução histórica e passando para aspectos mais técnicos de como o sistema nacional de doação de sangue funciona. Por fim, a terceira parte analisa como transcorreu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e a consequente retirada da vedação à doação de sangue por pessoas homoafetivas.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE SEXUAL

Como peças fundamentais para discutirmos tal problemática, temos como peças fundamentais a exploração dos princípios constitucionais, dando destaque ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade humana anda de mãos dadas com o que diz respeito ao direito de igualdade e liberdade do indivíduo.

A Constituição Federal de 1988, de maneira expressa no artigo 1°, inciso III afirma que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A dignidade é o pressuposto da democracia, da igualdade, da justiça social e da solidariedade. Sendo particular a condição de cada indivíduo, a dignidade humana não compreende hierarquia.

A norma constitucional considerado máximo fundamento do Estado Democrático de Direito, define dignidade da pessoa humana como princípio, o qual emana a todos os princípios e direitos constitucionais e a toda organização jurídica, sendo o mais global de todos os princípios. (MARTINS, 2010, p.51).

Responsável por estabelecer proteção e condições para sobrevivência, a dignidade da pessoa é inerente à condição humana - indistintamente de qualquer outro atributo ou características de cor, orientação religiosa, corrente política ou outro critério de distinção na sociedade- e constitui-se como responsável pela atribuição ética de todos os direitos humanos, sendo o pilar axiforme para desenvolvimento dos demais componentes do Direito como sistema jurídico. (RAMOS, 2018, p. 84).

A dignidade da pessoa humana pode ser revelada também na prática da autonomia da vontade, componente este imprescindível da liberdade humana. Trata este princípio de assegurar não apenas os direitos sociais e fundamentais a todos os indivíduos, como também o de proteger a personalidade, a vida privada, intimidade e demais valores positivos no alicerce da vida humana. Excepcionalmente, podem ser feitas restrições ao uso dos direitos fundamentais, mas sempre sem desconsiderar a necessária conta que merecem todos os indivíduos. (MORAIS, 2004, p.52).

A partir do momento que a dignidade da pessoa humana é hasteada à condição de princípio formado e fundamento do Estado Democrático de Direito, fica então o Estado com a responsabilidade de moldar-se como mecanismo para a preservação e ascensão da dignidade das pessoas de forma individual tão como de forma coletiva. Princípio esse de valor absoluto que envolve a ideia de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. (SILVA, 2004, p. 105).

Não basta garantir aos indivíduos apenas os direitos relacionados à possibilidade de subsistência física. A ideia que dignidade humana deve abranger os mais diversos pontos da vida e requer além do dever de privação de condutas que possam infringi-la, o dever também de agir com o propósito de atingir sua eficácia e proteção.

Conforme exposto previamente, a dignidade humana é um princípio natural do indivíduo, de valor imensurável e impresso na substância íntima de cada um, independentemente da afirmação do seu direito, pois tem característica supraconstitucional.

Com propósito de amparar o princípio de maior relevância do direito, afirma-se que o Estado deve garantir as pessoas o uso dos direitos considerados fundamentais, entre eles o pleno direito a igualdade independente de raça, cor, religião, direito à liberdade, a intimidade e a busca da felicidade, sem que ninguém possa interferir. O conceito de definição da dignidade da pessoa humana está em eterna mudança, evolução e elaboração. (RAMOS, 2017, p. 76).

Temos por dignidade da pessoa humana a característica natural e especifica que cada indivíduo possui e através dela se faz merecedor de toda estima não só da sociedade, como do Estado, acarretando assim diversos deveres e direitos que lhe deixam assegurados da garantia de condições mínimas para uma vida digna, além de fazer com que os indivíduos possuam participação ativa no futuro de sua própria existência e da comunhão com a sociedade. (SARLET, 2001, p. 60).

Portanto, partindo da premissa que não seja violado os direitos do próximo, todos os brasileiros têm o direito à justiça e à igualdade de seus direitos. A atenuação ou limitação desses direitos, acarreta em violação da dignidade da pessoa humana, à democracia e ofensa à Constituição Federal. (RAGAZZI, 2011, p.181).

O direito à uma vida justa, é garantida e protegida pela Constituição Federal, de forma que oferece como garantia a preservação da sua individualidade, personalidade e intimidade, para que cada indivíduo procure a felicidade da forma que lhe for mais adequada. (VECCHIATTI, 201, pp. 199-235).

Não há possibilidade de existir vida digna, por exemplo, ao homossexual, quando o mesmo sofre discriminação e preconceito, ficando assim o Estado responsável para agir de forma efetiva e justa para que esses possuam sua dignidade considerada por toda sociedade. (VECCHIATTI, 2011, pp.199-235).

Afinal, há uma série de discriminações baseadas em valores culturais que resultam em discriminação, assédio, desvalorização da identidade sexual, dificuldade de acesso ao mercado de trabalho ou recebimento de benefícios sociais, e muitas vezes com amparo no ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2016, p. 251).

O respeito à dignidade do próximo gera obrigações tanto para o estado, autoridades públicas como para qualquer indivíduo, cabe principalmente ao Estado a garantia de que discriminações não se eternize em meio a sociedade. (VECCHIATTI, 2011, p. 203).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana impede a instrumentalização dos indivíduos em prol da coletividade ou da maioria, impondo um tratamento da pessoa como um fim em si mesmo, impedindo o seu uso como instrumento para fins que não o representam. (SARMENTO, 2016, p. 132).

Salienta-se que a dignidade humana não é limitada ao fato de que o indivíduo estará protegido de humilhações, provocações, agressões entre outros, mas também a de total garantia do desenvolvimento da individualidade de cada um. O pleno desenvolvimento da personalidade presume, no que lhe concerne, de um lado, a certificação da total liberdade, sem que haja interferências ou impedimentos, das possíveis atuações próprias de cada um e de outro lado, a independência que surge da livre importância da razão humana, antes de uma certeza dada pela natureza. (LUNO, 1995, p. 318).

A pessoalidade, o pensamento, a intimidade, a vida particular, a autonomia, o direito de locomoção e todos os demais relativos à expressão psicológica ou física, estão resguardados pelo direito à liberdade e não podem ser retirados dos mesmos sem um motivo devidamente justificável. Dessa maneira, qualquer tipo de liberdade pessoal deve ser reconhecido como direito fundamental com o propósito de proteção constitucional.

Deve-se respeitar os limites e direitos dos outros indivíduos, afinal ninguém possui liberdade ilimitada, mas para os exageros cabe ao Estado criar artifícios jurídicos que sejam capazes de resguardar e estabelecer a expressão da vontade dentre determinados limites. (MAXIMILIANO, 2005, p. 691).

A Constituição Federal de 1988 nos termos do art. 3º, inciso IV, 170, e art. 5º, inciso I, XLI, é explícita ao proibir completamente qualquer atitude discriminatória e assim assegurando que absolutamente todos os indivíduos são idênticos e livres perante a lei. A liberdade permitida a cada indivíduo é limitada apenas pela liberdade dos demais.

Entre todas as formas de liberdade e de pessoalidade de cada indivíduo, destaca-se a liberdade sexual que nada mais é que a garantia que cada indivíduo possui de demonstrar a sua sexualidade da forma que lhe for agradável ou que melhor lhe servir. Do mesmo modo acontece com as demais liberdades que são interligadas, como a expressão sexual e a livre orientação sexual. Impedir um indivíduo de viver livremente o seu direito de exercer à livre sexualidade, agride diretamente o seu direito à intimidade, como também a busca da sua própria felicidade. (DIAS, 2001).

Considera-se que a discriminação por conta da orientação sexual agride a dignidade da pessoa humana e implica na privação de direitos, o que requer um posicionamento do sistema jurídico. (RIOS, 1998, p.29). O Estado deverá suprir a conduta omissa e garantir tutela aos homossexuais.

Assim, qualquer forma de discriminação baseada na orientação sexual da pessoa humana será considerando ato inconstitucional. (RAGAZZI, 2011, p. 181).

Pela compreensão da sexualidade como uma individualidade, posta em condição muito particular, a dignidade se dispõe como o entendimento das pessoas como agentes morais, com direito a suas escolhas e participação na composição da sociedade, livres de amarras e gozando de proteção. (SARMENTO, 2016, p.187).

Necessário, portanto, o reconhecimento da liberdade sexual como direito do indivíduo, ligado à sua liberdade. Atualmente, na compreensão contemporânea da dignidade da pessoa humana, exige-se um nivelamento por cima no tratamento de todos. A orientação sexual é advinda da liberdade de cada um, não permitindo entraves ou regras que busquem transferi-la ou negar seus direitos. (RAMOS, 2018, p.1012).

As muitas facetas da liberdade, desde a liberdade de locomoção à liberdade sexual, ligam-se diretamente à própria condição humana, e constituem pressuposto para a fruição de tantos outros. A liberdade sexual é, também, direito de solidariedade, pressupondo as escolhas livres e conscientes. A proteção à liberdade sexual é a garantia de que o seu titular possa determinar sua sexualidade e seu comportamento. Sua ausência, portanto, implicaria no mesmo impacto que a ausência de todas as demais liberdades e direitos inerentes à sua condição como ser humano. (JORIO, 2019, p. 43).

Em nenhuma hipótese deve-se admitir que o Estado, em qualquer âmbito, estabeleça o tipo legitimo de relação sexual e desta forma penalize as outras sexualidades de desfrutar dos seus direitos. A objeção a qualquer situação que fuja do padrão, do dito convencional, por matérias

relacionadas a orientação sexual, estará violando o princípio da liberdade. (RAGAZZI, 2011, p. 177-191).

Assim, a liberdade sexual é um direito e deve ser respeitado, independentemente da sua orientação, identidade, conduta, seja o indivíduo homossexual, heterossexual, bissexual ou até mesmo os assexuados. (DIAS, 2001).

Portanto à lei, conferindo limites aos indivíduos, deve fazer valer o princípio da igualdade e buscar elevá-los à igualdade de direitos e deveres e à proteção que os demais individuos gozam naturalmente, dessa forma a igualdade será garantida a todos.

As normas de tratamento igual e desigual se repulsam a passo que a desigualdade de tratamento exige uma fundamentacao para se impor, ao contrário da igualdade que se impoe com a inexistencia de uma fundamentação que conceda a distinção. Originalmente a ordem é de um tratamento igualitario, sendo possivel um tratamento desigual em casos que possam ser justificados.

A liberdade é um direito com objetivo de garantir que os indivíduos não terminem nas mãos de repressores ou mesmo no abuso de seus dirigentes. Não só os governos, como igrejas e a sociedade em si interferem na questão sexual, isso devido à um cenário histórico bastante resistente e implantado em vários países. (CORRÊA, 2007, 47-49). Situação essa que afronta diretamente os direitos de cada um. Inúmeros direitos são advindos da liberdade, e tornam-se essenciais e imprescindíveis para ajudar na qualidade de vida dos mais vulneráveis na sociedade, como por exemplo os que tem orientação sexual diferente, podendo assim exigirem seus direitos e dignidade. (RIOS, 2006, pp. 71 - 100).

Considerando que todos os indivíduos têm direito de fruir da proteção de seus direitos, e que o estado deve posicionar-se como promotor da dignidade da pessoa humana, buscando elevar o padrão de políticas públicas a fim de beneficiar todos as pessoas, é perceptível a consagração dos princípios de igualdade e dignidade incidindo sobre diversos ramos do ordenamento jurídico. É apenas através da proteção dos indivíduos contra a violência e a discriminação, através da criação de dispositivos eficazes e de um sistema sólido, que o Estado como promotor e assegurador dos direitos de liberdade conseguirá sustentar bases válidas para uma livre convivência e respeito às diversas formas de orientação sexual, calçados na liberdade e descriminalização das condutas sexuais privadas.

3. A HEMOTERAPIA E A VEDAÇÃO DE DOAÇÃO HOMOAFETIVA

Buscando apoio na perspectiva de que o Direito correlaciona a dinâmica entre fatores culturais, a posterior atribuição de um valor a estes e a sua consequente aplicação como norma jurídica, é lícito concluir que o estudo das práticas que geraram uma decisão do órgão máximo do Poder Judiciário merece tanta atenção e estudo conceitual quanto a própria análise do controle de constitucionalidade objeto do presente artigo.

Adotada essa postura de abordagem, a abordagem histórica e técnica da hemoterapia tratada a seguir toma como base o conceito de que ela busca tratar doenças e melhorar o estado clínico de um paciente através da utilização do sangue humano – seja em sua integralidade ou apenas de algum dos seus componentes, como plaquetas ou hemácias.

Inicialmente, é necessária a distinção técnica entre hemoterapia e transfusão, sendo a primeira já conceituada anteriormente, enquanto a segunda corresponde ao método de reposição sanguínea em procedimentos cirúrgicos e tratamentos envolvendo quimioterapia, por exemplo. Portando, uma é gênero, a outra é espécie.

A utilização de sangue para tratamento de doenças data desde antes da utilização de registros escritos pela sociedade. Os grupos que adotavam essa prática banhavam ou bebiam sangue – humano ou não – principalmente pela perspectiva da cura de doenças ou melhoria das funções do organismo, apesar de não estarem afastados os demais rituais que buscavam apenas enaltecer atributos físicos ou servir como manifestação de sacrifício ou conexão com o divino. (MS,2013).

Em relação ao uso do sangue como tratamento, divide-se tal prática em três blocos históricos distintos. O primeiro é o pré-histórico, caracterizado pelo já citado hábito de abordar o sangue como aperfeiçoador de condições físicas e cura de doenças através do seu consumo direto, não adotando o sangue humano como necessária prioridade, mas como possibilidade. (MS,2013, p.07).

O período pré-científico, segundo na cadeia de períodos históricos da transfusão sanguínea,

começa com a descoberta do funcionamento do sistema circulatório e se distingue pelo uso inicial do sangue de animais e o desconhecimento técnico da existência de grupos sanguíneos, fator RH ou soluções anticoagulantes ou capazes de preservar o sangue – esses elementos, em conjunto, eram responsáveis por uma baixíssima taxa de compatibilidade e bom quadro de resposta às transfusões, além de mortes e impossibilidade de armazenamento do sangue coletado, o que forçava a necessidade de transferência direta do sangue do braço do doador para o do paciente. (MS,2013).

Finalizando a introdução quanto aos períodos históricos, o último é o período científico, que tem como marcos as tentativas de substituição do sangue por outros produtos e a descrição dos demais elementos componentes do sangue. (MS,2013).

A hemoterapia seguiu seu desenvolvimento a partir de erros e necessidade de correções e reformulações, como em 1940, por exemplo, que culmina na descoberta pela necessária compatibilidade entre grupos sanguíneos – através do estudo do fator RH – e o desenvolvimento de aparelhos como a seringa, tubos e aplicação de substâncias como o citrato de sódio, permitindo o armazenamento do sangue em estoques através de sua ação anticoagulante, além da introdução dos testes de compatibilidade – cujo descoberta e importância já foram devidamente mencionadas acima. (MS,2013, p.08).

Como apontado pela Fundação Hemominas[4], a coleta e estocagem em garrafas durante a guerra civil espanhola de 1939 corresponde ao primeiro registro de transfusão utilizando técnicas de conservação. Além disso, a eclosão da Guerra Mundial naquele mesmo ano serviu como estopim para criação dos primeiros bancos de sangue, tornando a transfusão praticamente uma rotina médica à época, e essa generalização serviu de motivação às primeiras doações de sangue, alicerçadas em valores altruístas e voltadas à não remuneração.

No século XXI, as principais pesquisas e avanços estão calcados na cultura de células, biologia molecular, testes de triagem sanguínea cada vez mais eficientes, engenharia tecidual, terapia gênica e a busca pela substituição do sangue através de produtos, algo similar às pretensões do início do período científico, como supramencionado. (MS,2013).

Ainda em relação à origem – mas agora em relação especificamente ao Brasil – é importante distinguir o sistema de transfusões do Brasil em relação ao restante do mundo.

Segundo informações da Fundação Hemominas, o sistema pátrio adotou a doação remunerada, gerando uma expansão da quantidade de doações, mas que acarretou o acúmulo de estoques de sangue contendo doenças, como anemia. Esse relatório foi feito em 1969 a pedido da OMS, e tinha como principais apontamentos as doações remuneradas e sem critérios médicos que geravam doadores inaptos e predominância de utilização de sangue total – além da falta de coordenação e a carência de recursos humanos.

Como agravante, a carência de fiscalização culminava na utilização do sangue como negócio, comercializando-o a preços baixos e repassando-o a hospitais - e a empresas de caráter multinacional, que exportavam o plasma para produção de albumina, proteína de alto valor biológico, e que, por conta da diferença considerável entre os valores de compra e venda, sempre visavam grandes lucros. (MS,2013).

A primeira ação governamental direta em relação a esse setor foi o Programa Nacional do Sangue e Hemoderivados, criada em 1980, que tinha como objetivos – além de adotar, em todo o Brasil, a doação de sangue voluntária e não remunerada – proporcionar tratamentos de patologias, e estabelecer parcerias com os Hemocentros, através da manutenção de estruturas apropriadas ao atendimento do doador de sangue. (MS, 2000, p.05).

O objetivo do presente trabalho não é uma completa análise histórica do desenvolvimento do sistema de transfusões sanguíneas no Brasil, e, portanto, os dados apontados no bojo deste tópico visam apenas enfatizar que a transfusão de sangue, por mais benéfica e desenvolvida que seja, não está isenta de riscos. As práticas medicinais envolvendo sangue, podem se demonstrar repletas de complicações, que podem culminar em prejuízos ao estado clínico dos pacientes, sejam estes prejuízos fatais ou não.

Hodiernamente, é possível a identificação de várias dificuldades ainda não vencidas em todo o sistema da Rede Nacional de Serviços de Hematologia e Hemoterapia (Hemorrede), como a falta de unicidade de modelos de gestão e jurídicos; ausência de protocolos instituindo controle

racional do sangue; falta de assessoramento técnicos nos órgãos da Administração Pública; mau funcionamento da gestão financeira dos hemocentros, além da não informatização total da Hemorrede. (MS,2013).

Alternando o foco da análise para a prática da transfusão em si, a Fundação de Hematologia e Hemoterapia do Estado da Bahia (HEMOBA) deixa claro que a transfusão de sangue, mesmo quando realizada dentro das normas técnicas pré-estabelecidas, envolve certo grau de risco de contaminação por doenças infecciosas ou parasitárias.

A seleção de doadores – atrelada à maneira voluntária, anônima, e não remunerada do atual sistema – é composta basicamente por três etapas: cadastro, fornecimento de material educacional e triagem clínica.

O cadastro consiste na coleta dos dados pessoais através da apresentação de documento oficial com foto, cumprindo lembrar que independentemente da quantidade de vezes ou do intervalo entre doações, o cadastro dos dados sempre será atualizado. (MS,2013).

O fornecimento de material tem as implicações que uma interpretação literal atribuiria a essa etapa: o candidato a doador receberá material simples e contendo as orientações básicas e necessárias sobre o procedimento. O objetivo é informar sobre hábitos e comportamentos que geram risco para o sangue doado, e tem como pretensão a autorreflexão do possível doador, para, em caso de este perceber se enquadrar nas hipóteses de exclusão do procedimento, fazê-lo de forma voluntária. (MS,2013).

Como última etapa, a triagem clínica é uma avaliação clínica, composta por um exame físico e preenchimento de um questionário que visa avaliar seu histórico médico e sua condição atual, além de seus hábitos e a presença de fatores de risco. (MS,2013).

A triagem clínica envolve procedimento importante pois a transmissão de doenças pelo sangue pode não ser evitada com a simples realização dos testes posteriores à doação. (MS,2001, p.12).

Segundo o HEMOBA, dentre as doenças infecciosas possíveis de serem transmitidas pela doação, encontram-se aquelas relacionadas ao vírus HIV, hepatites B e C, HTLV I/II, doença de Chagas, sífilis, malária, entre outras.

Dos muitos critérios analisados na triagem, alguns se destacam, mas todos eles possuem um porquê de estarem presentes no questionário, e com suas devidas justificativas presentes nos manuais disponíveis pelo governo. Contudo, é a presença de uma dessas vedações que gerou um controle de constitucionalidade repressivo e concentrado através de uma Ação Direta de Constitucionalidade: a inaptidão de homens que tiveram relações sexuais com outros homens à doação.

Uma das vedações verificáveis pela triagem é a de o candidato ter menos de 50 kg, e com a comprovada justificativa de o anticoagulante para conservação presente na bolsa de coleta estar padronizado para um mínimo de 400ml de sangue. Consequentemente, uma pessoa com menos de 50 kg não conseguiria doar a quantidade mínima. (MS,2001, p.21).

Outra inaptidão seguida de sua respectiva justificativa é quanto à impossibilidade de doar por parte daqueles recentemente vacinados: as vacinas impedem temporariamente a doação pois podem causar alteração nos testes sorológicos ou podem até mesmo causar no paciente a doença da qual o doador foi vacinado em vias de evita-la. (MS,2001, p.23).

Conforme será apresentado no tópico seguinte deste artigo, o Ministério da Saúde também apresenta justificativas para a vedação de doação por homens que tiveram relações sexuais com outros homens.

Contudo, diferente dos exemplos anteriores de justificativa, a manifestação estatal foi vista como forma de violência contra a comunidade LGBT, que engloba não apenas a violência física, mas outras dimensões, como a sexual e psicológica. Essa pluralidade de formas de violência é facilmente perceptível através de paralelo com as formas de violência contra a mulher, por exemplo.

Portanto, mais que extrapolar critérios sob a justificativa de que estes avaliam situações de risco para doenças transmissíveis por sangue e que estabelecem a inaptidão temporária para a doação de sangue por 12 meses a partir da ocorrência (MS, 2001, p.27), a vedação se manifesta como dano ao ordenamento jurídico, ao ferir princípios da Constituição Federal, e culminou na já mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja abordagem será mais realizada adiante.

No aspecto prático, englobando a doutrina envolvendo dignidade da pessoa humana e os aspectos técnico-teóricos necessários para preservação da boa qualidade do material doado, qualquer norma que não apresente mecanismos que garantam a segurança do sangue doado e a dignidade do doador será passível de análise do Poder Judiciário, em respeito aos Direitos Humanos e visando evitar violações em nível individual.

4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.543 E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mediante análise do relatório *Communities at the Centre*, constata-se que pessoas dentro do grupo de "populações-chave" – dentre eles os homens que fazem sexo com homens – constituem aproximadamente 95% das infecções por HIV recentes na Europa do Leste, Ásia Central, Oriente Médio e Norte da África, além de 54% das infecções por HIV em todo o mundo. Além disso, o mesmo relatório constata que o risco de infecção por HIV é 22 (vinte e duas) vezes maior entre homens que fazem sexo com homens.

Esses dados, por si só, não constituem a completude do porquê do sistema atual de restrições temporais à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens (HSH), sendo necessário o conhecimento da "janela imunológica", que é o intervalo entre infecção e detecção de anticorpos em relação ao HIV. Os dados do Ministério da Saúde afirmam que a duração de tal janela é de 30 dias, suscetível a variação a depender da reação do organismo.

Dessa forma, mesmo com a infecção, se o teste para detecção desses anticorpos for realizado durante a janela imunológica, ainda é possível gerar resultado diverso. Nesses casos, é sugerido um novo teste após 30 (trinta) dias da primeira coleta.

Nessa linha de raciocínio, é necessária a adoção de medidas visando a garantia da qualidade do sangue doado e impedir que esse material contaminado gere novas infecções. E com isso, o art.199§4º da Constituição Federal estabeleceu competência à disposição legislativa para tratar das condições e requisitos que facilitem, dentro outros, a transfusão de sangue e seus derivados – e com isso foi criada a Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988, responsável pela criação de cadastro dos doadores de sangue e por impor a realização de exames laboratoriais, visando prevenir a propagação de infecções, no sangue doado.

Enquanto a lei supramencionada trata do cadastro e da realização de exames, a Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001 cuida de regulamentar o já mencionado art.199§4º, CF, dispondo sobre atividades de coleta e demais procedimentos para conservação e aplicação do sangue e seus derivados.

O Ministério da Saúde, considerando todos os aspectos dispostos acima, sentiu a necessidade de revisar os aspectos técnicos do regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos do Sistema Nacional de Sangue, e, para isso, redefiniu esse regulamento através da Portaria Nº 158, de 4 de fevereiro de 2016. Como qualquer regulamento, este dispõe de normativas e restrições, e este, em específico, estabeleceu em seu art.64, IV que se considera inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato à doação que seja HSH.

Contudo, foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade arguindo que a indigitada Portaria do Ministério da Saúde – além da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014, da ANVISA, que versa igualmente sobre o tema em seu art. 25, XXX, d – ofendem o atual ordenamento constitucional ao ferir princípios como os da igualdade, promoção do bem de todos sem discriminações e da solidariedade, agredindo a dignidade da pessoa humana e enfatizando um caráter discriminatório, considerando que os referidos dispositivos normativos perdem o caráter de restrição temporária ao impedir que um homossexual ativo sexualmente doe em grau praticamente definitivo, pois as consecutivas restrições de 12 meses permaneceriam sobrepondo-se constantemente.

Como apontado na peça inaugural, considerando essa inaptidão forçada à doação, os hospitais e bancos de coleta de sangue, públicos ou privados, estão proibidos de receber sangue dos homens que se declararem homossexuais, pelo período já mencionado anteriormente.

A petição inicial utiliza pesquisa baseada em dados do IBGE, que constata que a população masculina homo ou bissexual e de homens

que fazem sexo com homens (HSH) é de 10,5 milhões, e, considerando, que cada homem está apto a realizar até 4 doações de sangue por ano, estima-se uma perda de 19 milhões de litros de sangue anualmente.

Quanto ao cabimento de ADI para controle de Portaria e Resolução, é apontado que tais dispositivos constituem ato normativo autônomo decorrentes da Constituição Federal e ausentes de qualquer intermediador. Dessarte, os mencionados atos constituem objeto válido de controle de constitucionalidade.

O embasamento da ADI continua em torno da transmissibilidade de doenças ser independente da orientação sexual, e que relações sexuais desprotegidas são propensas a transmitir doenças independentemente de serem realizadas por heterossexuais ou homossexuais. Assim, a declaração de constitucionalidade dos atos normativos objetos da ADI 5543 concretizaria o preconceito e a discriminação contra os homossexuais, ao coloca-los como grupo de risco e tornando irrelevante o seu efetivo comportamento sexual e as medidas de precaução possivelmente adotadas individualmente.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo deferimento da medida cautelar, argumentando que o impedimento por 12 meses vai de encontro à dignidade humana, à proporcionalidade, razoabilidade e igualdade, além de lesar os objetivos da República, por não permitir a redução da desigualdade sociais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e outras formas de discriminação.

A manifestação da PGR afirmou pela devida constatação de periculum in mora, advindo da violação ao direito fundamental da igualdade, e que normas de caráter discriminatório agravam o quadro estigmatizante sofrido por homens homossexuais.

Nesse contexto, ocorre a soma de duas necessidades: a necessidade de "estancar" os danos causados pela contínua violação causada pelas normas impugnadas, e a necessidade por doações diárias, onde os bancos de sangue vivem em constante déficit – e quanto mais tempo os dispositivos exaustivamente mencionados continuarem produzindo efeito no ordenamento jurídico, mais pessoas sofreriam as consequências da força inerente ao seu caráter imperativo.

Nos autos da ADI, encontra-se, além do exposto pelo Ministério Público, defesa do Ministério da Saúde, que argumenta pela constitucionalidade dos atos normativos, pois a adoção do critério para a vedação presente no art.64, IV é meramente a medida necessária para prevenção e proteção dos grupos mais vulneráveis às infecções propagadas pela doação do sangue contaminado. Não haveria, portanto, nenhuma violação ao princípio da igualdade.

Em vias de defesa, a ANVISA também se pronunciou no corpo do processo, alegando presença de dados direcionando para o risco corrido pelos HSH e aqueles que receberiam seu sangue, o que aponta para um risco latente, e não uma simples discriminação por conta da orientação sexual.

Além dos pareceres do Ministério Público e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a Advocacia Geral da União enfatiza a necessidade de instruções normativas objetivando suspensões temporárias nas doenças de HSH, e que as pesquisas apontadas pelo Ministério da Saúde – tanto em nível nacional quanto internacional – apontam para a premência da adoção de medidas que evitem o risco de contágio através da coerção de comportamentos que proliferem infecções transmitidas pelo sangue doado.

O Ministro Alexandre de Moraes, apresentou argumentos que coadunam com os argumentos apresentados acima. Em seu voto, que julga parcialmente procedente a ação, o ministro revela dados de que 15,4% das doações feitas por HSH estavam contaminadas por HIV, e que essa taxa é consideravelmente maior que a taxa de contaminação de outras doações, que é de 0,03%. Além disso, apesar de defender a extinção do prazo para homossexuais poderem doar sangue, ofereceu sugestão para que ocorra coleta do material e que este seja armazenado pelo laboratório responsável. O Ministério da Saúde seria, então, responsável pela definição de nova janela imunológica, para que só então fosse autorizada a doação.

Em outro sentido conclui o Ministro Edson Fachin – relator da Ação – que votou no sentido de que o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ofendem a dignidade da pessoa humana, repreendem direito de personalidade, ofendem o direito à igualdade, vão contra os objetivos da República e empatam a construção do bem de todos sem preconceitos de sexo e

quaisquer outras formas de discriminação. Conclui, assim, pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543 visando declarar inconstitucionais os dispositivos impugnados como seu objeto.

Os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello proferiram votos em discordância com o apresentado pelos demais ministros, que acompanharam o relator. Ambos se manifestaram em sentido que a adoção de métodos preventivos cientificamente comprovados não consiste em discriminação.

O julgamento, iniciado em 2016 só veio ter sua conclusão em maio de 2020, onde o plenário do STF, em sessão virtual, e por maioria, julgou procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, nos termos do ministro relator e com os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes tendo sido vencidos.

Está presente, no ordenamento pátrio, através dos arts. 35 e 36 da Portaria n. 158/2016, a exigibilidade de identificação e triagem antes da doação, buscando a exclusão dos candidatos não considerados adequados através de análise por médico devidamente qualificado. Importante destacar que a triagem é individual, e após sua aprovação, o sangue ainda sofrerá análise com a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade, conforme dita o art.130 da referida Portaria.

Apresentadas as já existentes medidas preventivas, ficou demonstrado que o objetivo da ADI 5543 não é lesar a segurança procedimental das doações, mas buscar retirar qualquer norma discriminatória do Direito brasileiro, pois utilizar do poder estatal para limitar e restringir doadores no momento da entrevista com base meramente discriminatória – e não em comportamento gerador de risco – fere os princípios constitucionalmente estabelecidos, os objetivos da República Federativa do Brasil e constituem retrocesso nas políticas públicas e do avanço na busca por igualdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5543*. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de maio de 2020. Disponível em: Autos do processo eletrônico, disponível em https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4996495. Acesso em 19 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *AIDS/HIV: o que é, causas, sintomas, diagnóstico, tratamento e prevenção.* Ministério da Saúde, disponível em http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/aids-hiv. Acesso em 19 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. P*rograma Qualidade do Sangue: sangue e hemoderivados.* Brasília. 2000. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/qualidade_sangue.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Técnico em hemoterapia: livro texto*. Brasília: Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Triagem Clínica de Doadores de Sangue.* Ministério da Saúde. Brasília. 2001. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd07_20.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

COMMUNITIES AT THE CENTRE. *Relatório anual*. 2019. Disponível em https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/2019-global-AIDS-update_en.pdf. Acesso em 19 maio 2020.

CORRÊA, Sônia. Princípios da Yogyakarta. *In Democracia Viva*, n. 37, dez. 2007, pp. 47-49.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. 2001. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/24/Liberdade+sexual+e+direitos+humanos. Acesso em: 27 dez. 2001.

FUNDAÇÃO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DO ESTADO DA BAHIA. *Saiba quais as doenças transmitidas através do sangue*. Salvador.2015. Disponível em http://www5.saude.ba.gov.br/hemoba/index.php?option=com_content&view=article&id=661&catid=13&Itemid=59. Acesso em: 25 maio 2020.

FUNDAÇÃO HEMOMINAS. *Sangue – breve história*. Belo Horizonte, 2014. Disponível em http://www.hemominas.mg.gov.br/doacao-e-atendimento-ambulatorial/hemoterapia/sangue-breve-historia. Acesso em: 25 maio 2020.

HOSPITAL 9 DE JULHO. *Centro de Medicina Especializada do Hospital 9 de julho*. 2017. Elaborada por Mult-Connect. Disponível em: www.h9j.com.br/centro-de-medicina-especializada/Paginas/especialidades/Hemoterapia.aspx. Acesso em: 25 maio 2020.

JORIO, Israel Domingos. *Crimes sexuais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LUNO, Antônio Enrique Perez. *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución.* 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

Maps-Sexual Orientation Laws. International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association. 2019. Disponível em: https://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws. Acesso em 04/06/2020

MARTINS, Jerônimo Belinati Vlademir. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal: Fac-similar, 2005.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1012.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios constitucionais. In DIAS, Maria Berenice *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 177-191.

RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista Cej do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, v. 6, 1998, p. 29.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes antropológicos*, Porto Alegre, v.12, n. 26, dez. 2006, pp. 71-100

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os Princípios Fundantes. In DIAS, Maria Berenice (Org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp.199-235.

THE (NON-) PARTICIPATION OF RUSSIAN PARLIAMENTARIANS IN THE PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE: RECENT DEVELOPMENTS[1]

Andrew Drzemczewski
Visiting Professor, School of Law, Middlesex University, London; former Head of the Parliamentary Assembly's Legal Affairs and Human Rights Department, Council of Europe, Strasbourg, France.

ABSTRACT

What measures were taken by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) as a result of Russia's annexation of Crimea in 2014? Unlike what was often erroneously indicated in the media and by Russian officials, the Assembly did not deprive the Russian PACE delegation of its credentials. Following the Assembly's decision(s) to deprive the Russian parliamentary delegation of certain rights *within* the Assembly, members of the delegation decided not to participate in the Assembly's work in 2014 and 2015. As of January 2016, until 25 June 2019, the Russian Parliament did not submit the credentials of its delegation to PACE, and no 'sanctions' were–or could be–imposed upon its delegation by the Assembly. As a consequence of this self-imposed exclusion from the Assembly, the Russian PACE delegation was deprived, for a long period, of participating in the election of judges to the European Court of Human Rights and electing the Human Rights Commissioner and senior officials of the Council of Europe. This needs to be borne in mind in the context of Russia's decision to withhold, for a number of years, its payments to the Organisation's budget.

Keywords

Parliamentary Assembly of the Council of Europe; parliamentary delegations; Russia.

1. THE CONTEXT

Why is there a need to provide clarification with respect to participation, or rather the prolonged non-participation, of Russian parliamentarians in the work of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe ('the Assembly' or PACE) after the annexation of Crimea by Russia in March 2014? There are principally two inter-related reasons for so doing, both tied to the accuracy of (mis) information that had, at that time, circulated in this respect.

The first concerns a misunderstanding of what 'sanctions' had actually been imposed by PACE in this respect. Petra Roter, when referring to the uneasy relationship between Russia and the Council of Europe which 'turned sour almost overnight due to Russia's foreign policy' relating to the crisis in Ukraine and the annexation of Crimea, indicated erroneously that 'it was PACE that went the furthest in the form of non-recognizing the credentials of the Russian delegation to PACE.'[2]

The second point that needs clarification relates to the inappropriate suggestion that it was the Parliamentary Assembly's 'fault' that Russian parliamentarians had not been able to participate in, *inter alia*, the election of judges onto the European Court of Human Rights.[3] In a statement made by the Russian Foreign Minister, Sergey Lavrov, when he met the Council of Europe's then Secretary-General back in June 2018, Mr. Lavrov indicated that the Assembly was to blame for the fact that 'more than one-third of the judges at the ECHR have been elected without the participation of a delegation of Russian lawmakers',[4] later specifying, in an interview in October 2018, that since our PMs were stripped of the right to vote, the Parliamentary Assembly has already elected, if I am not mistaken, 24 judges to the European Court of Human Rights. And the total number is 47. So, the majority of judges in the European Court are judges elected in the absence of the

Russian votes. Similarly, a new Commissioner for Human Rights was elected without the Russian MPs. Next June, a new secretary-general of the Council of Europe will be elected. So, due to the suspension of our right, which is granted to us by the Statute of the Council of Europe, to participate in these votes, the above functionaries of the Council of Europe (the judges, the commissioner for human rights, and soon, if this issue persists, the secretary-general) will, in fact, not be legitimate for us.[5]

As will be explained, the Assembly had not–indeed, has never-deprived the Russian PACE delegation of its credentials, and the absence of the Russian delegation in PACE was due to the Russian Parliament's own decision not to submit credentials for its delegation to sit therein; only members of the Assembly belonging to delegations whose credentials have been ratified by the Assembly may take part in the elections referred to by Mr. Lavrov.[6]

2. RUSSIAN PARLIAMENTARIANS IN THE PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE… AND THEIR ABSENCE

A. Decisions in 2014 and 2015

For present purposes, it is not necessary to provide an overview of the procedure leading up to the Committee of Ministers' invitation for Russia to become a Member State of the Council of Europe, specifying that the Russian PACE delegation be composed of 18 parliamentarians, as well as the latter's participation in the Assembly's work since 1996.[7] Suffice it to note that in April 2014 and again in January 2015 the Parliamentary Assembly decided to deprive Russian parliamentarians of certain of their rights in the Assembly, including voting rights, in response to Russia's annexation of Crimea. But it did not take the drastic decision to divest the delegation from continuing to participate in its work.[8] In response, Russian parliamentarians initially decided not to involve themselves in the Assembly's work and as of 2016, the Russian Parliament did not submit until 25 June 2019 credentials of its delegation to the Assembly (see Section 2.B. below).

Of particular interest, in this connection, is the Assembly's approach to the use of 'sanctions' with respect to parliamentary delegations. When adopting the first of its Resolutions on this subject in April 2014, the Assembly stressed that political dialogue should remain the preferred way to find a compromise, and there should be no return to the pattern of the Cold War. Suspension of the credentials of the Russian delegation would make such a dialogue impossible, while the Assembly constitutes a good platform for keeping the Russian delegation accountable on the basis of Council of Europe's values and principles. The Parliamentary Assembly has the power and the opportunity in this veritable crisis to confront face-to-face one of its Member States–the Russian Federation–with questions and facts and to demand answers and accountability.[9]

B. Since then…

Hence, formally as of January 2016 until 25 June 2019, that is, for nearly three-and-a-half years, there had been no Russian delegation in the Assembly. During that period, and unlike what was often erroneously indicated in the media, *no* 'sanctions' had been imposed by the Assembly with respect to Russian parliamentarians; the absence of the Russian delegation in PACE was the result of the Russian Parliament's decision not to participate in the Assembly's work. In other words, the Russian Parliament, of its own volition, had decided not to send a delegation to the Assembly despite express invitations for it to do so prior to the Assembly sessions for the years 2016, 2017, 2018, and 2019.[10]

The Council of Europe's Statute obliges all national parliaments to submit the credentials of their delegations at the opening of each yearly ordinary session[11] and in line with current regulations credentials must be submitted every January. Non-submission of credentials automatically excludes a delegation from the Assembly's work for the whole year.[12]

Based on provisions of its Rules of Procedure dating back to 1964, which have been modified and adapted over the years, the credentials of a parliamentary delegation, be it on procedural or substantive grounds, may be challenged or reconsidered by the Assembly if fundamental principles of the Council have not been respected by a Member State, if there is a persistent failure to honor its obligations and commitments or if there is a perceived a lack of cooperation in the Assembly's monitoring procedure.[13] As explained by the Secretary-

General of the Assembly, over the last 70 years the Assembly has been extremely reluctant to turn down credentials.[14] Even if the credentials of delegations have been challenged in quite a number of instances[15]–only twice-in respect of the parliamentary delegations of Greece in 1969 and Turkey in 1981–has this actually occurred[16]. Hence, when serious infringements of Council of Europe norms are at issue, instead of turning-down or annulling credentials, the Assembly can instead restrict the participation of parliamentarians in certain activities (for example, to be appointed a rapporteur, chair a committee), or to restrict their rights in representing the institution (for example, within the Assembly itself or one of its bodies, external representation). The deprivation of a number of rights of members of a national delegation on substantive grounds has arisen only on three occasions in the history of the Assembly, each time with respect to the parliamentary delegation of Russia: in 2000 (suspension of the right to vote in plenary due to the second Chechen war), in 2014 (illegal annexation of Crimea/action with regard to Ukraine) and in 2015 (continued illegal annexation of Crimea and the conflict in eastern Ukraine).[17] As discussed in Section 3, the Russian delegation returned to the Assembly on 25 June 2019. [18]

3. RELATED ISSUES

A. The Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe

The Committee of Ministers may suspend or expel a State from the Council for violating Council of Europe standards (Article 8 Statute), which it has never done[19], whereas the specific issue of penalties, or (internal) sanctions, that the Assembly can apply to parliamentarians is governed by its Rules of Procedure (Article 28(a) Statute)[20]. Expulsion or suspension by the Committee of Ministers of a State which seriously violates the Council's norms is a politically complex exercise that necessitates a two-thirds majority of representatives casting a vote and a majority of representatives entitled to sit on the Committee. In so far as the Assembly is concerned, suspension of the right to representation therein is governed by its Rules of Procedure, which is a *modus operandi* distinct from that of the Committee of Ministers' statutory right to suspend or expel a State from the Council of Europe (although its Resolution (51)30 obliges it to consult the Assembly first). The Assembly's procedure has evolved and solidified unopposed over a period of well over 50 years and can be seen as a well-established self-regulating parliamentary variant, recourse to which the Assembly can have independently of the statutory powers vested in the Committee of Ministers.[21]

In this connection, it has recently been suggested, erroneously, that the competence to exclude or sanction Member States, including membership of parliamentary delegations, is the exclusive prerogative of the Committee of Ministers.[22] This suggestion must be forcefully rejected, simply because the Assembly rules on the questioning of credentials are based on a long-standing and unopposed (except by Russia recently) practice, accepted by all Member States and the Committee of Ministers.[23]

The institutional rivalry between the two bodies is frequent, but their statutory relationship is premised on common purpose and effective cooperation, despite their fundamentally different composition and manner of functioning.[24] The Committee of Ministers is composed, *de facto,* principally of diplomats and it is often unwilling or incapable, due to its propensity to seek consensus rather than to vote, to take a principled 'open stand' when confronted with major human rights violations in Member States.[25] The Assembly exercises a degree of democratic control over the Committee of Ministers. Composed of national parliamentarians it can and often has strongly reacted to unacceptable infringements of Council of Europe standards. An analysis of the manner in which the conflict in Chechnya was dealt with by both statutory organs, in the context of major human rights violations committed there by the Russian security forces, which resulted in the suspension of the voting rights of the Russian PACE delegation in April 2000, is instructive in this respect.[26]

B. Budgetary and Other Considerations; Blackmail?

As had been amply reported in the media, Russian parliamentarians, as well as high-ranking State officials made statements to the effect that their country's parliamentary delegation would not return to the Assembly

unless the latter remove from its Rules of Procedure all the above provisions permitting the challenge of credentials and the possible sanctioning of national delegations.[27] In June 2017 Russia suspended the remainder of its 2017 budgetary contribution to the Council of Europe until its demands were met.[28]The suspension of the country's budgetary contributions was maintained in 2018, and Russia also withheld the contribution of its first part-payment for 2019, due in March.[29] Indeed, at the time of the Assembly's June 2019 part-session Russia owed the Council of Europe about 54.7 million euro with respect to contributions for 2017 and 2018, it being understood that, if this debt plus the annual contribution of 32.6 million euro for 2019 (+ interest of 1 *percent per* month on sums due) were not paid by the end of June 2019, the total sum due would be in the region of 100 million euro (a deadline by which all States' budgetary contributions for 2019 are meant to be effectuated). Non-payment by Russia would then have necessitated the 'activation' of Article 9 of the Council's Statute by the Committee of Ministers.[30]

This non-payment together with, more or less discreet, signals given with respect to the possible withdrawal of Russia from the Council, caused considerable consternation, not least with the disastrous prospect of Russia having to withdraw from the European Convention on Human Rights.[31] As concerns the difficult financial consequences non-payment would have had (and was already having), suffice it to recall the Committee of Ministers' maintenance, for a number of years, of a policy of 'zero nominal growth', which meant that no allowance was made for inflation (thereby actually reducing the Council's budget), as well as the Turkish authorities' decision to withdraw Turkey's 'major contributor' status which it had assumed in 2016. The cumulative financial consequences of these decisions, plus Russia's continued refusal to pay its budgetary contributions, would have resulted in an unprecedented short-fall in the Council's finances, reduction of logistical support for the European Court of Human Rights and key monitoring bodies, the suspension of a number of (human rights) programmes, as well as loss of jobs for staff members.[32]

As already indicated, the Russian Parliament did not submit the credentials of its delegation prior to the opening of the Assembly's session in January 2019. This was followed by an intensive period of behind-the-scenes negotiations which resulted in a 'decision', taken by the Committee of Ministers at its meeting in Helsinki on 17 May, in which it 'would welcome that delegations of all member States' take part in the Assembly's forthcoming part-session, having regard to the importance of the election of a new Secretary-General and judges to the European Court of Human Rights.[33] The Parliamentary Assembly then decided at its June 2019 part-session to 'bend' its Rules of Procedure on 25 June 2019,[34] which resulted in the return of the Russian PACE delegation into PACE whose members participated in the election of the Council's Secretary-General and two judges to the European Court of Human Rights on 26 and 27 June 2019.

The total contributions of all 47 member States to the Council of Europe's budgets for the years 2019 and 2020 are in the public domain and can be consulted online.[35] With reference to Russia's non-payment of its contributions (debt) to the Council since June 2017: In the first week of July 2019, the Russian authorities paid their financial dues to the Council for 2019. A few months later Russia acquitted most of its other financial obligations, namely the debt owed for the years 2017 and 2018 (53.2 million euro from a total due of 54.7 million), but interest payments for the sum of 8.8 million euro remain unpaid.

4. CONCLUDING OBSERVATIONS

The decision taken by the Assembly on 25 June 2019 to permit, exceptionally, a derogation from its Rules of Procedure in order to facilitate the acceptance ('ratification') of the Russian delegation's credentials[36] was followed, on the same day, by challenges on both substantive and procedural grounds of the still unratified credentials of the Russian parliamentary delegation.[37] As concerns the former, which was debated in plenary on the basis of a report submitted by the Assembly's Monitoring Committee, the challenge was not successful.[38] As concerns the challenge on procedural grounds, sent to the Rules Committee, the Committee was not able to adopt a draft resolution for report in plenary and this challenge will lapse with the opening of the Assembly's forthcoming session in January 2020.[39]

Was the return of the Russian delegation a pragmatic resolution of a difficult situation for

the Council of Europe and its Member States, or ought it to be seen as a serious dent in the credibility of the Assembly for not having immediately (re) imposed 'internal sanctions' when ratifying the Russian delegation's credentials? Probably both. As concerns Resolution 2292 (2019) 'Challenge, on substantive grounds, of the still unratified credentials of the parliamentary delegation of the Russian Federation',[40] I can do no better than refer to the 'principled stand' taken and votes cast by, in particular, Lord (Donald) Anderson, Boriss Cilevičs and Sir Roger Gale in the debate leading up to the adoption of this Resolution on 26 June 2019.[41]

Would the Russian parliamentary delegation have remained in the Assembly, or would Russia have continued to abstain from paying its budgetary contributions to the Council of Europe if 'internal sanctions' were to have been (re)imposed on Russian parliamentarians as of 26 June 2019 - as they ought to have been? Of relevance, in this connection, is the fact that in its Resolution 2287 (2019) of 25 June 2019, the Assembly amputated itself of one of its key 'internal sanctions' by removing the possibility to suspend parliamentarians from participating in the adoption of resolutions and/ or recommendations.[42]

The convoluted manner in which the return of the Russian PACE delegation into the Assembly, after a self-imposed exclusion of nearly three and a half years, necessitated an explanation. But at what price was this achieved? One must, of course, recognize the undoubted beneficial aspects of the country's membership of the Council of Europe, now stretching over a period of nearly 24 years despite difficulties and major shortcomings.[43] But the present situation must also be seen in the wider political context of the (continued) illegal annexation of Crimea, in particular, and the Assembly's role as 'the conscience of Europe'.

NOTES

1. This is a slightly rewritten and updated version of the author's contribution published in K. Lemmens, S. Parmentier and L. Reyntjens (eds), *Human Rights with a Human Touch, Liber Amicorum Paul Lemmens* (Intersentia, Cambridge, UK, 2019) 437-47, the first draft of which appeared online in a new journal *Europe of Rights and Liberties/Europe des droits at libertés*. The present version provides an overview of the situation prior to the opening of the Assembly's Session on 27 January 2020.
2. P. Roter, 'Russia in the Council of Europe: Participation à la carte' in Mälksoo and Benedek (eds), *Russia and the European Court of Human Rights. The Strasbourg Effect* (2018) 26-56 at 48 (although she subsequently, and correctly, explains PACE's decision to deprive Russian parliamentarians of certain rights in the Assembly).
3. Article 22 of the European Convention on Human Rights, entitled 'Election of judges' specifies: 'The judges shall be elected by the Parliamentary Assembly with respect to each High Contracting Party by a majority of votes cast from a list of three candidates nominated by the High Contracting Party.'
4. 'Lavrov: Russia concerned about number of ECHR judges elected without its participation', *Vestnik Kavkaz*, 20 June 2018, available at: vestnikkavkaza.net/news/Lavrov-Russia-concerned-about-number-of-ECHR-judges-elected-without-its-participation.html [last accessed 20 January 2020].
5. 'Minister S. Lavrov: Foreign Minister Sergey Lavrov's video interview with Euronews, Moscow', *International Affairs*, 17 October 2018, available at: en.interaffairs.ru/lavrov/733-foreign-minister-sergey-lavrovs-interview-with-euronews-moscow-october-16-2018.html [last accessed 20 January 2020].
6. See further Rules 6 to 12 of the Assembly's Rules of Procedure, available at: www.assembly.coe.int [last accessed 14 January 2020], and an important clarification provided to the Assembly's Bureau by the Assembly's Committee on Rules of Procedure, Immunities & Institutional Affairs (Rules Committee), AS/Pro (2018) 20 def., available at: /website-pace.net [last accessed 20 January 2020].
7. Invitation to the Russian Federation to Become a Member of the Council of Europe, Committee of Ministers Resolution (96)2 of 8 February 1996. For commentaries, see, for example, Klein, 'Membership and Observer Status' and Leach, 'The Parliamentary Assembly of the Council of Europe' in Schmahl and Breuer (eds), *The Council of Europe. Its Law & Politics* (2017) at 40, especially 54-64, 70-3, 85-92 and at 166 and 186-95 respectively.
8. See in this connection Resolutions 1990 (2014) of 10 April 2014, and 2034 (2015) of 28 January 2015. For a fuller picture of PACE in-house initiatives related to this subject reference can also be made to PACE Resolution 2063 (2015) of 24 June 2015, as well as the aborted attempt to strengthen the Assembly's decision-making process concerning credentials and voting, document 14621 of 21 September 2018. All these texts are available on the Assembly's website at: assembly.coe.int [last accessed 20 January 2020]. As concerns the specific issue of the annexation by Russia of Crimea, see Marxen, Peters and Hartwig, 'Symposium "The Incorporation of Crimea by the Russian Federation in the Light of International Law"' in (2015) 75 *ZaöRV* at 3-5; and Sayapin and Tsybulenko (eds), *The Use of Force against Ukraine* (2018) *passim*.
9. Paragraph 14 PACE Resolution 1990 (2014). 'Sanctions' imposed by the Assembly with respect to a national parliamentary delegation remain in force (only) until the opening of the subsequent Ordinary Session, that is, the following January.
10. Credentials could also have been submitted after parliamentary elections in the Russian Federation in September 2016. It is of interest to note, in this connection, that the Cypriot parliamentary delegation was absent from the Assembly for a period of 18 years from 1965 to 1983: see Klebes, 'Human rights and parliamentary democracy in the Parliamentary Assembly' in Matscher and Petzold (eds), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of G. J. Wiarda* (1988) 307 at 313.
11. See Article 25 of the Statute of the Council of Europe 1949, ETS 1 ('the Statute'), which specifies, *inter alia*, that the term of office of representatives thus designated dates from the opening of the Assembly's Ordinary Session following their appointment and expires at the opening of the next Ordinary Session.

12. A recent example is Bosnia-Herzegovina, where the credentials of its parliamentarians had not been submitted to PACE by the relevant time for 2019 and accordingly its parliamentarians were not allowed to participate in the work of the Assembly in that year. See also supra n 10.
13. Supra n 6.
14. Statement of the Secretary General of PACE of 19 October 2019 (Sawicki) placed on the Council of Europe's Intranet site on 22 October 2018 available at: assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=7257&cat=403 [last accessed 20 January 2020]. See also Klein, supra n 7 at 72.
15. For examples, see Evans and Silk, *The Parliamentary Assembly Practice and Procedure* 11th edn (Council of Europe Publishing, 2012) at 109-16, as well as in previous editions of this book. There have, in effect, been well over 40 instances in which such requests have been made.
16. For details see, for example, Haller, *An Assembly for Europe. The Council of Europe's Parliamentary Assembly 1949-1989* (Council of Europe Publishing, 2006) at 106-10 and 115-22; Klebes, supra n 10 at 313-14; and Wassenberg, *History of the Council of Europe* (Council of Europe Publishing, 2013) at 65-7 and 114-15.
17. See Doc 8949, 'Credentials of the delegation of the Russian Federation' of 23 January 2001, at para 2, and Doc 8956, 'Credentials of the delegation of the Russian Federation,' of 25 January 2001, at para 1; and Resolutions 1990 (2014) 'Reconsideration on substantive grounds of the previously ratified credentials of the Russian delegation' of 10 April 2014, 2034 (2015) 'Challenge, on substantial grounds, of the still unratified credentials of the delegation of the Russian Federation' of 28 January 2015; and 2063 (2015) 'Consideration of the annulment of the previously ratified credentials of the delegation of the Russian Federation (follow-up to paragraph 16 of Resolution 2034 (2015)' of 24 June 2015, all available at: assembly.coe.int/nw/Home-EN.asp [last accessed 20 January 2020].
18. See Resolution 2287(2019) of 25 June 2019, based on Doc 14900 'Strengthening the decision-making process of the Parliamentary Assembly concerning credential and voting', Report of the Assembly's Committee on Rules of Procedure, Immunities and Institutional Affairs.
19. Greece withdrew from the Council prior to its probable expulsion by the Committee of Ministers in 1969. Greece rejoined the Council of Europe in 1974.
20. These issues, especially with respect to Russia, have been discussed in blog posts, in which can be found hyperlinks to primary sources (which are also available on the Assembly's website): see Drzemczewski and Dzehtsarou, 'Painful relations between the Council of Europe and Russia', EJIL: *Talk!*, Blog, 18 September 2018, available at: www.ejiltalk.org/painful-relations-between-the-council-of-europe-and-russia/#comments; and Glas, 'The Assembly's appeasement towards Russia', *Strasbourg Observers*, Blog, 27 September 2018 (including comments), available at: strasbourgobservers.com/2018/09/27/the-assemblys-appeasement-towards-russia/ [both accessed 20 January 2020].
21. See, in this respect Klein, supra n 7, and Benoît-Rohmer and Klebes, *Council of Europe Law. Towards a Pan-European Legal Order* (Council of Europe Publishing, 2005) especially 40-4, 65-71; at 66 the authors confirm that 'the Assembly's powers have never given rise to any dispute with the Committee of Ministers.'
22. Alì, 'The Parliamentary Assembly of the Council of Europe and sanctions against the Russian Federation in response to the crisis in Ukraine' (2017) 27 *Italian Yearbook of International Law* 78. See also, in this connection, de Salvia, 'La Russie et le Conseil de l'Europe: "clap de fin" ou redémarrage ?' (2019) 123 *Revue Générale de Droit International Public* 139-149, & 'Role and responsibilities of the Council of Europe's statutory organs with special emphasis on the limitation of membership rights' (a confidential document, dated 25 September 2018, prepared by the Council of Europe's Directorate of Legal Advice & Public International Law, which was prepared over the Summer of 2018 for the Committee of Ministers without consultation with the Assembly &/or its staff members; never officially transmitted to the Assembly, yet subsequently published in (2018) 38 *HRLJ* 468-480; actual date of publication in the *HRLJ*: early 2020). The latter confidential document, like the article by Alì – upon which it was 'based' (?) – (also) suggests, erroneously, that 'any decision entirely suspending participatory and/or representation rights of a parliamentary delegation can only be taken by the CM' (at para 59). See further, on this subject, notes 15, 20 & 23.

23. Discussed in blogposts referred to in footnote 20 above. See also *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, 16 at para 22; and Schermers and Blokker, *International Institutional Law* 6th edn (2018) chapter 9, especially paras 1350-1350J.

24. See Palmer, 'The Committee of Ministers' in Schmahl and Breuer (eds), supra n 7 at 137-65, especially 160-3. Hence my doubts as to the likely efficacy of what is being proposed by the Assembly's Committee on Political Affairs and Democracy, 'Report: Complementary joint procedure between the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly in response to a serious violation by a member State of its statutory obligations' PACE document 15024 of 6 January 2020, scheduled for debate at the Assembly's first-part session on 27-31 January 2020.

25. See, for example, comments by Wassenberg, supra n 15 at 115; and Leach, supra n 7 at 192-3. In addition, and as indicated in supra n 15, recourse is often made by PACE members to the threat of 'sanctions', including contesting credentials, which more often than not has given positive results.

26. See Leach, 'The Parliamentary Assembly of the Council of Europe', supra n 7 at 193-4.

27. See, in particular, Sawicki, supra n 14 at point 6.

28. See Dzehtsiarou and Coffrey, 'Suspension and Expulsion of Member States of the Council of Europe: Difficult Decisions in Troubled Times' (2019) 68 *International & Comparative Law Quarterly* 443 at 458-60.

29. For comments on the position taken by the Russian authorities, perceived as blackmail in many quarters, see supra nn 19 and 27; Engel, 'Russland testet das Rückgrad des Europarates' ['Russian testing the backbone of the Council of Europe'] in (2017) 44 *EuGRZ* 720; Tenzer, 'Is Russia blackmailing the Council of Europe?', *EU Observer*, Blog, 17 September 2018, available at: euobserver.com/opinion/142849 [last accessed 20 January 2020]. See also a series of comments/articles issued by staff members of the European Stability Initiative (ESI), to be found in under the rubric: 'The Council of Europe's surrender to Russia', available at the ESI portal: www.esiweb.org/ [last accessed 20 January 2020].

30. Article 9 of the Statute of the Council of Europe stipulates:
'The Committee of Ministers may suspend the right of representation on the Committee and the Consultative [Parliamentary]Assembly of a Member which has failed to fulfil its financial obligation during such period as the obligation remains unfulfilled.'
In November 1994 the Committee of Ministers agreed that, apart from exceptional circumstances having prevented a Member State from fulfilling its obligation, Article 9 of the Council of Europe's Statute will be applied to any State which has failed to fulfill all or a substantial part of its financial obligation for a period of two years.

31. See, in this respect, the moving 'plea' of nearly 70 Russian human rights defenders and activists: 'Addressing the crisis in relations between the Council of Europe and Russia: upholding the values and the mission to protect human rights across all of Europe,' November 2018, available at: mhg.ru/addressing-crisis-relations-between-council-europe-and-russia-uphold-values-and-fulfil-mission [last accessed 20 January 2020].

32. See, Dzehtsiarou and Coffey, supra n 28 , especially at 458-60; and Committee of Ministers document 'Council of Europe Programme and Budget 2018-2019, 2019 adjusted', 18 December 2018, which envisaged putting into place contingency measures, available at: rm.coe.int/168090363f [last accessed 20 January 2020].

33. See 'decision' taken at the 129th Session of the Committee of Ministers, entitled 'A shared responsibility for democratic security in Europe: Ensuring respect for rights and obligations, principles, standards and values' , CM/Del/Dec(2019)129/2, 17 May 2019; and Glas, 'Russia left, threatened and won : Its return to the Assembly without sanctions', *Strasbourg Observers*, Blog, 2 July 2019, available at: strasbourgobservers.com/2019/07/02/russia-left-threatened-and-has-won-its-return-to-the-assembly-without-sanctions/ [last accessed 20 January 2020].

34. See, in particular, 'Strengthening the decision-making of the Parliamentary Assembly concerning credentials and voting' Resolution 2287(2019) of 25 June 2019, at para 7, based on Doc 14900, report of its Committee on Rules of Procedure, Immunities and Institutional Affairs (Rules Committee).

35. See Council of Europe in Brief, Budget for 2020, available at: www.coe.int/en/web/about-us/budget [last accessed 20 January 2020]; Committee of Ministers Resolution CM/Res (2019)6 concerning the Programme and Ordinary Budget for 2020-2021, adopted on 21 November 2019.
36. See Resolution 2287 (2019), supra n 34.
37. Rule 10.3 of the Assembly's Rules of Procedure specifies that members of a national delegation whose credentials are challenged may sit provisionally, with the same rights as other PACE members, until the Assembly has reached a decision. This explains why on 26 and 27 June 2019 Russian parliamentarians were able to participate in the election of the Council of Europe's new Secretary General and of two judges to the European Court of Human Rights.
38. Resolution 2292 (2019), Challenge, on substantive grounds, of the still unratified credentials of the parliamentary delegation of the Russian Federation, of 26 June 2019, based on Doc14992, report of the Monitoring Committee. In this Resolution, at para 14, the Assembly invited the Monitoring Committee to 'present a report on the honouring of obligations and commitments by the Russian Federation at its earliest convenience but *no later than the April 2020 part-session*' (emphasis added).
39. See the 'comment' I provided on this subject on 3 July 2019 to the blog of Glas, supra n 33, and the Synopses of the Rules Committee's meetings of 24-26 June (failure to adopt a draft resolution and seizure of Venice Commission for Opinion) and 12 December 2019 (consideration of Venice Commission Opinion), Docs AS/Pro (2019) CB 06 and AS/Pro (2019) CB 08.
40. See, in this connection, Resolution 2292 (2019), supra n 38 at para 14.
41. See Verbatim Records of PACE 3rd afternoon part-session, 26 June 2019, available at: assembly.coe.int/nwbs/verbatim/listing.asp?lang=EN&sessionId=201906 [last accessed 20 January 2020]. For votes cast with respect to amendments proposed and the Resolution itself, see 'Vote on Amendment 6: Assembly Voting results', available at: assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?VoteID=37990&DocID=19023&selSession=201906 [last accessed 20 January 2020].
42. See supra nn 34 and 36. Paragraph 10 of this Resolution added the following sentence to Rule 10.1.c of the Assembly's Rules of Procedure: 'The members' rights to vote, to speak and to be represented in the Assembly and its bodies shall not be suspended or withdrawn in the context of a challenge to or reconsideration of credentials.' This drastic curtailment of the Assembly's powers was innocuously described in the Resolution as a 'clarification' of Rule 10.1.c! This change in the Rules had immediate effect; a simple majority of votes cast suffices for a change in the Assembly's Rules: see Rule 70 read in conjunction with Rule 41.c.
43. See, for example, the memorandum issued by Russian human rights defenders in 2018, supra n 31; and Drzemczewski, 'The Parliamentary Assembly's key role in upholding the Council of Europe's core values' in S. Sanz Caballero (ed.), *El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa. La crisis de valores de la UE* (Aranzadi, Pamplona, Spain, 2020), 43-57.

L'UNIVERSALITÉ NÉCESSAIRE ET INELUCTABLE DES DROITS INHÉRENTS À LA PERSONNE HUMAINE / THE NECESSARY AND INELUCTABLE UNIVERSALITY OF THE RIGHTS INHERENT TO THE HUMAN PERSON

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juge de la Cour Internationale de Justice; ancient Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l´Homme; Professeur Émérite de Droit International de l´Université de Brasília, Brésil;
Docteur *Honoris Causa* de plusieurs Universités en Amérique Latine, Europe, et Asie / Judge of the International Court of Justice; Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Emeritus Professor of International Law of the University of Brasília, Brazil; Doctor *Honoris Causa* of several Universities in Latin America, Europe, and Asia

RÉSUMÉ

Ceci est une bonne occasion pour évaluer le développent historique du Droit International des Droits de l´homme vers l´universalité des droits inhérents à la personne humaine dans le cadre de l´humanisation graduelle du droit international public lui-même. Une contribution importante à cet égard est celle des deux Conférences Mondiales des Droits de l´Homme (Téhéran, 1968; et Vienne, 1993), qui a ouvert la voie à des avancées substantielles et procédurales dans le travail de protection des êtres humains en toutes circonstances. Face aux défis contemporains, la protection internationale des droits de l´homme présente des caractéristiques qui lui sont propres, visant à encourager l´interaction entre les juridictions internationales et nationales, et l´applicabilité directe du *corpus juris* de protection de la personne humaine. La protection internationale des droits de l´homme est dotée de bases solides lui permettant de faire face et de s´opposer aux tentatives de déconstruction en cours, et continue à développer sa jurisprudence importante dans les affaires révélant de graves violations des droits des personnes vulnérables. Cette évolution importante donne expression à l´élargissement de la juridiction, la responsabilité, la personnalité et capacité internationales, centrées dans les victimes.

Mots-clés

Droits de l´homme; universalité; Conférences mondiales des droits de l´homme; humanisation de la protection; juridictions internationales et nationales; interaction; normes relatives aux droits de l´homme, applicabilité directe; *corpus juris* de protection; personnes vulnerables, droits des; élargissement du droit de protection des victimes.

ABSTRACT

This is a proper occasion to assess the historical development of the International Law of Human Rights towards the universality of the rights inherent to the human person in the framework of the gradual humanization of public international law itself. A relevant contribution to it was rendered by the two World Conferences of Human Rights (Teheran, 1968; and Vienna, 1993), which paved the way for substantive and procedural advances in the labour of protection of human beings in any circumstances. In facing contemporary defies, the international protection of human rights presents characteristics of its own, such as fostering the interaction between international and national jurisdictions, and the direct applicability of the *corpus juris* of protection of the human person. International human rights protection is endowed with solid foundations in facing, and opposing to, current endeavours of deconstruction, and has been developing its relevant case-law in cases disclosing grave violations of rights of vulnerable persons. This relevant development gives expression to the expansion of international jurisdiction,

responsibility, personality and capacity, centred on the victims.

Keywords

Human rights: universality; World Conferences on Human Rights; humanization of protection; international and national jurisdictions: interaction; human rights norms, direct applicability; *corpus juris* of protection; vulnerable persons, rights of; expansion of the law of protection of victims.

I. INTRODUCTION

C´est un honneur et une satisfaction pour moi de prononcer cette conférence inaugurale de la session annuelle de 2019 en commémoration du cinquantième anniversaire de l´Institut International des Droits de l'Homme - Fondation René Cassin, aujourd´hui, le 01 juillet 2019, ici au siège de la Cour Européenne des Droits de l´Homme à Strasbourg. J'accompagne en effet la trajectoire de l'Institut International des Droits de l'Homme depuis que je suis venu à la session d'étude de 1971. J´ai connu tous ses Présidents et Directeurs, dès le Président René Cassin et le Sécretaire-Général Karel Vasak au début (en 1971), jusqu´au Président Jean-Paul Costa et le Directeur Sébastien Touzé à l´actualité.

En 1974, j´ai reçu le diplôme de l´Institut des mains de René Cassin lui-même, qui avait été succédé à la présidence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (en tant que deuxième président) par Henri Rolin. J´ai ensuite assisté en 1974 à la dernière conférence de René Cassin à l´Académie de Droit International de La Haye, peu de temps avant son décès. L´Institut International des Droits de l'Homme fait partie de ma vie, et il est ancré dans mon coeur. Dès cette époque, j´accompagne, au fil des années, le travail de l´Institut.

II. L´UNIVERSALITE DES DROITS INHERENTS DE LA PERSONNE HUMAINE DANS LE CADRE DU PROCESSUS D´HUMANISATION PROGRESSIVE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Le droit international traditionnel, en vigueur au début du XX^{ème} siècle, était placé sous le signe d'un volontarisme sans limites des États, marqué notamment par une tolérance de la guerre, la diplomatie secrète, la conclusion de traités inégaux, ou encore l'existence de colonies, de protectorats et de zones d'influence. C'est contre ce système oligarchique et injuste qu'allaient s´affirmer les grands principes que sont par exemple l´interdiction de la guerre d´agression, de l´emploi et de la menace de la force (et la non-reconnaissance des situations qui en résultent), l´égalité juridique des États, et le règlement pacifique des différends internationaux.

Allait débuter en parallèle la lutte contre les inégalités, avec l'abolition des capitulations, la mise en place du système de protection des minorités et des populations dans des territoires sous mandats, sous les auspices de la Société des Nations, ainsi que les premières conventions internationales de l´Organisation Internationale du Travail (OIT). Au milieu du XX^{ème} siècle, il devint manifeste qu´il était nécessaire de reconstruire le droit international en mettant l´accent sur les droits de la personne humaine. Le droit international allait connaître une évolution remarquable, entamant ce qui deviendrait son processus historique d´*humanisation*.

C´est ce dont témoigne, au début, l´adoption en 1948 de la Déclaration Universelle des Droits de l´Homme, puis, dans le demi-siècle qui suivit, de plus de 70 traités relatifs à la protection des droits de l´homme, aujourd´hui en vigueur aux niveaux international et national. Depuis la création de l'Organisation des Nations Unies, et sous l'influence de celle-ci et de ses institutions spécialisées, ainsi que des organisations régionales, le droit international a connu un développement tout à fait remarquable. Au cours des années cinquante et soixante, l´apparition de nouveaux États, issus du processus historique de décolonisation, est marquée profondément, au sein des Nations Unies, par le droit naissant des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Il faut rester attentif, dès le début de ce processus historique remarquable, à la consécration de l´universalité des droits inhérents à la personne humaine. En effet, trois ans après l´adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l´Homme de 1948, lors d´un cours donné à l´Académie de Droit International de La Haye en 1951, René Cassin a fait état de la conception originale et du processus évolutif d´élaboration de la Déclaration Universelle, en soulignant un aspect important. Selon ses

propres mots, la Déclaration de 1948 a été originairement conçue comme une Déclaration internationale, mais, comme l´être humain devait être "le centre de la Déclaration", elle a été proclamée par l´Assemblée Générale comme Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, exprimant

> l´idéal commun à atteindre par tous les peuples, par toutes les nations, afin que tous les individus et tous les *organes de la société*, ayant cette Déclaration constamment à l´esprit, s´efforcent, par l'enseignement et l´éducation, de développer le respect de ces droits et libertés, d'en assurer, par les mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives (…).

La Déclaration est universelle comme s'appliquant à tous les êtres humains. Partant de l´idée qu'ils sont `tous membres de la famille humaine´, l'article 1er déclare qu´ils naissent libres et égaux en droit. L´article 2(1) (…) déclare, que `chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune´ (…). Ainsi, tout être humain participe à ces droits fondamentaux, qu'elle que soit sa condition originaire ou acquise. Il bénéficie en outre de la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique (article 6) et de l´égale protection de la loi (article 7).

La Déclaration Universelle s'applique à tous les États, à tous les territoires habités. (...)".

Pour ma part, au fil des années, j´ai moi aussi toujours soutenu la position des individus comme sujets du droit des gens, dans la ligne de la pensée jusnaturaliste et universaliste. Lors d'un cours délivré à la même Académie de Droit International de La Haye en 1987, dans cette même ligne de pensée, j´ai attiré l´attention sur l´expansion de la notion de victimes *directes* (pour violation du droit à l´intégrité personnelle et du droit à l´accès *lato sensu* à la justice), y compris les victimes "potentielles", dans la construction jurisprudentielle, en renforçant ainsi la position centrale de la personne humaine dans le droit des gens contemporain.

Ensuite, j´ai soutenu, cette fois dans mon Cours Général de Droit International Public délivré aussi à l´Académie de Droit International de La Haye en 2005, que la communauté internationale dans son ensemble, mue par la conscience juridique universelle, - source matérielle ultime du droit international, - a conféré à la Déclaration Universelle la dimension qu'elle a toujours eue, reconnue dans de nombreux traités des droits de l´homme, dans la jurisprudence internationale, et incorporée dans le domaine du droit international coutumier, et a donné corps à certains principes généraux du droit universellement reconnus. La Déclaration Universelle a ainsi beaucoup contribué à faire des droits de l´homme universels le langage commun de l´humanité.

III. LES DEUX CONFERENCES MONDIALES DES DROITS DE L´HOMME

L´Institut International des Droits de l´Homme a été créé en 1969, un an après la réalisation, à Téhéran, de la I Conférence Mondiale des Nations Unies des Droits de l´Homme (1968), deux décennies après l'adoption de la Déclaration Universelle; cette Conférence a procédé à la réaffirmation ferme de l´universalité et du caractère holistique et indivisible de tous les droits humains. Cette réaffirmation a été suivie et réitérée par des résolutions successives de l'Assemblée Générale des Nations Unies dans le même sens. La Proclamation de Téhéran a alors procédé à la rescousse de la philosophie de base qui sous-tend la Déclaration Universelle de 1948.

Ensuite, 25 ans plus tard, la II Conférence Mondiale des Nations Unies des Droits de l'Homme (Vienne, 1993), - à laquelle j´ai participé, - a de nouveau soutenu fermement l´universalité des droits de l´homme, dans la Déclaration et le Programme d´action adoptés. La Proclamation de Téhéran correspondait à la phase législative, et la Déclaration et le Programme d´action de Vienne, à la phase de mise en oeuvre, de ces multiples instruments de protection existants (plus de 70 traités des droits de l´homme aux niveaux mondial et régional, contenant des références à la Déclaration Universelle dans leurs préambules); chacune est un produit et un testament de son temps.

La II Conférence Mondiale a reconnu la légitimité de la préoccupation de la communauté internationale avec les droits de l´homme et les conditions de vie de tous (surtout les vulnérables) et partout. Elle a centré son attention sur les moyens de garantir en pratique l'efficacité des droits de l'homme, avec une attention spéciale aux personnes discriminées et défavorisées, aux groupes vulnérables, aux pauvres et à tous

ceux qui sont socialement marginalisés ou exclus, bref, à tous ceux qui ont plus besoin de protection.

Je garde les plus gratifiants souvenirs de la II Conférence Mondiale de Vienne de 1993, y ayant participé activement, y inclus notamment dans les travaux de son Comité de Rédaction. Depuis sa réalisation, plus d´autres 25 années se sont déjà écoulées, sans que jusqu´à présent on n´ait contemplé la possibilité de convocation d´une III Conférence Mondiale des Droits de l´Homme; pour ma part, je considère regrettable cette omission ou indifférence, car une III Conférence Mondiale serait hautement nécessaire, pour prendre en compte les réponses aux nouveaux et graves défis à la sauvegarde des droits de l´homme.

Dans la projection historique de l´héritage de la Déclaration Universelle, les deux Conférences Mondiales des Droits de l´Homme déjà réalisées, - à Téhéran (1968) et à Vienne (1993), - font part, en effet, d´un processus prolongé de construction d´une culture universelle de respect des droits de la personne humaine, qui requiert continuité de nos jours, surtout pour faire face aux nouveaux défis de l´actualité.

Ce cycle (incomplet) de Conférences Mondiales a eu, comme dénominateur commun, l'attention toute spéciale portée aux *conditions de vie* des populations (notamment des groupes vulnérables, qui nécessitent une protection particulière), aboutissant à la reconnaissance universelle de la nécessité de placer une fois pour toutes l'être humain au centre de tout processus de développement. Le processus historique courant de l´*humanisation* du Droit International s´oriente plus directement dans la poursuite d´objectifs supérieurs communs à l´humanité entière. La reconnaissance de l´importance centrale des droits de la personne humaine correspond à un nouveau système de valeurs, propre à notre époque.

Jamais, avant le XX^{ème} siècle, le progrès scientifique et technique ne s'était accompagné de tant de destruction, de cruauté et de souffrance humaine. C'est là un paradoxe terrible et bien connu, qui a conduit à un éveil de la conscience juridique universelle, impulsant l´*humanisation* du Droit International. Des considérations fondamentales d´humanité imprègnent aujourd'hui de fait l'intégralité du *corpus juris* du droit des gens, ainsi qu´en témoignent les instruments internationaux contemporains, la jurisprudence internationale, et la doctrine juridique la plus éclairée.

À mon avis, et comme je le professe depuis de nombreuses années, ce processus d'*humanisation* se retrouve dans tous les aspects de notre discipline: ses fondements, ses sujets, ses nouvelles constructions conceptuelles, les considérations fondamentales d´humanité présentes dans tous les chapitres du droit international, ainsi que la tentative d´asseoir la primauté de celui-ci en vue de faire prévaloir la justice et la paix. Et ce processus témoigne du nouveau *jus gentium* de notre époque, un droit international pour l´humanité entière.

La considération de toute cette matière exige une approche centrée sur la personne humaine, à la lumière des fins humaines de l´État. Le *principe d´humanité*, en tant qu´expression de la *raison d'humanité*, impose des limites à la *raison d´État*. Le principe d´humanité, comme expression de l´universalité des droits de la personne humaine**,** dans ma perception, a une vaste dimension, englobant l´ensemble du *corpus juris* de la protection internationale de la personne humaine (Droit International des Droits de l´Homme, Droit International Humanitaire, Droit International des Réfugiés), en toutes circonstances et particulièrement celles de grande adversité. Le *principe d´humanité*, conformément à la philosophie traditionnelle du droit naturel, émane de la conscience humaine, et se répercute sur le droit international conventionnel et coutumier.

IV. LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L´HOMME: DÉFIS CONTEMPORAINS

La protection internationale des droits de l´homme a déjà une longue histoire; néanmoins, malgré ses réalisations et avancées, les violations flagrantes et massives des droits de l´homme persistent dans différentes régions du monde, avec une diversification des sources et formes de telles violations. Il y a eu des nouveaux cas graves de discrimination (à l'encontre des membres des minorités et autres groupes vulnérables, suivant des critères ethniques, nationaux, religieux ou linguistiques), ainsi que des violations des droits de l´homme dans les relations inter-individuelles.

Le paradigme des relations entre les individus et la puissance publique de l´État risque de devenir insuffisant et anachronique,

dans la mesure où il n´a pas été conçu pour des violations d´un genre nouveau. Il faut alors concevoir des réponses inédites aux nouvelles nécessités de protection, en partant du principe que l´État demeure responsable des violations qu´il n'a pas prévenues. Il devient encore plus nécessaire aujourd´hui d´élaborer des mesures tant de *prévention* que de *suivi*, formant un système de surveillance continue du respect des droits de la personne humaine partout.

À présent, les organes internationaux de protection, confrontés à la poursuite des violations des droits de l´homme, ont déjà exprimé leur préoccupation et ont reconnu la nécessité et la raison d´être de telles mesures à la fois de prévention et de suivi. Ces mesures tendraient à établir un système permanent de surveillance de la sauvegarde des droits de la personne humaine en tout lieu et selon des critères identiques. En plus, en ce qui concerne la solution judiciaire, tant la Cour Interaméricaine des Droits de l´Homme (CourIADH) et la Cour Européenne des Droits de l´Homme (CourEDH) que la Cour Internationale de Justice (CIJ) se sont prononcées ces dernières années sur des affaires de *situations continues* en violation des droits de l´homme.

V. CARACTÉRISTIQUES PROPRES DU DROIT DE PROTECTION DE LA PERSONNE HUMAINE

Pour faire face aux nouveaux défis de l´actualité en matière de protection des droits de l´homme, il faut rester attentif aux caractéristiques propres du droit de protection de la personne humaine. Et, pour éviter des régressions, il faut résister aux erreurs du passé, qui malheureusement continuent à se manifester, comme, par exemple, par l´utilisation d´expressions sans fondement, comme la soi-disante "subsidiarité", et la soi-disante "marge d´appréciation". Je me permets d´adresser brièvement ces deux points.

1. Juridictions internationale et nationale: interaction au lieu de "subsidiarité"

Nous sommes ici devant un *droit de protection*, avec sa spécificité propre, fondamentalement *orienté vers les victimes*, et concerné par les droits des individus plutôt que ceux des États. Les règles généralement reconnues du droit international subissent nécessairement, lorsqu´elles sont insérées dans les traités des droits de l´homme, un certain degré d´ajustement ou d´adaptation, dicté par le caractère spécial de l´objet et du but de ces traités et par la spécificité largement reconnue de la protection internationale des droits de l´homme.

En résumé, la juridiction internationale, plutôt que "subsidiaire" à, ou indépendante de, la juridiction nationale, est *complémentaire* à celle-ci, les deux étant en constante *interaction* dans la protection des droits de la personne humaine. Il n´y a pas de "subsidiarité": ces dernières années, dans les cas de rupture de l´état de droit dans une société démocratique et d´imposition d´un régime despotique ou répressif, la juridiction internationale a montré son importance, et a même *précédé* la juridiction nationale en ce qui concerne la protection des droits des victimes et des réparations qui leur sont dues.

Comme signalé dans les réflexions développées dans mes longues Opinions Individuelles que j´ai joint aux jugements de deux tribunaux internationaux (la CourIADH et la CIJ), en effet, contrairement à ce que l´on suppose encore dans les cercles juridiques, les juridictions internationale et nationale, dans le domaine de la protection des droits de la personne humaine, ne sont pas concurrentes ou conflictuelles, mais plutôt *complémentaires*, en *interaction* constante dans la protection des droits de la personne humaine et dans la lutte contre l´impunité des ceux qui violent ces droits (États et individus).

2. *Corpus juris* de protection: applicabilité directe sans "marge d´appréciation"

Normalement, en relation avec les arrêts internationaux, les États supposent qu'ils ont une "marge d'appréciation", car ils prétendent avoir autant de pouvoir discrétionnaire que possible pour en faire ce qu'ils veulent et de la façon qu´ils choisissent. Si les tribunaux internationaux des droits de l'homme se réfèrent à la "marge d´appréciation", ils alors réduisent la possibilité d´une pleine conformité à leurs propres jugements, au niveau national. Au cours des années où j´ai été Juge et Président de la

CourIADH, la Cour heureusement n´a jamais utilisé l´expression "marge d´appréciation", qui ne rend pas du tout service à l´efficacité de la protection internationale des droits de l´homme.

En ce qui concerne le présent domaine de protection de la personne humaine, la vieille dichotomie entre les ordres juridiques international et national a été surmontée. Cela est confirmé, par exemple, par l´application *directe*, dans l´ordre juridique interne, du *corpus juris* international de protection de la personne humaine. Pourtant, tout cela continue à rester imperceptible dans les milieux juridiques, introvertis et dogmatiques. Dans le présent domaine de protection, le droit international contemporain - comme en témoignent les conventions des droits de l´homme - attribue des fonctions internationales aussi aux tribunaux nationaux.

VI. THE FOUNDATIONS AND REACTION OF HUMAN RIGHTS PROTECTION IN FACE OF CURRENT ENDEAVOURS OF DECONSTRUCTION

Je me permets de continuer mon allocution en anglais. Our International Institute of Human Rights, as soon as it was created (one year after the I World Conference of Human Rights of 1968), and along the first years of its labour, was and remained attentive to, and has ever since been cultivating, the indivisibility and universality of all human rights. It became used to covering all aspects of our discipline, counting - in its annual study sessions - on participants from all continents. Along the last five decades, the Institute has been considering grave and successive problems affecting human rights in distinct continents, and has been forming new generations of scholars and practitioners, faithful to the basic postulates of the International Law of Human Rights.

In each of the last five decades the Institute has been examining the advances achieved on human rights protection and the new challenges emerged, in a world in constant transformation. In undertaking its work, particularly in the education of new generations of scholars, the International Institute of Human Rights has been accomplishing its mission as from the faithful outlook of the necessary and ineluctable universality of human rights, safeguarded and exercised at global (United Nations) and regional levels (all regional systems of protection). The collection of its annual study sessions, known as *Dossier Documentaire/ /Documentary File* of successive sessions, contains its most impressive and precious legacy.

The Institute has organized events not only in Europe, here in Strasbourg, but also in other continents (e.g., Africa, Latin America, and Asia). It is endowed with uniqueness, being today the only one of its kind all over the world: it remains, in effect, the only institution of the kind to have survived, with its universal outlook and scope, the onslaught of time. The firm determination of its faithfulnes to human rights is responsible for that. It continues to have a key role to play, in the dangerous and unpredictable world in which we live, or survive, nowadays, amidst a serious crisis of values.

In recent years and up to the present, there have been regrettable initiatives to deconstruct this domain of protection of the human person. One can clearly and sadly witness the regression experienced currently, disclosing a misunderstanding of the whole matter, succumbing to the attraction of power politics, and revealing an ignorance of the lessons of the past. This is harmful to the rights inherent to the human person; it should never be forgotten or overlooked that the international protection of human rights is oriented to those who stand in need of it, in the light of the principle *pro persona humana*.

Human rights Conventions set forth (positive) obligations of an objective character, collectively guaranteed. In their implementation, considerations of *ordre public* prevail over the "will" of individual States. A true *law of protection* has been formed, on the basis of general principles of law and common superior values. It will certainly resist the current initiatives of de-constructivism, to the benefit of all those who stand in need of protection, of succeeding generations, surrounded by vulnerability, if not defenselessness.

Contemporary international human rights tribunals (the ECtHR, the IACtHR, and the African Court of Human and Peoples´ Rights - AfCtHPR), had for the first time a joint meeting of all three here at this *Palais des Droits de l´Homme* in Strasbourg, in December 2008, coordinated by President Jean-Paul Costa. I keep a very good memory of this memorable joint meeting. It proceeded to a review of the

endeavours of international human rights tribunals to keep on safeguarding the integrity of their respective mechanisms of protection.

Keeping in mind the object and purpose of the respective Conventions, they have pursued a teleological, dynamic and evolutive interpretation, whereby they have for years been contributing to the progressive development of conventional as well as general international law, oriented towards the protection of the human person. They have, furthermore, identified points likely to attract their close attention in the forthcoming years (namely, e.g., provisional measures of protection, reparations, execution or compliance with their decisions).

Seven years later, in another Seminar held again here at this *Palais des Droits de l´Homme* in Strasbourg, in June 2015, I had the occasion to underline that such progressive development of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights has helped to clarify many other points which international legal doctrine used to regard as problematic; the age of dualism and monism, e.g., is long past and overcome. In the present domain of protection, there are *interactions* between the international and national legal orders, and the norm most favourable to the victims is the one that applies.

VII. HUMAN RIGHTS PROTECTION IN CASES OF GRAVE VIOLATIONS OF RIGHTS OF VULNERABLE PERSONS

May I also recall and stress that there have occurred instances when, in the domain of human rights protection, international jurisdiction has indeed preceded, or even rescued, the national one, in times of extreme violence and social disruption (illustrated, e.g., in my own experience, in two historical cycles of cases decided by the IACtHR). International jurisdiction has thus exerted a fundamental role in contributing to the overcoming of oppression of dictatorial regimes, and in bringing justice to the victims and their relatives and safeguarding their dignity.

In effect, ever since the beginning of the XXIst. century, a notable jurisprudential construction has taken place for the international adjudication of cases of grave violations of human rights of members of vulnerable human collectivities, as illustrated by the case-law as to cycles of *cases of massacres*. States have here incurred, in my understanding, into grave violations of human rights that conformed, in some instances, true *crimes of State*.

The international protection of human rights has, in this context, exercised a role of utmost importance. International human rights tribunals have indeed reacted to the monopoly of force misused by States (or paramilitaries) in a pattern of chronic violence - in a most regrettable distortion of the ends of the State - victimizing groups of persons under their respective jurisdictions, who often happened to be the most vulnerable persons, in situations of defencelessness. This shows that current initiatives of de-constructivists disclose their blindness and irresponsibility.

Besides contemporary international human rights tribunals, the International Institute of Human Rights, for its part, has kept on educating new generations, nowadays, to resist to, and to discard, the harmful distortions of current de-constructivists, who will not be able to undermine the foundations of the International Law of Human Rights. After all, the *corpus juris gentium* of protection was formed and consolidated in order to face and to alleviate, to the extent possible, the intense human suffering of victims of grave violations of human rights.

The Institute has remained attentive to the *corpus juris* of protection as a whole. This is of great importance, given the growing number of persons nowadays in situations of utter vulnerability (such as uprooted persons, undocumented migrants) in urgent need of protection. Hence the relevance of the convergences between the International Law of Human Rights, International Humanitarian Law and the International Law of Refugees. The acknowledgement of such convergences has overcome the compartmentalization of the past, paving the way for the enlargement of the material content of *jus cogens* and the ensuing obligations *erga omnes* of protection, in face of problems with new dimensions.

I have so sustained in the ICJ in my Dissenting Opinion in the case of the *Application of the Convention against Genocide* (Croatia *versus* Serbia, Judgment of 03.02.2015), as well as in my recent Separate Opinion in the ICJ´s Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (of 25.02.2019). The International Law of Human Rights stands firmly in defense of all those in need of protection,

and discards the superficial and irresponsible criticisms of de-constructivists, who, moved by power politics, close their eyes to the incidence of evil and extreme violence in human history. The International Law of Human Rights will keep on extending protection and enlarging its domain of application, so as to safeguard human rights of those victimized, all in new situations disclosing cruelty.

VIII. THE EXPANSION OF INTERNATIONAL JURISDICTION, RESPONSIBILITY, PERSONALITY AND CAPACITY, CENTRED ON THE VICTIMS

The current jurisdictionalization of international law, brought about by the reassuring coexistence of international human rights tribunals and international criminal tribunals, brings to the fore other related issues deserving close attention in our days, such as, e.g., the expansion of international jurisdiction, responsibility, personality and capacity. In effect, one witnesses in our times the consolidation of the subjectivity (active as well as passive, respectively) of individuals in contemporary international law.

In my understanding, this issue is related to the right of direct access to justice as the right to the *realization* itself of justice, as an imperative of *jus cogens*, encompassing the absolute prohibition of torture as well as cruel, inhuman or degrading treatment, the principle of equality and non-discrimination, and the right of access to justice *lato sensu* (comprising the formal access, the guarantees of due process of law, and the faithful compliance with its judgments).

There is growing awareness that the aforementioned expansion of international jurisdiction, responsibility, personality and capacity is *victim-oriented*, the central position being that of the *justiciables*, those seeking justice. Although large-scale violations of human rights continue to subsist, the reactions to them are nowadays immediate and far more effective, so as to secure the prevalence of justice. And justice has been achieved in our days even in cases wherein the victims or their close relatives found themselves in the most complete vulnerability or adversity, if not defenselessness. Justice has been achieved even in cases of massacres, of mass crimes.

The advent and labour of international human rights tribunals and international criminal tribunals have enhanced the recognition of human beings as subjects of international law, ultimate addressees of the norms of the law of nations (*droit des gens*). The multiplicity of contemporary international tribunals has, moreover, come to enlarge the access to justice (*lato sensu*, formal and material) in our days, and to contribute to put an end to impunity, with the attainment of rule of law (État de Droit, Estado de Derecho) in a democratic society.

International human rights tribunals as well as international criminal tribunals have operated decisively to this effect, and their jurisprudential advances in recent years would be unthinkable some decades ago. They have effectively brought justice often to the victimized ones, - may I stress this point, - including in situations of systematic and generalized violence, and in mass atrocities. They have been much contributing to the struggle against impunity, in the present age of accountability, of individuals as well as States.

Contemporary international tribunals have thus demonstrated that nobody is above the law, - neither the governors, nor the governed, nor the States themselves. International law applies directly to States, international organizations and individuals. This would hardly have been anticipated a few decades or years ago, e.g., in the legislative phase of human rights treaties and instruments. The fact that this is nowadays a reality, is revealing of the advances of international justice, despite so many obstacles and difficulties, gradually overcome.

International human rights tribunals - and, to a lesser degree, international criminal tribunals, - have contributed to secure the *centrality* of victims (the most vulnerable ones) in international legal procedure. In thus fulfilling a real need of the international community (of securing such protection to those in need of it), such international tribunals have been fostering the reassuring historic process which bears witness of, and contributes to, what I have deemed it fit to name, along the years, as the *humanization* of contemporary international law.

The jurisprudential cross-fertilization of international human rights tribunals has been harmoniously reinforcing the *corpus juris* of protection as a whole. Human rights Conventions (at regional and global levels) and general international law have set up the common ground for the undertaking of such

jurisprudential construction. *Ex pluribus unum*. The *corpus juris* of the International Law of Human Rights has thus enriched and legitimized Public International Law, in developing its aptitude to govern relations not only at inter-State, but also at intra-State levels, with due respect for human beings.

And we are all fortunate to witness and to contribute to the ongoing historical process of *humanization* of international law, the new *jus gentium* of our times. This cinquentenary session of the International Institute of Human Rights, now opened, is a historical occasion to sustain our legacy, and to reassert our determination to face the new challenges of our times, to the benefit of all those who stand in need of protection. There could hardly be a more inspiring place to do so, than this *Palais des Droits de l´Homme*. The safeguard of the universality of the rights inherent to the human person is a noble mission that we all need to keep on pursuing.

NOTES

1. Ces nombreux traités, et autres instruments internationaux, ont créé des méchanismes de protection qui coexistent, en besoin de coordination; cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435.

2. A.A. Cançado Trindade, "Le Droit international contemporain et la personne humaine", 120 *Revue générale de Droit international public* (2016) n. 3, pp. 497-514.

3. A.A. Cançado Trindade, "Reaffirmation de l´universalité nécessaire et ineluctable des droits inhérents à la personne humaine", *in Les droits humains comparés - À la recherche de l´universalité des droits humains (Actes du Colloque à la Cour européenne des droits de l´homme - mars 2018)*, Paris, Pédone, 2019, pp. 49-67.

4. R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l´homme", 79 *Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 279-281. Sur la progression de la Déclaration de 1948 vers l´universalité, et l´importance des "principes généraux touchant l´unité du genre humain", cf. aussi R. Cassin, *La pensée et l´action*, Boulogne-sur-Seine, Éd. F. Lalou, 1972, pp. 108-109 et 114-117; R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10. En 1950, il a écrit que, en conformité avec la Déclaration Universelle, tous les êtres humains sont sujets de droit comme membres de la "société universelle", et aucun État ne pourrait pas du tout les denier telle condition; 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 de Droit public - Études en l´honneur de G. Scelle*, tome I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.

5. Cf. 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, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *in K. Vasak Amicorum Liber - Les droits de l´homme à l´aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, "El Acceso Directo de los Individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *XXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* - OEA (2000) pp. 243-283; A.A. Cançado Trindade, "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, "The Emancipation of the Individual from His Own State - The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", *in Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser *et alii*), Zürich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171; A.A. Cançado Trindade, "The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", 1 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (2012) pp. 8-59.

6. A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", *op. cit. supra* n. (1), pp. 262-283 et 410-412.

7. Cf. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de La Haye* (2005), ch. VI, pp. 177-202.

8. 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, "The Contribution of Recent World Conferences of the United Nations to the Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights", *in Les hommes et l´environnement: Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? - Études en hommage à*

Alexandre Kiss (eds. M. Prieur et C. Lambrechts), Paris, Éd. Frison-Roche, 1998, pp. 119-146.

9. Cf. S. Glaser, "La protection internationale des valeurs humaines", 60 *Revue générale de Droit international public* (1957) pp. 211-241.

10. Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2e. éd. rev., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-789; A.A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, México, Edit. Porrúa, 2014, pp. 1-324; A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185.

11. Cf. part VII, *infra*.

12. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Some Reflections on the Principle of Humanity in Its Wide Dimension", *in Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (eds. R. Kolb et G. Gaggioli), Cheltenham, E. Elgar, 2013, pp. 188-197; A.A. Cançado Trindade, "Il Principio di Umanità e la Salvaguardia delle Vittime: Considerazioni sull´Esperienza della Corte Interamericana dei Diritti Umani in Materia di Adempimento di Sentenze e Decisioni", *in Il Principio di Umanità e la Salvaguardia della Persona Umana* (eds. A.A. Cançado Trindade et C. Barros Leal), Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 61-74.

13. Cf. A.A. Cançado Trindade, "La réaffirmation contemporaine de l´universalité des droits de l´homme: quelques réflexions", *in L´Afrique et le droit international: Variations sur l´organisation internationale - Liber Amicorum R. Ranjeva*, Paris, Pédone, 2013, pp. 445-459.

14. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5e éd. rév., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2018, pp. 214-215.

15. Cf., dans ce sens, *ibid*., p. 215; et cf. A.A. Cançado Trindade, "Reaffirmation de l´universalité nécessaire et ineluctable des droits inhérents à la personne humaine", *in Les droits humains comparés - À la recherche de l´universalité des droits humains (Actes du Colloque à la Cour européenne des droits de l´homme - mars 2018)*, Paris, Pédone, 2019, pp. 49-67, esp. pp. 61-62.

16. Cf. reflections thereon of two former Presidents of the ECtHR in their respective books of memories, namely: J.-P. Costa, *La Cour européenne des droits de l´homme - Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 75-80, 108-109 and 121-127; L. Wildhaber, *The European Court of Human Rights (1998-2006) - History, Achievements, Reform*, Kehl/Straasbourg, N.P. Engel Publ., 2006, pp. 86-90 and 136-149.

17. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Vers un droit international universel: la première réunion des trois Cours régionales des droits de l´homme", *in* XXXVI *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2009,* Washington D.C., OAS General Secretariat, 2010, pp. 103-125; Ph. Weckel, "La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l´Homme", 113 *Revue générale de droit international public* (2009) pp. 5-17.

18. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Conclusion: Reflections on the 2015 Strasbourg Conference", *in The European Convention on Human Rights and General International Law* (eds. A. van Aaken and I. Motoc), Oxford, Oxford University Press (European Society of International Law Series), 2018, pp. 285-304.

19. For examples, cf. A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 3rd. rev. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2019, pp. 311-313.

20. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5th. rev. ed., *op. cit. supra* n. (14), pp. 3-394; A.A. Cançado Trindade, "Une ère d´avancées jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l´homme", *in Le particularisme interaméricain des droits de l´homme* (eds. L. Hennebel and H. Tigroudja), Paris, Pédone, 2009, pp. 7-73.

21. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Reflections on the International Adjudication of Cases of Grave Violations of Rights of the Human Person", 9 *Journal of International Humanitarian Legal Studies* (2018) pp. 98-136.

22. Cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 171; A.A. Cançado Trindade, *La Responsabilidad del Estado en Casos de Masacres Dificultades y Avances Contemporáneos en la Justicia Internacional*, Mexico, Edit. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2018, pp. 1104.

23. Cf., on this point, A.A. Cançado Trindade, "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited", *in International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253-269.

24. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Genève, CICR, [2000], pp. 1-66.

25. Cf. A.A. Cançado Trindade and Dean Spielmann, *A Century of International Justice / Rétrospective d´un siècle de justice internationale et perspectives d´avenir*, Oisterwijk, Wolf Publs., 2013, pp. 1-44.

26. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights", *in La Convention Européenne des Droits de l´Homme, un instrument vivant - Mélanges en l´honneur de Chr. L. Rozakis* (eds. D. Spielmann *et alii*), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 27-46; A.A. Cançado Trindade, "Some Reflections on the Reassuring Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*", *in Diritti Individuali e Giustizia Internazionale - Liber F. Pocar*, Milano, Giuffrè Ed., 2009, pp. 65-79; A.A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law", *in XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2009, pp. 3-29; A.A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", *in XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2007*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2008, pp. 1-15.

27. Cf. n. (22), *supra*.

28. Cf. *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade - Reflexiones sobre la Justicia Internacional* (book-interview with Emilia Bea), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 90, 96 and 111.

29. 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, "La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado", *in* 40 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2001) pp. 11-23; A.A. Cançado Trindade, "La Emancipación de la Persona Humana en la Reconstrucción del *Jus Gentium*", 47 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2005) pp. 55-74; A.A. Cançado Trindade, "As Manifestações da Humanização do Direito Internacional", 23 *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* - Rio de Janeiro (2007) n. 31, pp. 159-170; A.A. Cançado Trindade, "Hacia el Nuevo Derecho Internacional para la Persona Humana: Manifestaciones de la Humanización del Derecho Internacional", 4 *Ius Inter Gentes - Revista de Derecho Internacional* - Catholic University (PUC) of Peru (2007) pp. 12-21; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd. rev. ed., *op. cit. supra* n. (10), pp. 3-789.

O CÁRCERE ENQUANTO ESTADO DE EXCEÇÃO E DE EXTERIORIZAÇÃO DO *HOMO SACER:* SURGIMENTO E COMBATE ÀS FACÇÕES CRIMINOSAS

Artur Cortez Bonifácio
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN); Professor da graduação e mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Rodrigo Cavalcanti
Advogado; Professor da Universidade Potiguar (UnP); Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

RESUMO

O presente estudo científico objetiva analisar o atual sistema prisional brasileiro enquanto expressão de uma forma atual de Estado de exceção e de exteriorização do *Homo sacer,* na ótica do filósofo italiano Giorgio Agamben. Pretende-se debater, ainda, como essa situação contribui para o surgimento e fortalecimento das facções criminosas, tendo em vista o que se predispõe afirmar ser a finalidade da pena, como critério de retribuição e prevenção geral e específica, além do objetivo de reintegração social. O ambiente degradado das prisões brasileiras, que o Supremo Tribunal Federal identificou como em estado de coisas inconstitucional, atinge diretamente os direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano, e torna questionável o caráter de ambiente recuperacional que, teoricamente, possui.

Palavras-chave

Sistema prisional; estado de exceção; *homo sacer;* Giorgio Agamben.

ABSTRACT

This scientific paper aims to analyze the current Brazilian prison system as a current form of state of exception and externalization of *Homo sacer* in the perspective of the Italian philosopher Giorgio Agamben and how this situation contributes to the emergence and strengthening of Criminal Factions taking into account in view of what is predisposed to affirm that the purpose of the penalty is a criterion of retribution and general and specific prevention, in addition to the objective of social reintegration in an environment whose Brazilian Federal Supreme Court identified it as in an unconstitutional state of affairs and which directly affects the rights and guarantees fundamentals inherent to human beings.

Keywords

Prison system; state of exception; *homo sacer;* Giorgio Agamben.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente urge salientar que o presente trabalho não conseguirá – nem tem a pretensão de fazê-lo - esgotar a discussão acerca da situação atual do sistema prisional brasileiro, já que tal debate possui um horizonte amplo e capaz de fomentar uma série de trabalhos e estudos mais aprofundados. Decerto a continuidade da pesquisa não nos fará chegar a soluções consensuais para o caso, mas tem o potencial de nos auxiliar na identificação as causas do fenômeno e encontrar possíveis caminhos e alternativas. Ante o atual sistema legal pátrio, a conduta social e o próprio interesse da população pelas políticas públicas criminais, mudar de rumos parece ser uma tarefa quase impossível de executar.

O interesse da pesquisa que aqui será apresentada é confrontar a realidade carcerária do sistema prisional pátrio (que pode ser extensiva a vários outros sistemas prisionais mundiais,

no sentido de que tendem a tornar o ambiente do cárcere um local isolado da sociedade que o contém e que o gerencia, com regras e ordenamentos jurídicos próprios). Diante da inoperância e da letargia estatal, o cárcere brasileiro desnuda um verdadeiro Estado de exceção com relação aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, já que estes pouco ou nada se aplicam aos encarcerados. Esse quadro exterioriza e torna real, dentro das prisões, a figura do que Giorgio Agamben chamou de *Homo sacer*, ou seja, aqueles que estão desprovidos de valor, sem importância ou mesmo sem "alma", deixados ao julgamento divino e, no caso hodierno, das facções criminosas que cada vez mais "administram" o sistema carcerário.

Tal análise se torna pertinente do ponto de vista da filosofia de Giorgio Agamben e Michel Foucault, autores que mostram que a realidade atual vista nessas prisões nada mais é do que o reflexo fático de suas teorias filosóficas de forma nua e crua. Ela nos mostra um sistema prisional que exclui incluindo e que inclui excluindo, marginalizando e retirando o valor humano de cada homem nele inserido, enquanto o Estado se exclui da relação, limitando-se a preocupar-se – e nem mesmo isso sempre ocorre - com a manutenção do encarcerado vivo e restrito em sua liberdade. Porém, em nenhum momento se preocupa com seu valor enquanto ser humano, ser vivo e operante no mundo, capaz de se reintegrar à sociedade a que pertencia, conforme predispõe o ordenamento jurídico pátrio, o que traduz um isolamento dessa massa carcerária, isolamento este que conduz a seu desvalor enquanto homem útil para a sociedade que o abrigava, o que possibilita o surgimento de um verdadeiro Estado de Exceção.

A pesquisa busca analisar e mostrar, dentro da metodologia de análise teórica e bibliográfica, a realidade fática do sistema prisional brasileiro, onde a exclusão da massa carcerária é a regra, visando a uma falsa sensação de castigo e punição que se reflita em efeitos benéficos sobre os próprios presos e a segurança da sociedade que se encontra separada dessas "pessoas indesejadas".

O problema surge quando esta exclusão é tão latente, e a omissão estatal é tão clara, que possibilitam à massa carcerária sua própria organização jurídica, criação de regras e normas de convivência para poderem viver em uma "ordem", quando, na verdade, se encontram no que Agamben (2002) conceituou como Estado de Exceção.

Tal (des)organização do sistema prisional brasileiro explica muitas das facetas de nossa política criminal, uma vez que a regra é justamente a exclusão através da inclusão, a suspensão de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição de uma forma que aparentemente não fere o regime jurídico e o direito pátrio, mas que permite perceber a Biopolítica aplicada.

Assim, o presente trabalho prima pela conceituação dessas terminologias estudadas por Agamben também através de pesquisas feitas por outros autores, como Michel Foucault, para que se tenha uma visão macro do problema, e tente se chegar a um denominador comum e um entendimento direto e claro da situação posta.

Há neste trabalho, ainda, a preocupação em analisar não só o Estado de Exceção no qual se encontram os encarcerados do sistema prisional brasileiro, mas também as condições reais de sua qualidade de vida, bem como o tratamento dispensado pelo Estado a estes "cidadãos" que cada vez mais ingressam na conceituação do homem sagrado (*Homo sacer)* tratado na obra de Agamben. Esse homem que está para a sociedade, para o Estado – e muitas vezes par si próprio - desprovido de qualquer valor, desnudo de suas características de ser humano.

Imperioso salientar que o reflexo sociológico posto é imenso, uma vez que esses encarcerados são submetidos a situações que terminam por comprometer sua pretensa ressocialização, diante da total falta de acobertamento estatal quanto às condições dignas de seu cárcere. Isso os compele a gerir suas próprias vidas por regras adquiridas e concebidas não os considerando enquanto sujeitos de direitos fundamentais, mas (posteriormente) como egressos do cárcere, para sempre "fichados", o que explica a incidência de determinados fatores como os da reincidência, do criminoso contumaz etc.

2. O ESTADO, O PODER DE PUNIR E O GARANTISMO PENAL

Neste trabalho necessário de faz, ao menos de maneira superficial, falar acerca da relação entre o poder do Estado enquanto ente emanador das leis e do controle social e a situação atual dos sistemas prisionais de vários países, dentre eles o

Brasil. Assim será possível compreender melhor os conceitos elencados e esmiuçados no corpo do presente trabalho, e projetar a imaginação do leitor a um mundo ao qual muitas vezes não está habituado.

O direito de punir do Estado hodierno, tomando por base o chamado Estado democrático de Direito, deve seguir a premissa de que sua força não advém de fontes religiosas ou metafísicas, mas do pacto social e da própria democracia estabelecida no âmbito de correlação e convivência humana. Dentro desse Estado, o poder político advém de uma democracia substancial que dá legitimidade às normas penais (FERRAJOLI, 2001, p. 18).

Por isso, para Luigi Ferrajoli (*ibidem*, p. 864), o garantismo é uma técnica de limitação dos poderes sobre quais matérias se pode decidir, sendo esta o "traço mais marcante de uma democracia substancial", justificando a necessidade política do Direito Penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais. Afirma o doutrinador, ainda, que

> A proibição e a ameaça penal protegem as possíveis partes ofendidas contra os delitos, enquanto que o Juízo e a imposição de pena protegem, por paradoxal que possa parecer, os réus (e os inocentes de quem se suspeita como réus), contra as vinganças e outras reações mais severas. Sob esse duplo aspecto, a lei penal se justifica como a lei do mais débil, orientada à tutela de seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte. As duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e a das penas arbitrárias – estão conectadas com esta base; legitimam, conjuntamente, a necessidade política do Direito |Penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, definindo estes normativamente no âmbito e limites daquele enquanto bens, em que não se justifica a lesão nem com delitos nem com castigos (FERRAJOLI, 1997, p. 335).

O sistema prisional brasileiro, por exemplo, apesar de muito bem munido de uma legislação simbólica e precipuamente protecionista, embasada no garantismo penal constitucional, em sua realidade nada conota o objetivo ressocializador de sua legislação de execução penal, que diz propor a docilidade do corpo e a liberdade do homem integrado novamente à sociedade.

Ferrajoli aduz que:

> O modelo garantista reconhece que a pena, por seu caráter aflitivo e coercitivo, é em tudo um mal, que não cabe encobrir com finalidades filantrópicas do tipo de reeducativo ou ressocializador e de fato em último termo aflitivo. Ainda sendo um mal, contudo, a pena é justificável se (e somente se) o condenado obtém com ela o bem de que se subtrai dos castigos informais imprevisíveis, incontrolados e desproporcionais (FERRAJOLI, 1997, p. 337).

Importante aqui salientar o papel do Estado enquanto detentor do poder de gerir e de resolver tais situações, mas que não atende ou percebe as circunstâncias intrínsecas de sua própria atribuição, o que nos leva a analisar essa tentativa de pensar o poder não como substância, mas como relação, o que vincula a ideia de que os sujeitos das relações de poder também não podem ser pensados de forma substantiva. Isso significa que eles, além de não serem repositórios de poder, não são o fundamento do poder.

As afirmações de Michel Foucault, a seguir, devem ser compreendidas dentro dessa perspectiva de uma análise não-metafísica dos sujeitos em relação.

> [...] o poder não é da ordem do consentimento; ele não é, em si mesmo, renúncia a uma liberdade, transferência de direito, poder de todos e de cada um delegado a alguns (o que não impede que o consentimento possa ser uma condição para que a relação de poder exista e se mantenha); a relação de poder pode ser o efeito de um consentimento anterior ou permanente; ela não é, em sua própria natureza, a manifestação de um consenso (FOUCAULT, 1997, p. 243).

As prisões chegam ao cume da superlotação e se tornam depósitos humanos, onde o castigo ultrapassa e muito a liberdade do ir e vir e afeta os limites entre o viver ou não viver, do aceitar e esperar, do modificar-se de acordo com as normas internas impostas pelos demais detentos ou sofrer as consequências ali determinadas como lei, como garantidoras da ordem posta, da sobrevivência e da dignidade.

O despreparo e o mau treinamento dos agentes de segurança pública se refletem no controle para conter motins e rebeliões carcerárias somente por meio da violência e da coerção, havendo o cometimento de vários abusos e imposição aos presos de uma espécie

de "disciplina carcerária" que não está prevista em lei. Desenha-se um Estado de exceção onde, na maioria das vezes, esses agentes acabam não sendo responsabilizados por seus atos e permanecem impunes, em um viés de internalização jurídica da violência como aparato do sistema de segurança, tornando-a trivial, fugaz e até certo ponto imprescindível.

Entre os próprios presos existe a prática de atos violentos, ocorrendo cada vez mais corriqueiramente homicídios, abusos sexuais, espancamentos e extorsões. Nesse contexto, alguns presos exercem domínio sobre os demais, que acabam subordinados a essa hierarquia paralela, consubstanciada em uma nova faceta do Direito e em um novo sistema jurídico criado em exceção ao oficialmente posto.

Os presos que detêm essa influência paralela dentro da prisão não são denunciados e, na maioria das vezes, à semelhança dos agentes que abusam de seu poder, permanecem impunes em relação a suas atitudes. Isso pelo fato de que, na prisão, além da "lei do mais forte", também imperam a "lei do silêncio", a lei da prisão e a exceção à regra do Direito posto na sociedade como um todo.

Outra violação cometida se expressa na demora na concessão do benefício àqueles que já fazem jus à progressão de regime, ou em devolver a liberdade aos presos que já saldaram o cômputo de sua pena. Essa situação decorre da própria negligência e ineficiência dos órgãos responsáveis pela execução penal, o que constitui constrangimento ilegal por parte dessas autoridades e que deveria ensejar, inclusive, configuração da responsabilidade civil do Estado por manter o indivíduo encarcerado de forma excessiva e ilegal. Porém, diante do regime de exceção posto ao Direito em relação a estes apenados, tal responsabilização se torna uma utopia tão grande ou até maior do que a própria ressocialização do preso, retirando da pena de prisão o seu caráter retributivo.

Para Ferrajoli (2010), a crise está no "enfrentamento" da prática penal, quando comparada à previsão legislativa, uma vez que cotidianamente os agentes jurisdicionais, sob a justificativa de estarem agindo para "proteger" a sociedade do indivíduo criminoso, aplicam a legislação de forma bastante mitigada, tutelando mais o viés vingativo-punitivista da pena do que as finalidades propostas e adotadas sobre ela pelo nosso sistema jurídico.

Vale pontuar que o garantismo não se resume à praticas libertárias, nem significa proteção irresponsável de direitos dos presos, mas condiz com uma forma de tornar legítimas apenas as práticas penais em que houver observância (pelo órgão legislador até o aplicador) do maior número de garantias possíveis, tornando a teoria cada vez mais próxima da prática e ajudando o sistema a se organizar com a presença estatal em todas as suas vertentes, em especial seu desígnio constitucional.

Quanto mais distantes ficam a teoria constitucional da normal penal e a prática, mais se fomentam as práticas paralelas ao poder do Estado, cuja ausência ou conivência à violência repressora passa a permitir que se crie uma organização daquele grupo de pessoas para alcançar bens e serviços que ele, Estado, não produz ou fornece.

A garantia destes direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica. Por isso a sua lesão por parte do Estado justifica não simplesmente a crítica ou o dissenso, como por questões não vitais sobre as quais vale a regra da maioria, mas a resistência à opressão, até a guerra civil. Sobre questões de existência, não se deixa à minoria (FERRAJOLI, 2010, p. 790).

No entanto, enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso e tratando as prisões como um depósito de "lixo humano" e de "seres inservíveis" para o convívio em sociedade, conotada essa camada de *Homo sacer,* não apenas a situação carcerária, mas também o problema da segurança pública e da criminalidade como um todo tendem a se agravar, com o surgimento e florescimento de novas organizações paraestatais, tais como as facções criminosas.

As organizações e facções criminosas no interior dos presídios surgem e demonstram sua força por meio do medo, da opressão, da resistência e, por que não dizer, da guerra civil velada, travada contra o Estado. Eventualmente esse conflito fica escancarado ante os olhos de toda a sociedade.

Dentro dessa perspectiva tem-se a nítida percepção de que o Direito Penal, apesar de teórica e filosoficamente ser a *ultima ratio,* passa a ser utilizado de modo expansivo e quase que indomável pela política, o que ocorre como uma resposta imediatista e simbólica a uma realidade mais complexa que a simples falta de punição. Tal análise política simplista dirime o problema e passa à sociedade que a

violência e criminalidade serão resolvidos com maior punição, com penas mais severas e com a criação de novos tipos penais; enfim: com a criação e identificação de novos inimigos do Estado, aumentando a população carcerária e possibilitando o desenvolvimento de um Estado paralelo comandado por facções criminosas. Tudo na contramão de análises conjecturais mais profundas, que necessitam do auxílio de outras ciências, como da sociologia, psicologia e economia, por exemplo.

3. O SISTEMA PRISIONAL COMO ESTADO DE EXCEÇÃO: O PAPEL DAS FACÇÕES CRIMINOSAS

Michel Foucault (1997), em sua obra clássica "Vigiar e Punir", além de expressar a história da violência nas prisões, determina e conceitua em seu livro a forma com que o Estado garante a "docilidade" do corpo, sua domesticação e a aceitação da violência como forma de garantir a ordem social, dizendo:

> Mas podemos sem dúvida ressaltar esse tema geral de que, em nossas sociedades, os sistemas punitivos devem ser recolocados em uma certa "economia política" do corpo: ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizam métodos "suaves" de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão. É certamente legítimo fazer uma história dos castigos com base nas ideias morais ou nas estruturas jurídicas. Mas se pode fazê-la com base numa história dos corpos, uma vez que só visam a alma secreta dos criminosos? (FOUCAULT, 1997).

A situação carcerária brasileira (e não precisa ser atuante na seara da justiça criminal ou muito menos um expert em política carcerária para percebê-la) é de extrema insalubridade humana. As prisões funcionam como depósitos de seres vivos que, antes de ali adentrarem, "eram" considerados seres humanos; um verdadeiro Estado paralelo cercado por muros de concreto e estigmas sociais tão fortes que isolam e permitem que lá se prolifere e se crie seu próprio sistema jurídico. Sistema esse que sobrevive com suas próprias regras, mesmo que estas fujam dos conceitos sociais e jurídicos do "mundo exterior".

Fagundes (2016, p. 108) ressalta que, "se não bastasse, o crime organizado continua sendo comandado por seus cabeças no interior dos muros dos presídios, que são controlados, em sua maioria, pelo Primeiro Comando da Capital (PCC) ou outros organismos similares, à margem da lei".

Tal acepção é possibilitada não só pela ausência do Estado na esfera do sistema prisional, mas também pela maior presença das facções criminosas junto, principalmente, às comunidades marginalizadas. Essas facções passam a prestar assistência não só aos sentenciados, mas também às suas famílias, prestando-lhes auxílio nas primeiras necessidades e angariando certa fidelidade, admiração e relação de simbiose.

Para Mingardi (2007), esta simbiose do Estado com as facções e/ou organizações criminosas possui cinco características que diferenciam crime organizado de crime comum, sendo a quinta característica inerente ao assunto aqui tratado:

> A quinta característica, "simbiose com o Estado", é a mais polêmica (…). Em todas as organizações estudadas aparece uma ligação com a máquina do Estado. Um desmanche de carros roubados só consegue operar se tiver respaldo da fiscalização ou da polícia. (...) Para confirmar essa informação, basta verificar a tranquilidade com que os apontadores de jogo do bicho operam nos maiores centros urbanos (MINGARDI, 2007).

Shimizu (2011) alerta para a dependência existente entre os funcionários do estabelecimento prisional e os líderes das facções, haja vista que:

> A instituição penal é estruturalmente incapaz de dominar completamente a massa de internos, a administração é induzida a abrir-se às lideranças informais dos presídios, negociando e fazendo concessões, a fim de manter um nível satisfatório de controle sobre a população sob sua responsabilidade (SHIMIZU, 2011).

O referido autor, citando Boaventura de Sousa Santos, ressaltou o pluralismo jurídico existente em ambientes sociais onde o Estado constituído e organizado não chega, o que possibilita a vigência fática de mais de uma ordem jurídica:

> Seu olhar debruçou-se sobre a existência de regras não oficiais tidas como legítimas e respeitadas de modo geral pela comunidade, sendo tal direito informal gerido pelas lideranças comunitárias e pela associação local de moradores. Tais regras diziam respeito principalmente a questões envolvendo a posse da terra, tendo a comunidade desenvolvido seus próprios meios de solução de conflitos, dada a impossibilidade de acesso às instâncias oficiais. (...). Os moradores da favela eram submetidos a um "estatuto de ilegalidade" (...). A essa comunidade, aliás, o Estado voltava apenas sua face repressiva por meio de ações policiais violentas, em relação às quais pouco ou nada podiam fazer os moradores, desassistidos de qualquer forma de proteção a direitos humanos. A adesão a regras informais, portanto, consistiu em uma solução encontrada pela comunidade local a fim de colocar um termo à violência gerada pela autotutela dos interesses (SHIMIZU, 2011).

A ausência estatal, aliada às péssimas condições carcerárias, terminam, além de disseminar e fomentar a organização de facções criminosas, por delimitar uma condição de total falta de observância aos critérios mínimos da dignidade da pessoa humana. Esse quadro enseja o caos do sistema penitenciário de modo tal a refletir na seara da análise da concretização dos direitos fundamentais, a exigir da Corte Constitucional uma análise conjuntiva da situação, dentro de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Insta ressaltar que o Ministro do STF Marco Aurélio Mello decidiu, em sede de medida liminar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, que o sistema prisional brasileiro vive um estado inconstitucional de coisas, apontando para a situação de claro descumprimento de direitos fundamentais, destacando a necessidade de políticas públicas para sua melhoria, com realização de audiência de custódia, concessão de progressão de regime e livramento condicional mais rápidos, aplicação de medidas cautelares diversas da prisão em detrimento da multiplicação de prisões cautelares.

Assim se manifestou o referido Ministro:

> Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se "lixo digno do pior tratamento possível", sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre (BRASIL, 2015).

O fato de o sistema prisional ficar sob a égide da barbárie traduz o que o filósofo italiano Giorgio Agamben (2004) denominou de "Estado de Exceção", tal qual os exemplos dados por ele em seu livro homônimo. Tomemos o cenário da prisão estadunidense de Guantánamo, com base no *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado americano no dia 26 de outubro de 2001, que permite ao procurador geral requerer a prisão do estrangeiro suspeito de atividades que ponham em perigo a segurança nacional dos Estados Unidos. Há, ainda, o exemplo dado pela situação jurídica dos judeus nos *Lager*[1] da Alemanha nazista de Hitler, numa faceta do chamado Direito Penal do Inimigo, termo cunhado por Gunther Jakobs.

Agamben, quando conceitua o Estado de Exceção, afirma que é "aquilo que se apresenta como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal", e complementa, mais adiante, que "estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito" (AGAMBEN, 2004, p. 15).

Mas o autor não se contenta e torna ainda mais determinado o espaço conceitual do Estado de Exceção, enunciando em forma de teses os resultados obtidos em suas pesquisas genealógicas, trazendo à baila:

> O Estado de Exceção não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas. Portanto, são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o Estado

> de Exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade de fonte jurídica originária, e com a que vê no Estado de Exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou a restauração de um originário estado pleromático do direito (os plenos poderes) (AGAMBEN, 2004).

No caso do sistema prisional brasileiro, resta clara a configuração do Estado de Exceção quando se permite aos próprios presos, mesmo que de forma velada, criarem e aplicarem suas regras de conduta moral e legal dentro do estabelecimento prisional, com sanções que muitas vezes deturpam o próprio ordenamento pátrio. Mostra-se sua condição de exceção por ser algo que é tolerado, aceito e não questionado ou combatido pelo Estado-nação que o "administra", tornando-se, na verdade, uma suspensão interna dos direitos fundamentais coletivos e individuais dos cidadãos brasileiros que ali se encontram e que não podem evocar para si a guarida estatal do ordenamento pátrio vigente no "mundo exterior", pois com a aceitação tácita estatal estão, na verdade, sob o Estado de Exceção formalizado dentro da prisão.

Cumpre aqui destacar que os Direitos Humanos, positivados ou não de maneira expressa, devem conter em sua normatividade uma eficácia e abrangência transnacional, geral e abstrata, de maneira que sua proteção deve ser garantida inclusive pelo Tribunal Penal Internacional, a quem caberia impor sanções ao Estado Brasileiro.

Tal aceitação tácita estatal se dá por sua própria incompetência e falta de interesse político e social de agir de acordo com o que o ordenamento jurídico brasileiro determina. Dispomos de legislações específicas que determinam que haja tratamento humano e ressocializador ao preso, levando em consideração os direitos e garantias individuais elencados na Constituição pátria, com resguardo à dignidade da pessoa humana. Há ainda diversos outros direitos materiais que não são observados e muito menos aplicados, o que evidencia o caos e possibilita surgir o Estado de Exceção aqui descrito.

Cumpre ressaltar o conceito de direito fundamental de petição apresentado por Bonifácio (2008), que dispõe acerca da abertura real de possibilidade ao indivíduo, no âmbito interno, de exigir diretamente a defesa de seus direitos perante os órgãos públicos, resguardando-o de abusos e ilegalidades causadas pela agressão às garantias constitucionais, alimentando e concretizando o acesso à justiça, inclusive garantindo o acesso desse cidadão a uma instância revisional internacional na hipótese de serem malferidos tais direitos e garantias.

Mais uma vez Foucault expressa e necessidade do Estado de possuir corpos dóceis para seu controle e organização, salientando que:

> Nesses esquemas de docilidade, em que o século XVIII teve tanto interesse, o que há de tão novo? Não é a primeira vez, certamente, que o corpo é objeto de investimentos tão imperiosos e urgentes; em qualquer sociedade o corpo está preso no interior de poderes muito apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações. Muitas coisas, entretanto, são novas nessas técnicas. A escala, em modo, como se fosse uma unidade indissociável, mas de trabalhá-lo detalhadamente; de exercer sobre ele uma coerção sem folga, de mantê-lo ao mesmo nível da mecânica – movimentos, gestos, atitude, rapidez: poder infinitesimal sobre o corpo ativo (FOUCAULT, 1997).

Exatamente esta leitura torna possível verificar a completa adequação do conceito de Estado de Exceção ao regime prisional brasileiro, onde aquilo que jamais poderia ser considerado legal está sendo tolerado, e de certa forma legalizado no momento em que nada é feito para sanar esta exclusão social. O Estado de Exceção é o que Agamben delimita como "terra de ninguém", limbo entre o Direito Público e o fato político, e entre a ordem jurídica e a vida.

Assim, não há como negar a existência - e mais: a transparência - desse guerra civil velada e organizada pela Biopolítica**,** na qual o Estado busca dar à sociedade a sensação de segurança simplesmente excluindo a massa carcerária, deixando que a mesma se auto-organize e mais, que exteriorize um "Direito paralelo" ao existente, exarando suas regras de convívio social e até mesmo seu próprio sistema jurídico, capitaneado geralmente por facções criminosas.

Essa inclusão que exclui determina aos encarcerados uma situação aparentemente legal de inexistência de direitos e garantias asseguradas constitucionalmente. Para Agamben, o Estado de Exceção é uma forma da Biopolítica mostrar seu poder e gerir uma situação excepcional de desordem ou guerra civil, onde o Direito é suplantado pela excepcionalidade do Estado e as

regras de convivência e liberdade são suspensas, o que torna ainda mais grave a situação prisional brasileira, mostrando aí a exteriorização do *Homo sacer*.

Ora, resta mais do que evidenciado que o controle estatal sobre a massa carcerária exercida por meio da coerção e coação, limitando-se no aspecto da contenção da liberdade e o medo, sem se preocupar com as questões sociais, legais e constitucionais, dá guarida não só ao Estado de Exceção estabelecido no interior destes estabelecimentos prisionais, como ainda exterioriza a outra face desta conduta, o *Homo sacer* hodierno, aquele que foi privado de seus valores morais, sociais, éticos e humanos, deixado ao julgamento divino, possibilitando o surgimento e ascensão de organizações criminosas violentas e paraestatais.

Para adentrar nesse conceito de *Homo sacer,* é preciso entender a Bioplítica como forma de sobreposição e de ordem emanada do Estado sobre a sociedade, dando a ele a força e a discricionariedade de gerir a vida humana, separando e mostrando, de certo modo, a vida que vale a pena ser vivida, pois "na Biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal" (AGAMBEN, 2007, p. 149).

Martins (2014), que trata sobre a precarização da vida humana e o alastramento da vida nua na sociedade brasileira e a Biopolítica, esmiúça o que vem a ser a Biopolítica e sua influência sobre o *Homo sacer,* de acordo com os conceitos de Agamben, e conclui que:

A Biopolítica se traduz então na verdadeira discricionariedade que possui o poder soberano do Estado de estabelecer se uma determinada vida vale a pena ser vivida, ou se a mesma pode ser eliminada sem que haja qualquer punibilidade envolvendo tal ato de homicídio. A vida nua dependente desta discricionariedade é uma vida sem qual valor e sem qualquer sentido político, tem apenas sentido fisiológico, enquanto corpo em mero funcionamento metabólico e biológico (MARTINS, 2014).

Assim, vê-se claramente que tais conceitos são perfeitamente atreláveis à situação vivenciada pelos encarcerados do sistema prisional brasileiro, pois estão à margem da sociedade, totalmente ignorados pelo Estado. Em sua Biopolítica, terminam por perder seu valor, sua alma, seu conceito humano e a partir daí também passam a desprezar ou menosprezar a vida alheia.

O próprio Agamben traduz em sua obra que

> O sacro se consubstancia no indivíduo que é impuro, e que por este motivo, não é nada além do que uma vida desnuda, uma vida fisiológica, e neste sentido, o autor se utilizará do exemplo do *Homo sacer* romano para justificar que seu status perante a sociedade é de insacrificabilidade, mas que esta insacrificabilidade se resume meramente a um aspecto "sobrenatural" deste ser, que, apesar disso, é matável sem que disto decorra qualquer punibilidade (AGAMBEN, 2007, p. 112).

É facilmente perceptível que essa exclusão, ocasionadora de uma forte desvalorização da figura do ser humano sofrida por estes presos que sobrevivem em condições verdadeiramente sub-humanas, leva ao extremo desta condição de *Homo sacer* hodierno. Este possui em tese e em direito todas as garantias constitucionais para ver resguardados ao menos os direitos básicos de sua sobrevivência e dignidade, mas a conjuntura política e social o deixam à margem de tais garantias, sem se importar com sua condição de humano, transformando-o em indesejável e inssacrificável, passível do julgamento e da decisão divina, mas não do homem.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se percebeu pela análise filosófica, jurídica e social proposta, conclui-se que a situação prisional brasileira é crítica e substancialmente sem solução a curto prazo, pois não se trata de uma situação momentânea de tratamento diferenciado por questões emergenciais, ou que só a superlotação dos estabelecimentos prisionais poderia explicar e justificar. Vai muito mais além.

Esse quadro catastrófico passa pela conduta social e pela Biopolítica adotadas, no sentido de mostrar o Estado que isola e que inclui excluindo quem não o atende ou observa suas regras, sem chance de arrependimento, sem poder ser ouvido ou mesmo visto. E pior: a sociedade não faz questão de ouvir ou enxergar a situação desses indivíduos, o que só agrava o isolamento não só espacial, mas subjetivo, emocional e psicológico da população carcerária em sua condição pessoal.

Tal isolamento gera a necessidade de que os encarcerados se auto organizem e promovam

seu próprio direito, pois ignorados pelo Estado, que - explicitamente ou de forma velada - suspende e nega seus direitos mais protegidos pela Constituição, no claro delineamento de um Estado de Exceção semelhante ao descrito por Agamben em sua obra.

Esse Estado de Exceção possui suas prerrogativas, exclusividades e particularidades, mostrando que os encarcerados, apesar de poderem pleitear, não serão ouvidos em seus protestos ou pedidos por respeito aos seus direitos, pois vivem em outro "Estado", em outra situação legal. Nessa espécie de universo paralelo, os direitos e garantias do "Estado anterior" estão suspensos (ou quem sabe extintos), e não podem ser reativados enquanto seus destinatários estiverem aprisionados. Ficam, assim, à mercê da condição estatal e da política "externa", que mostram uma aparência de legalidade, mas que na verdade constituem uma outra condição jurídica.

E daí se conclui que tais condições tornam o homem encarcerado um indivíduo sem valor social, desprovido de dignidade, direito ou imagem que possa refletir. Um homem inssacrificável, em quem outro humano não pode tocar, ou resolver seu problema, pois ele agora é dever do Divino, ao seu gosto e deleite. Será julgado e terá seu destino decidido não pelo Direito dos homens, pois este não lhe cabe mais. Seus direitos estão suspensos no Estado de Exceção, mostrando-se aí a exteriorização do *Homo sacer*.

Entender tal disposição do estado de coisas inconstitucional, no qual se encontra o sistema prisional pátrio, é uma das formas de partir do entendimento de que somente as políticas públicas voltadas ao real cumprimento das garantias constitucionais podem de fato, ajudar a combater as facções criminosas que assolam o País. A presença estatal, enquanto garantidora dos direitos fundamentais de todos, inclusive dos presos, é a única forma de tirar sua justificativa social de existência e força.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

BONIFÁCIO, Arthur Cortez. *O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347: 0003027-77.2015.1.00.0000/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 11 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón; Teoria del garatismo penal*. Madri: Editorial Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma: Editori Laterza, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1997.

MARTINS, Thiago Penzin Alves. A precarização da vida e o *Homo sacer* brasileiro: o alastramento da vida nua na sociedade brasileira e a biopolítica. In: *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 19, p. 125-138, mar. 2014. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/381. Acesso em: 25 jun. 2020.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado. In: **Estud. av.**, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 51-69, dez. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000300004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 28 jun. 2020.

SHIMIZU, Bruno. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas*. São Paulo: IBCCrim, 2011.

NOTA

1. Termo em língua alemã que denomina os campos de concentração para onde eram enviados os perseguidos pelo regime nazista.

CONSAGRAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS IMPERATIVOS: REAVIVAR O DIÁLOGO ENTRE OS TRIBUNAIS INTERNACIONAL E REGIONAIS*

Catherine Maia
Professora da Universidade Lusófona do Porto (Portugal)
Visiting Professor da Sciences Po Paris (França).

RESUMO

Da análise da jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça e dos tribunais regionais dos direitos humanos europeu, interamericano e africano sob o prisma da consagração da noção de *jus cogens*, surge um diálogo amplamente moribundo entre os juízes. Uma consagração prudente e totalmente autocentrada pelo juiz internacional opõe-se a uma consagração contrastada e amplamente autocentrada pelos juízes regionais.

Palavras-chave

Jus cogens; normas imperativas; direitos humanos, Tribunal Internacional de Justiça; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos; Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

From the analysis of the jurisprudence of the International Court of Justice and of the European, Inter-American and African regional human rights courts under the prism of the consecration of the notion of *jus cogens*, a largely moribund dialogue between the judges emerges. A cautious and totally self-contained consecration by the international judge is contrasting with a heterogeneous and tendentially self-contained consecration by the regional judges.

Keywords

Jus cogens; peremptory norms; human rights; International Court of Justice; European Court of Human Rights; African Court on Human and Peoples' Rights; Inter-American Court of Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

De origem longínqua, a noção de *jus cogens* ou de norma imperativa foi consagrada em direito positivo em 1969, no termo dos trabalhos da Comissão do Direito Internacional (CDI), com a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT). Instrumento de codificação no domínio dos tratados entre Estados, a CVDT dedica várias disposições ao *jus cogens*, entre as quais as duas disposições centrais, os artigos 53 e 64, fornecem uma definição geral focada na sua função.

Destas disposições resulta que uma norma imperativa difere de uma norma ordinária ou dispositiva em certas características: trata-se, em primeiro lugar, de uma norma que não admite qualquer derrogação sob pena de nulidade absoluta; trata-se, em segundo lugar, de uma norma de direito positivo, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, que pode ser alterada por uma nova norma de direito internacional geral da mesma índole.

Porém, destas disposições não resulta um critério de identificação que permita materializar tais normas com um grau de precisão suficiente. Se não era esse o mandato da CDI, uma definição tão geral equivalia a prever uma sanção para uma infração imprecisamente determinada e geria um sentimento de insegurança jurídica junto dos destinatários dessas normas que são os Estados.

Na ausência de uma definição mais precisa, foram apresentados vários exemplos tanto no âmbito da CDI como durante a Conferência de Viena (1968-1969). Tratando-se de normas

que se assemelham a normas constitucionais no sentido material, baseadas na exigência de prevalência dos interesses coletivos da comunidade internacional sobre os interesses individuais dos Estados, rapidamente se tornou evidente que esta noção abrangia diversos direitos humanos, devido à sua importância essencial. Todavia, os redatores da CVDT consideraram preferível deixar de lado a elaboração de uma lista de exemplos para evitar o congelamento de uma noção afigurando-se inerentemente evolutiva, e esperar que o conteúdo destas normas fosse divulgado pela prática dos Estados e dos tribunais internacionais.

No plano da prática estatal, os Estados pouco participaram na divulgação do *jus cogens.* Tanto antes como depois de 1969, é com parcimónia que qualificam como imperativas as normas que aplicam. No plano da prática jurisprudencial, sem pretender à exaustividade, os resultados de uma investigação empírica demonstram que certos direitos humanos foram reconhecidos como imperativos tanto pela jurisdição internacional como pelas jurisdições regionais. Estas jurisdições, formalmente independentes entre si, não iniciaram, nesta matéria, uma real dinâmica de diálogo através de referências cruzadas às suas decisões que poderiam ter contribuído para consolidar a consagração do *jus cogens* ou fornecer precisões quanto à sua substância, seu alcance ou seus efeitos.

Embora a CVDT tenha designado o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) como a jurisdição competente para qualquer litígio relativo à aplicação ou à interpretação do *jus cogens* em razão da autoridade da sua jurisprudência sobre o desenvolvimento do direito internacional, não houve uma centralização da identificação das normas imperativas pelo juiz internacional, que permanece cauteloso e totalmente autocentrado (I). Pelo contrário, houve um movimento de descentralização no qual se inscreveram os juízes regionais, que trabalharam de forma contrastada e amplamente autocentrada na materialização das normas imperativas (II).

2. UMA CAUTELOSA E TOTALMENTE AUTOCENTRADA CONSAGRAÇÃO DO *JUS COGENS* PELO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Na Conferência de Viena, os debates em torno do reconhecimento do *jus cogens* revelaram rapidamente a necessidade de uma determinação objetiva do seu conteúdo por parte do juiz internacional, levando diversos Estados a condicionar a sua aceitação da CVDT ao estabelecimento de uma ligação entre esta noção e o TIJ.

Colocar o TIJ no centro do mecanismo de garantia das normas imperativas apresenta várias vantagens. Estabelecido pela Carta das Nações Unidas, é o "principal órgão judiciário" da ONU. Contrariamente às jurisdições especializadas de outras organizações internacionais cujo campo operatório é limitado pelo seu ato constitutivo, o TIJ é o único tribunal que combina uma competência universal, uma vez que todos os membros das Nações Unidas são partes no seu Estatuto anexo à Carta, e uma competência geral, uma vez que é levado a tomar decisões vinculativas e definitivas para as partes que podem dizer respeito a "qualquer questão de direito internacional". Apesar desta posição privilegiada na ordem jurídica internacional, o TIJ tem sido lento a consagrar o *jus cogens*. Seguindo uma estratégia geral de contornamento (1), as suas posições tardias e limitadas sobre esta matéria foram realizadas no termo de um monólogo (2).

2.1. Uma estratégia geral de contornamento

Devido a um sistema de jurisdição facultativa baseado no consensualismo, que ordena não desagradar ou assustar os Estados com uma noção que pode aparecer demasiado revolucionária, o TIJ implementou uma estratégia geral de contornamento. Tal estratégia conservadora, que ressalta nitidamente da sua jurisprudência, visa evitar qualquer tomada de posição explícita sobre a natureza das normas aplicadas, o que se manifesta de diversas formas.

Em primeiro lugar, o TIJ retransmite a voz de outros atores sem decidir ele próprio a questão do *jus cogens*. Assim, aquando da sua primeira evocação direta do direito imperativo no acórdão de 1986 relativo às *Atividades militares e paramilitares na Nicarágua*, o TIJ salienta que os Estados designam frequentemente a proibição do uso da força como um "princípio fundamental ou essencial", ele cita uma passagem dos trabalhos da CDI qualificando esta proibição como um "exemplo notável" de norma imperativa, e observa que as partes no diferendo admitem esta natureza imperativa sem, no entanto, retomar este qualificativo por sua conta.

Em segundo lugar, o TIJ refere-se apenas ao *jus cogens* quando esta questão não tem qualquer incidência sobre o caso. Neste sentido, no acórdão *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros* de 1997, o TIJ declara: "Nenhuma das Partes alegou que tivessem nascido normas imperativas do direito ambiental desde a conclusão do tratado [litigioso] e, portanto, o Tribunal não terá de considerar o alcance do artigo 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados". É, aqui, com toda a serenidade que o TIJ faz esta alusão, sendo a validade do tratado em causa à luz do *jus cogens* afastada no caso em apreço. Do mesmo modo, no seu parecer consultivo de 2010 sobre a *Declaração de independência do Kosovo*, o TIJ recorda a condenação pelo Conselho de Segurança de certas declarações de independência, explicitando simultaneamente que a sua ilicitude decorria do facto de "serem ou terem sido acompanhadas por um recurso ilícito à força ou por outras violações graves de normas de direito internacional geral, em especial de natureza imperativa (*jus cogens*)". Todavia, este reconhecimento da existência do *jus cogens* é tanto mais inofensivo quanto não é complementado pela identificação de uma norma específica.

O TIJ ainda se esquiva à dificuldade da materialização das normas imperativas fazendo uma interpretação restritiva das questões levantadas nos casos que lhe são submetidos. O seu parecer consultivo de 1996 sobre a *Licitude da ameaça ou do uso de armas nucleares* é sintomático desta autolimitação. Neste caso, o TIJ reconhece como "cardeais" e "intransgressíveis" certos princípios do direito internacional humanitário – a saber, a proteção da população e dos bens civis e a proibição do uso de armas que causam danos supérfluos ou sofrimento desnecessário. Contudo, o TIJ consagra um parágrafo inteiro para justificar a sua recusa em pronunciar-se sobre a natureza imperativa das regras do direito humanitário, indo esta questão além do pedido de parecer formulado.

Por último, o TIJ evita pronunciar a expressão tabu *jus cogens*, preferindo noções edulcoradas à noção original. Neste sentido, é frequente que o TIJ permaneça à beira da imperatividade, enfatizando a natureza fundamental, cardinal, intransgressível ou *erga omnes* de certas normas ou obrigações. Esta prática é antiga e remonta muito antes da consagração do *jus cogens* em direito positivo. Assim, desde o seu primeiro acórdão de 1949, *Estreito de Corfu*, o TIJ afirma a existência de "considerações elementares de humanidade, mais absolutas ainda em tempo de paz do que em tempo de guerra", admitindo assim a natureza absoluta de certos princípios gerais de direito humanitário. Esta valorização normativa encontra-se novamente no parecer consultivo de 1951 sobre as *Reservas à Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio*, em que o TIJ insiste no "objetivo puramente humano e civilizador" da convenção em causa, proclamando que: "[n]ão se pode sequer conceber uma convenção que ofereceria a um maior grau este duplo caráter, uma vez que visa, por um lado, salvaguardar a própria existência de certos grupos humanos, por outro lado, confirmar e sancionar os princípios morais mais elementares".

Além disso, o ano seguinte à adoção da CVDT ficou marcado pelo reconhecimento do conceito de obrigações *erga omnes*, que mantém uma estreita conexão com o *jus cogens*. No seu acórdão *Barcelona Traction*, o TIJ afirma que devem ser distinguidas as obrigações bilaterais e as obrigações dos Estados para com a comunidade internacional. Devido à "importância dos direitos em causa" as obrigações geradas são *erga omnes*, ou seja, "todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico na proteção desses direitos", ilustrando o seu propósito com exemplos de normas geralmente consideradas imperativas, a saber: "a proibição dos atos de agressão e do genocídio, mas também princípios e regras relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo a proteção contra a prática da escravatura e a discriminação racial".

A consagração da existência de obrigações *erga omnes* não permanecerá isolada. Posteriormente, será nomeadamente reiterada: no acórdão de 1995 sobre *Timor-Leste* quanto ao direito dos povos a disporem de si próprios; no acórdão de 1996 sobre a *Aplicação da Convenção sobre o genocídio* quanto à proibição do genocídio; ou ainda no parecer consultivo de 2004 sobre o *Muro no território palestino ocupado* quanto à autodeterminação dos povos e às obrigações decorrentes do direito internacional humanitário.

2.2. Tomadas de posição tardias e limitadas

O TIJ não só evita pronunciar-se acerca da questão do *jus cogens*, como também se pronunciou tardiamente.

Para além da relutância tenaz do TIJ, esta demora deve-se provavelmente também ao facto de os Estados, em razão das incertezas quanto à substância e aos efeitos do *jus cogens*, se terem abstido de o solicitar a respeito da aplicação e interpretação dos artigos 53 ou 64 da CVDT. Tanto quanto sabemos, antes ou depois de 1969, nenhum tratado foi anulado com base na sua violação de uma norma imperativa.

Apesar de o TIJ não ter ficado calado sobre o assunto, foi essencialmente fora da esfera convencional que consagrou a noção. No entanto, as suas tomadas de posição permanecem limitadas uma vez que, até à data, apenas duas normas foram admitidas como imperativas.

Foi apenas em 2006 que o TIJ reconheceu uma norma imperativa pela primeira vez no seu acórdão concernente a *Atividades armadas no território do Congo*. Neste caso, a República Democrática do Congo (RDC) tinha interposto um recurso contra o Ruanda em razão de violações maciças e graves dos direitos humanos e do direito internacional humanitário resultantes de atos de agressão armada perpetrados pelo Ruanda em território congolês. Neste caso, o consenso dos Estados quanto à qualificação imperativa da proibição do genocídio facilitou certamente a sua consagração pelo juiz internacional. Por um lado, a RDC salientava "o reconhecimento do caráter de *jus cogens* à proibição do genocídio na doutrina e jurisprudência recentes", por outro lado, o Ruanda admitia que "as normas codificadas pelas disposições de fundo da Convenção sobre o genocídio [têm] o estatuto de *jus cogens* e criam direitos e obrigações *erga omnes*". Por conseguinte, é sem risco de contestação que o TIJ faz sua esta qualificação.

Embora se pudesse esperar que esta primeira consagração fosse acompanhada de certos desenvolvimentos, o TIJ procede por mera afirmação. A natureza imperativa parece impor-se por si só como uma evidência, pois tal é "certamente o caso da proibição do genocídio", o que dispensa qualquer demonstração. Do mesmo modo, embora, para reforçar a sua tomada de posição, se pudesse esperar referências a outros órgãos judiciais ou quase-judiciais, especialmente ao Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR), o TIJ procede num total isolacionismo.

Se se considerar que o principal objetivo da motivação das decisões judiciais é persuadir os seus destinatários, a saber os Estados, dificilmente se pode dizer que seja convincente neste caso. Contudo, é da mesma forma que o TIJ reafirmará a imperatividade da proibição do genocídio em 2007, quando reitera que "a norma que proíbe o genocídio constitu[i] seguramente uma norma imperativa do direito internacional (*jus cogens*)" e, novamente em 2015, quando recorda que "a proibição do genocídio revest[e] o caráter de uma norma imperativa (*jus cogens*)".

Para além da interdição do genocídio, a proibição da tortura é uma segunda norma qualificada como imperativa pelo TIJ no seu acórdão de 2012 sobre as *Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar*. Desta vez, se a consagração do *jus cogens* é acompanhada de desenvolvimentos visando a demonstrar a prática geral e a convicção dos Estados quanto ao caráter fundamental de uma tal norma, novamente, não é feita qualquer referência a outras decisões judiciais ou quase-judiciais, especialmente ao Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia (TPIJ).

É interessante observar que esta moderação do TIJ contrasta fortemente com a ousadia dos juízes. Estes últimos, tanto nas suas declarações como nas suas opiniões individuais e, sobretudo, dissidentes, não hesitam em tomar posição sobre a índole imperativa das regras pertinentes para os casos julgados. Quer se trate, *inter alia*, do juiz Fernandes no acórdão *Direito de passagem no território indiano* de 1960, asseverando a existência de "regras de *ius cogens* que não podem ser derrogadas por uma prática particular", do juiz Tanaka no acórdão *Sudoeste africano* de 1966, defendendo que "não há dúvida de que o direito relativo à proteção dos direitos humanos pode ser considerado como fazendo parte do *jus cogens*", do juiz Bedjaoui no parecer consultivo sobre a *Licitude do uso de armas nucleares* de 1996, salientando a transformação da fisionomia da sociedade internacional contemporânea onde as regras de *jus cogens* contribuem para uma conceção mais objetiva do direito internacional, dos juízes Simma e Elaraby, respetivamente no acórdão das *Plataformas petrolíferas* de 2003 e no parecer consultivo sobre o *Muro no território*

palestino ocupado, lamentando que o TIJ não tenha qualificado de imperativa a proibição do uso da força armada, ou dos juízes Robinson e Cançado Trindade no parecer consultivo sobre o *Arquipélago de Chagos* de 2019, deplorando que o TIJ não tenha reconhecido a imperatividade do direito dos povos à autodeterminação, a noção de *jus cogens* sempre esteve presente na mente dos juízes.

O juiz Cançado Trindade, em particular, depois de ter impulsionado uma dinâmica ao *jus cogens* enquanto juiz e presidente do Tribunal Interamericano, prossegue essa dinâmica desde 2009 no TIJ, onde continua a desenvolver e defender a noção nas suas opiniões, nas quais cita as decisões de outros órgãos, seja o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos (Tribunal IDH), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Tribunal EDH), a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Comissão ADHP), ou ainda o Comité dos Direitos Humanos.

É certo que as posições dos juízes não têm vocação a refletir a posição oficial do TIJ, cuja jurisprudência apresenta um balanço extremamente modesto em matéria de consagração do *jus cogens*, pois não contribuiu para uma determinação mais precisa da sua substância ou efeitos, nem foi ocasião para reenvios a outros órgãos. No entanto, a frequência das referências entre os juízes augura a possibilidade, no futuro, de desenvolvimentos mais audaciosos, que tirariam o TIJ do seu isolamento.

3. UMA CONTRASTADA E AMPLAMENTE AUTOCENTRADA CONSAGRAÇÃO DO *JUS COGENS* PELOS TRIBUNAIS REGIONAIS

Os Tribunais Europeu, Interamericano e Africano são jurisdições autónomas criadas no âmbito de uma organização regional, cujo objetivo é assegurar o cumprimento das respetivas convenções dos direitos humanos e determinar, nos processos que lhes são submetidos, de forma subsidiária aos tribunais nacionais, se um Estado é responsável por violações dos direitos consagrados regionalmente e, em caso afirmativo, ordenar uma reparação.

Apesar de dissemelhanças ligadas à sua origem e evolução histórica, os sistemas de proteção dos direitos humanos europeu, interamericano e africano estão relativamente próximos pelos textos que os tribunais regionais são chamados a proteger e pelas garantias previstas.

Intercâmbios informais, tais como encontros ou visitas, deram origem ao que tem sido chamado um processo de fertilização cruzada ou recíproca, particularmente entre os Tribunais Europeu e Interamericano, devido à sua maior antiguidade e à inspiração que a jurisdição interamericana tem tradicionalmente encontrado na seu homóloga europeia.

Em matéria de *jus cogens*, no entanto, os tribunais regionais distinguem-se por jurisprudências contrastadas, que vão da cautela para os juízes africano e europeu (1) ao dinamismo para o juiz interamericano (2). Embora este contraste deva a sua razão de ser, em parte, aos casos que lhes são apresentados, é também inegável que estes tribunais regionais desenvolveram, ao sabor de um diálogo largamente moribundo, uma política judiciária mais ou menos ativa.

3.1. A cautela dos juízes africano e europeu

Dos três sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, o sistema africano é aquele cuja jurisprudência é a mais recente e a menos desenvolvida.

O Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (Tribunal ADHP) foi criado pelo Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta ADHP) que estabelece um Tribunal Africano, adotado em 1998 pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana e entrado em vigor em 2004. Nos termos do Protocolo, o Tribunal ADHP pode pronunciar-se sobre as petições que lhe são apresentadas quer pela Comissão ADHP, quer pelos Estados Partes no Protocolo, quer por organizações intergovernamentais africanas, quer ainda por organizações não governamentais gozando do estatuto de observador junto da Comissão ADHP e indivíduos nacionais de Estados tendo emitido uma declaração especial de aceitação da competência do Tribunal ADHP para o efeito.

Até à data, nenhum caso deu lugar a uma consagração explícita de normas imperativas pelo Tribunal ADHP. E é de temer que a retirada, em 2020, da declaração de acesso direto à jurisdição

regional às organizações não governamentais e aos indivíduos por parte do Benim e da Costa do Marfim não vá no sentido de incentivar o Tribunal ADHP a tomar posições audaciosas nesta matéria, podendo o *jus cogens* ser visto como atentatório às soberanias estatais.

Existem, não obstante, alguns elementos do lado da Comissão ADHP que atestam que a noção não é desconhecida do sistema africano.

Em primeiro lugar, é de notar que, ao contrário dos principais tratados de proteção dos direitos humanos (a nível europeu, americano e internacional com o Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos de 1966), a Convenção ADHP não contém nenhuma "cláusula de derrogação" permitindo a suspensão de certos direitos para enfrentar uma situação de emergência nacional ou de circunstâncias excecionais. Longe de ser um descuido no momento da redação, o objetivo é afirmar o respeito pelos direitos humanos não só em tempo de paz, mas também em tempo de crise, frequente no continente africano. Esta singularidade é objeto de uma aplicação estrita por parte da Comissão ADHP, cuja jurisprudência recorda regularmente que a Carta ADHP, no seu conjunto, permanece em vigor independentemente das circunstâncias.

No entanto, nem todos os direitos da Carta ADHP são absolutos, pois alguns contêm cláusulas limitativas que permitem restrições justificadas por considerações de ordem pública. Nesse sentido, em 1999, a Comissão ADHP afirmou no caso *Amnesty International and others c. Sudão* a existência de "direitos ditos intangíveis ou aos quais não se pode derrogar". Se a Comissão ADHP não especifica quais são os direitos em causa, a intangibilidade e a inderrogabilidade aproximam-nos da imperatividade.

Em 2001, a Comissão ADHP considerou igualmente que algumas das garantias relativas ao direito de qualquer pessoa a que a sua causa seja ouvida revestem um caráter inderrogável, enquanto proteção mínima dos cidadãos sujeitos a regimes militares antidemocráticos. Uma vez mais, a terminologia está perto da noção de *jus cogens*.

Em outros casos, a Comissão ADHP faz uma consagração mais explícita. Assim, em 2006, no caso *Open Society Justice Initiative c. Costa do Marfim*, em que o queixoso alegava uma violação da igualdade perante a lei e da igual proteção da lei, a Comissão ADHP remete para a jurisprudência do Tribunal IDH a fim de admitir, com ele, a natureza imperativa dos direitos em causa: "A Comissão identifica uma interconexão intrínseca entre a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei, por um lado, e o direito ao gozo sem discriminação dos direitos garantidos pela Carta, por outro lado. Não é uma interdependência específica à Carta africana. Notavelmente, o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos fusiona estas três prerrogativas jurídicas e trata-as como um princípio único. No seu parecer jurídico OC-18 de 17 de setembro de 2003, o Tribunal conclui que 'o princípio da igualdade perante a lei, da igual proteção da lei e da não discriminação é uma norma de *jus cogens*, porque toda a estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional se baseia neste princípio que transcende qualquer norma'".

A consagração do *jus cogens* permanece, contudo, laboriosa. Em 2011, no caso *Egyptian Initiative for Personal Rights and Interights c. Egipto*, a Comissão ADHP limita-se a afirmar que os queixosos argumentam que a proibição da tortura é uma norma imperativa. Apesar de a Comissão dispor de vários precedentes que conhece, já que se encontram citados em nota de rodapé, esta não retoma o qualificativo por conta própria.

Em 2015, não é pela via jurisprudencial, mas pela via da sua Observação Geral nº 3, que a Comissão ADHP reconhece como norma imperativa "universalmente vinculativa em todo tempo" o direito de não ser arbitrariamente privado da sua vida, consoante uma visão ampla e semelhante à do Tribunal IDH, sem, todavia, que esta seja mencionada.

O balanço do sistema africano no que diz respeito à consagração do *jus cogens* é, portanto, bastante escasso. Isto poderia ser visto como o resultado de instituições ainda jovens. Ora, chega-se à mesma constatação para o sistema europeu mais antigo.

Instituído em 1959, o Tribunal EDH é uma jurisdição regional competente para se pronunciar sobre queixas individuais ou interestatais alegando violações dos direitos enunciados na Convenção EDH de 1950 e seus Protocolos adotados sob a égide do Conselho da Europa agrupando 47 Estados membros. Em mais de 60 anos de existência, o Tribunal EDH proferiu vários milhares de acórdãos. Ora, a

expressão "*jus cogens*" não aparece em nenhum parecer consultivo e apenas em 36 acórdãos, a maior parte das vezes nas opiniões dos juízes, através da citação dos argumentos das partes ou de acórdãos anteriores, o que torna a consagração da noção na jurisprudência europeia muito ténue, para além de tardia.

A primeira referência ao *jus cogens* surgiu em 1971, ou seja, dois anos após a sua consagração pela CVDT, mas unicamente sob a caneta de um juiz na sua opinião separada e de forma inócua. A partir de 2001, encontrar-se-á a expressão sob a caneta de outros juízes, sem, contudo, a identificação de uma norma específica.

Estas tomadas de posição favoreceram certamente o reconhecimento do *jus cogens* pelo próprio Tribunal EDH em 2001. Foi, efetivamente, naquele ano que admitiu, no acórdão *Al-Adsani c. Reino Unido*, que a proibição da tortura é uma norma imperativa. Anteriormente, tal qualificação já tinha sido operada em dois casos aos quais se refere: em 1998, no acórdão *Furundžija* prolatado pelo TPIJ, primeira jurisdição a ter-se apoderado do poder de identificar normas de *jus cogens*, mas também em 1999, no acórdão *Pinochet* proferido pela Câmara dos Lordes britânica. É "com base nestes precedentes jurisprudenciais" que o Tribunal EDH reconheceu que "a proibição da tortura tornou-se uma regra imperativa".

A imperatividade da proibição da tortura será, mais tarde, confirmada. No entanto, a obra de materialização do *jus cogens* mantem-se modesta. Com efeito, embora o reconhecimento da noção já não esteja em dúvida na jurisprudência europeia, são poucas as normas qualificadas como imperativas, com o subsequente reconhecimento da interdição do genocídio em 2007 e do princípio da legalidade no direito penal em 2012.

Ademais, sem dúvida em razão da sua antiguidade, que lhe permitiu dotar-se de um património de precedentes próprios, as referências extra-sistémicas continuam a ser ocasionais e, quando existem, destinam-se a consolidar uma visão restritiva da noção. Por exemplo, no acórdão de 2016 *Naït-Liman c. Suíça*, o Tribunal EDH cita os acórdãos do TIJ de 2006 e 2012, reconhecendo a imperatividade respetivamente da proibição do genocídio e da tortura, para seguir um raciocínio segundo o qual as normas substanciais e as normas processuais não estão no mesmo plano, pelo que as primeiras (mesmo imperativas) não entram em conflito com as segundas (entre as quais consta a imunidade estatal).

A inibição do Tribunal EDH contrasta com a audácia demonstrada na jurisprudência recente não só por alguns juízes nas suas opiniões, especialmente o juiz português Pinto de Albuquerque, mas também pelas partes ou intervenientes terceiros, que mais facilmente utilizam o *jus cogens* a fim de aceitar ou rejeitar esta qualificação para com determinadas normas.

Na realidade, o contingente muito restrito de acórdãos do Tribunal EDH citando referências de outros órgãos judiciais ou quase-judiciais, e especialmente da seu colega interamericana, segue, em matéria de *jus cogens*, a tendência geral. Durante muito tempo, a relação entre estes dois tribunais foi em sentido único, com apenas o Tribunal IDH a citar extensivamente o Tribunal EDH. A partir dos anos 2000, as citações tornaram-se recíprocas: por um lado, sob o efeito do alargamento do Conselho da Europa a novas democracias conhecendo graves violações e levando a um aumento dos recursos, o Tribunal EDH começou a referir-se ao Tribunal IDH, que dispõem de uma jurisprudência avançada em matéria de violações maciças; por outro lado, o Tribunal IDH, confrontado ao longo do tempo com democracias melhor estabelecidas onde são cometidas violações mais pontuais, continua a referir-se ao Tribunal EDH, cuja jurisprudência é mais antiga. No entanto, o Tribunal EDH permanece fundamentalmente um "tribunal no qual o *looking down* – às soluções e práticas dos Estados membros – prevalece sobre o *looking up* – à dimensão internacional da proteção dos direitos". Contrariamente aos seus homólogos regionais, que podem interpretar qualquer instrumento de direitos humanos aplicável na região, o Tribunal EDH tende a elaborar uma ordem jurisprudencial autónoma, cultivando uma perspetiva predominantemente regionalista baseada nos textos europeus e privilegiando conceções jurídicas desenvolvidas pelos tribunais dos Estados membros.

3.2. O dinamismo do juiz interamericano

O Tribunal IDH, por seu lado, destaca-se nitidamente, tanto do TIJ como dos seus homólogos regionais, por uma jurisprudência resolutamente ousada.

Considerando-se como o "relé regional do universal", ela fez, desde o início e ainda hoje, referências regulares a fontes extra-sistémicas, citando amplamente o Tribunal EDH, mas também outros órgãos judiciais ou quase-judiciais, como o TIJ ou o Comité dos Direitos Humanos, e até a jurisprudência de tribunais constitucionais ou supremos dos Estados membros e mesmo de Estados terceiros. Trata-se, para o Tribunal IDH, não só de optar sempre pela interpretação mais favorável aos indivíduos, mas igualmente de convencer os Estados e reforçar a sua autoridade no continente.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi, de facto, lento a ser estabelecido. Foi prevista uma garantia judiciária na Convenção Americana dos Direitos do Homem (Convenção ADH) em 1969. Todavia, o Tribunal IDH só foi criado em 1978, sem permitir um acesso direto aos indivíduos, os quais devem enviar as suas queixas à Comissão ADH. Apenas 24 dos 35 Estados da OEA ratificaram a Convenção ADH e apenas 21 aceitaram a competência do Tribunal IDH, englobando – com a exceção notável do norte do continente (Estados Unidos e Canadá) – países da América Latina que apresentam uma homogeneidade cultural e uma analogia no seu desenvolvimento democrático, marcado por processos de transição nos anos 1990.

Estas difíceis premissas explicam, em parte, por que razão o Tribunal IDH se mostra audacioso. Com menos casos do que o seu homólogo europeu, mas lidando com violações graves e sistemáticas, aproveita todas as oportunidades para recordar aos Estados os seus compromissos na área da proteção dos direitos humanos. Nesta ótica, o recurso ao *jus cogens* pode ser encarado como o desejo do juiz interamericano de lutar contra a impunidade e de enraizar no continente uma cultura democrática respeitadora dos direitos humanos.

Assim, desde o início dos anos 2000, o Tribunal IDH, que habitualmente se refere à jurisprudência do Tribunal EDH, tem vindo a fazer menos referências quando estão em causa normas imperativas. Isso, por uma boa razão. Pois, a partir dessa época, os reconhecimentos de direitos humanos imperativos aumentaram na jurisprudência do Tribunal IDH, ao ponto de ser reconhecido como a jurisdição que mais consagrou normas imperativas e que mais tem feito para consolidar esta noção no direito internacional.

Indireta e diretamente, no âmbito das suas funções contenciosa e consultiva, o Tribunal IAH consagrou diversas normas imperativas em vários casos, alguns dos quais podem ser citados aqui entre os mais significativos da sua jurisprudência.

Em primeiro lugar, as referências indiretas são frequentes, o Tribunal IDH citando os argumentos dos requerentes, testemunhas ou peritos, sem tomar posição, ou contentando-se com uma alusão ao *jus cogens* quando enfatiza o caráter inderrogável ou fundamental de certos direitos.

No seu parecer consultivo de 1997 *Informes de la Comisión Interamericana*, o Tribunal IDH afirma que o TIJ anunciou o advento do *jus cogens* ao reconhecer que princípios humanitários se impõem aos Estados, independentemente das suas obrigações convencionais no seu parecer de 1951 sobre as *Reservas à Convenção sobre o genocídio*.

No seu acórdão de 1999 *"Niños de la calle" c. Guatemala*, o Tribunal IDH cita amplamente a Comissão, que qualificou o direito à vida de norma imperativa. Sem retomar esta qualificação, o Tribunal IDH insiste na importância fundamental deste direito, sem o qual são impossíveis o gozo e exercício dos outros direitos humanos.

No acórdão *Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador* de 2004, o Tribunal IDH cita, entre os argumentos apresentados pelos representantes das vítimas, o facto de os desaparecimentos forçados violarem direitos fundamentais inderrogáveis, constituírem uma afronta à humanidade e serem contrários ao *jus cogens*.

Em seguida, as referências diretas são igualmente abundantes, e são frequentemente reiteradas na linha de uma jurisprudência constante.

Assim, no acórdão *Aloeboetoe y otros c. Suriname* de 1993, em que estava em causa um acordo do século XVIII organizando práticas esclavagistas, o Tribunal IDH observa que, mesmo que tal acordo, celebrado entre uma tribo e um Estado, pudesse ser qualificado de tratado internacional, seria hoje nulo, porque contrário ao *jus cogens superveniens*, reconhecendo implicitamente como imperativa a proibição da escravidão.

No acórdão *Maritza Urrutia c. Guatemala* de 2003, o Tribunal IDH indica que todas as formas de tortura, tanto físicas como psicológicas, são estritamente proibidas. Esta proibição é absoluta e "inderrogável" na aceção do artigo 27(2) da Convenção ADH, ou seja, não pode ser suspensa mesmo nas circunstâncias mais difíceis, como a guerra, a luta contra o terrorismo, o estado de sítio ou de emergência ou outras calamidades nacionais. Além disso, esta proibição pertence hoje ao domínio do *jus cogens*, uma afirmação feita surpreendentemente sem referência ao acórdão *Al-Adsani* do Tribunal EDH proferido dois anos antes.

Desde então, a lista dos direitos humanos imperativos continuará a enriquecer-se, acompanhando-se de precisões quanto aos seus efeitos, com o reconhecimento da imperatividade das seguintes normas: a interdição das execuções extrajudiciais; a proibição de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, sendo tais atos atentatórios à integridade das pessoas; a proscrição dos desaparecimentos forçados ligada ao dever de investigar e punir os responsáveis e ao direito de acesso à justiça para as vítimas e suas famílias com vista a impedir que um sistema de impunidade perdure num contexto de violações maciças; os princípios da igualdade perante a lei e da não discriminação decorrendo diretamente da unidade do género humano e inseparáveis da dignidade da pessoa, a proibição de cometer crimes contra a humanidade impondo ao Estado os deveres de prevenir e sancionar tais violações.

O Tribunal IDH alargou assim progressivamente o campo material do *jus cogens,* principalmente sob o impulso do juiz Cançado Trindade, cujas convicções jusnaturalistas acabaram por conquistar a maioria dos juízes.

Mas o ímpeto dado pelo do juiz brasileiro não se extinguiu após a sua partida para o TIJ em 2009. Pelo contrário, a obra de consagração do *jus cogens* prosseguiu, menos com o reconhecimento de novos direitos do que com a consolidação do leque de direitos já identificados, remetendo menos para referências extra-sistémicas do que para referências principalmente intra-sistémicas.

Desde então, é referindo-se essencialmente à sua própria jurisprudência que o Tribunal IDH tem reiterado incansavelmente que o estatuto de normas imperativas foi alcançado pelas seguintes normas: a proscrição da tortura que é absoluta, a interdição dos desaparecimentos forçados, a proibição da escravatura como crime imprescritível implicando para o Estado a obrigação de investigar e estabelecer as responsabilidades individuais, *incluindo* a escravatura sexual; o princípio da igualdade derivado da unidade da natureza do género humano e inseparável da dignidade da pessoa; o princípio da não repulsão cuja ancoragem no *jus cogens* foi admitida pelos Estados do continente na Declaração e Plano de Ação do Brasil de 2014; a proibição da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; ou o direito à integridade pessoal.

O Tribunal IDH exibe assim uma jurisprudência exuberante com referências às normas imperativas tanto frequentes quanto diversificadas. Ao longo do tempo, consolidou a consciencialização da importância da noção, desenvolvendo simultaneamente os seus efeitos. Mas esta consolidação, devido ao singular dinamismo do juiz interamericano no domínio do *jus cogens*, é marcada por um desfasamento em relação às outras jurisdições que tende a menos citar, uma prática que lhe é familiar noutras áreas, para se referir principalmente à sua própria jurisprudência e cultivar esta especificidade regional.

4. CONCLUSÃO

A análise comparativa da jurisprudência dos tribunais mundial e regionais revela uma obra de divulgação do *jus cogens* simultaneamente modesta e contrastada. Embora o Tribunal ADHP ainda não tenha tido casos que lhe permitissem tomar posição, tanto o TIJ como o Tribunal EDH apresentam uma moderação que contrasta fortemente com o vanguardismo do Tribunal IDH.

Além disso, a consagração jurisprudencial do *jus cogens* faz-se essencialmente numa base isolacionista. Raramente as jurisdições internacional e regionais se citam mutualmente, mesmo nos casos de convergência quanto ao reconhecimento de certos direitos imperativos.

Ora, mais do que qualquer outra norma ou categoria de normas com contornos bem definidos, as incertezas em torno do *jus cogens* tornam incontestavelmente necessária a reativação de um diálogo atualmente amplamente moribundo entre os juízes, a fim de evitar jurisprudências discordantes ou contraditórias quanto à identificação da sua substância e dos seus efeitos. Parafraseando o

juiz Skubiszewski, um tribunal "é o mais fiel à sua função quando, embora permaneça no plano do direito positivo, [tem] em conta as grandes correntes da evolução contemporânea. Uma jurisdição não precisa – e nem sequer deve – retomar uma doutrina de 'ontem', ou pior ainda, de 'anteontem'" ; deve olhar resolutamente para o futuro, a fim de assegurar o desenvolvimento progressivo do direito.

Tendo o *jus cogens* vocação a proteger valores essenciais para a comunidade internacional, no primeiro plano dos quais se encontram os direitos humanos, é certo que esse diálogo só seria benéfico para assegurar o melhor grau de proteção, tanto a nível regional quanto internacional, colocando o juiz como o guardião desta comunidade de valores.

NOTAS

* O presente artigo corresponde à apresentação realizada numa conferência internacional organizada pelo Institut de Recherches sur l'Évolution de la Nation et de l'État (IRENEE), em Nancy (França), em setembro de 2019. As traduções exigidas pelo presente estudo são nossas.

1. Ver CDI, *First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/693, 8 de março de 2016, §§ 18-41.
2. Dos seus 85 artigos, a CVDT dedica os artigos 53 e 64 à definição do *jus cogens* e os artigos 44(5), 65, 66 e 71 ao regime aplicável em caso de violação.
3. Ver sobre este ponto C. Mik, "*Jus cogens* in contemporary international law", *Polish yearbook of international law*, vol. 33, 2013, pp. 37-55.
4. Ver *Anuário CDI*, 1963, vol. I, p. 68.
5. Ver A/CONF.39/11, p. 280.
6. Ver sobre este ponto C. Maia, "De l'exclusion des normes protégeant des intérêts purement étatiques du concept de *jus cogens*", *in Mélanges offerts en l'honneur du professeur Rafâa Ben Achour*, Túnis, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015, pp. 499-523.
7. De um ponto de vista metodológico, a análise empírica apresentada foi focada nas decisões utilizando a expressão "*jus cogens*" proferidas pelo TIJ e pelos tribunais regionais (europeu, africano e interamericano) no exercício das suas funções contenciosa e consultiva. Estas decisões foram identificadas através de uma pesquisa por palavras-chave nos sítios web dos respetivos tribunais e foram depois selecionadas em função da sua pertinência, com uma parte irredutível de arbitrariedade requerida pela exigência de concisão de um trabalho limitado.
8. CVDT, artigo 66(a).
9. Ver: A. Kaczorowska-Ireland, "The International Court of Justice's vision of *jus cogens*", *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 40, 2016, p. 86; C. Maia, "Le juge international au cœur du dévoilement du droit impératif : entre nécessité et prudence", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 83, 2005, p. 2.
10. Carta das Nações Unidas, artigo 92.
11. Estatuto do TIJ, artigo 36(2)(b).
12. TIJ, *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua* (Nicarágua c. Estados Unidos da América), acórdão de 27 de junho de 1986, *CIJ Recueil 1986*, § 190.
13. TIJ, *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungria c. Eslováquia), acórdão de 25 de setembro de 1997, *CIJ Recueil 1997*, § 112.
14. TIJ, *Conformidade da declaração unilateral de independência do Kosovo com o direito internacional*, parecer consultivo de 22 de julho de 2010, *CIJ Recueil 2010*, § 81.
15. TIJ, *Licitude da ameaça ou do uso de armas nucleares*, parecer consultivo de 8 de julho de 1996, *CIJ Recueil 1996*, § 83.
16. TIJ, *Estreito de Corfu* (Reino Unido c. Albânia), acórdão de 9 de abril de 1949, *CIJ Recueil 1949*, p. 22.
17. TIJ, *Reservas à Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio*, parecer consultivo de 28 de maio de 1951, *CIJ Recueil 1951*, p. 23.
18. TIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company* (Bélgica c. Espanha), acórdão de 5 de fevereiro de 1970, *CIJ Recueil 1970*, § 33.
19. *Ibid*., § 34.
20. TIJ, *Timor-Leste* (Portugal c. Austrália), acórdão de 30 de junho de 1995, *CIJ Recueil 1995*, § 29.
21. TIJ, *Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio* (Bósnia-Herzegovina c. Sérvia e Montenegro), acórdão de 11 de julho de 1996, *CIJ Recueil 1996*, § 31.
22. TIJ, *Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado*, parecer consultivo de 9 de julho de 2004, *CIJ Recueil 2004*, § 155.
23. Ver sobre este aspeto C. Maia, "*Jus cogens* et (in)application de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969", *in* T. Garcia, L. Chan-Tung (dir.), *La Convention de Vienne sur le droit des traités : bilan et perspectives 50 ans après son adoption*, Paris, Pedone, 2019, pp. 57-76.
24. TIJ, *Atividades armadas no território do Congo* (RDC c. Ruanda), acórdão de 3 de fevereiro de 2006, *CIJ Recueil 2006*, respetivamente §§ 58 e 60.
25. *Ibid*., § 64. Convém precisar que este reconhecimento explícito foi facilitado pela

partida do juiz francês Gilbert Guillaume, que foi membro do TIJ de 1987 a 2005. No entanto, esta posição hostil ao *jus cogens* encontra-se noutros juízes franceses no TIJ. Ver nomeadamente, no acórdão de 2012 sobre as *Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar*, a opinião individual do juiz Abraham (§ 27) e a opinião dissidente do juiz *ad hoc* Sur (§ 4).

26. A natureza imperativa da proibição do genocídio já tinha sido reconhecida pelo TPIR. Ver *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, caso nº ICTR-95-1-T, julgamento de 21 de maio de 1999, § 88.

27. Na sua opinião individual junta ao acórdão de 2006, o juiz *ad hoc* Dugard manifesta a sua surpresa que este primeiro apoio explícito ao *jus cogens* seja tão tardio e considera que o silêncio prolongado do TIJ é agravado pelo facto de outras jurisdições já terem tomado a iniciativa de reconhecer normas imperativas (§ 5).

28. TIJ, *Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio* (Bósnia e Herzegovina c. Sérvia e Montenegro), acórdão de 26 de fevereiro de 2007, *CIJ Recueil 2007*, § 161.

29. TIJ, *Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio* (Croácia c. Sérvia), acórdão de 3 de fevereiro de 2015, *CIJ Recueil 2015*, § 87.

30. TIJ, *Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar* (Bélgica c. Senegal), acórdão de 20 de julho de 2012, *CIJ Recueil 2012*, § 99.

31. A natureza imperativa da proibição da tortura já tinha sido reconhecida pelo TPIJ. Ver TPIJ, *The Prosecutor Furundžija*, caso nº IT-95-17/1-T, julgamento de 10 de dezembro de 1998, §§ 153-157.

32. TIJ, *Direito de passagem em território indiano* (Portugal c. Índia), acórdão de 12 de abril de 1960, *CIJ Recueil 1960*, opinião dissidente do juiz Fernandes, § 29.

33. TIJ, *Sudoeste africano* (Etiópia c. África do Sul; Libéria c. África do Sul), acórdão de 18 de julho de 1966, *CIJ Recueil 1966*, opinião dissidente do juiz Tanaka, p. 298.

32. TIJ, *Licitude da ameaça ou uso de armas nucleares*, parecer consultivo de 8 de julho de 1996, *CIJ Recueil 1996*, declaração do juiz Bedjaoui, § 13.

35. TIJ, *Plataformas petrolíferas* (Irão c. Estados Unidos de América), acórdão de 6 de novembro de 2003, *CIJ Recueil 2003*, opinião individual do juiz Simma, § 6.

36. TIJ, *Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado*, parecer consultivo de 9 de julho de 2004, *CIJ Recueil 2004*, opinião individual do juiz Elaraby, § 3.1.

37. TIJ, *Efeitos jurídicos da separação do arquipélago de Chagos das Ilhas Maurícias em 1965*, parecer consultivo de 25 de fevereiro de 2019, *CIJ Recueil 2019*, declaração conjunta dos juízes Cançado Trindade e Robinson, § 8.

38. Ver nomeadamente: a opinião dissidente junta ao acórdão de 5 de outubro de 2016 sobre as *Obrigações referentes a negociações para a cessação da corrida por armas nucleares e para o desarmamento nuclear* (Ilhas Marshall c. Reino Unido), §§ 186-187; bem como a opinião dissidente junta ao acórdão de 3 de fevereiro de 2015 sobre a *Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio* (Croácia c. Sérvia), § 83.

39. Uma importante distinção reside, especialmente, no direito de recurso individual, que é automático para o Tribunal EDH, facultativo para o Tribunal ADHP e excluído para o Tribunal IDH.

40. Restrições aos direitos garantidos podem ser introduzidas por lei com intuito de proteger a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública. Em caso de perigo público ameaçando a vida da nação, a suspensão de certos direitos também é possível nos sistemas europeu e interamericano. Sobre o significado destas cláusulas de suspensão para a determinação das normas imperativas, ver C. Maia: "De la signification des clauses de non-dérogation en matière d'identification des droits de l'homme impératifs", *in* R. Ben Achour, S. Laghmani (dir.), *Les droits de l'homme : une nouvelle cohérence pour le droit international?*, Paris, Pedone, 2008, pp. 39-62.

41. Em 18 de julho de 2018, os presidentes respetivos dos Tribunais Interamericano, Europeu e Africano assinaram em San José (Costa Rica) uma Declaração conjunta pela qual foi decidida a criação de um Fórum permanente do diálogo institucional. O primeiro fórum, que foi realizado em 2019 em Kampala (Uganda), pretendeu consolidar o diálogo triangular, institucional e jurisprudencialmente, através da partilha de informações e das melhores práticas.

42. O Tribunal ADHP proferiu o seu primeiro acórdão em 2009. Em 31 de março de 2020, proferiu 90 acórdãos e 12 pareceres consultivos (fonte: en.african-court.org).

43. Em 30 de abril de 2020, apenas 30 Estados ratificaram o Protocolo.

44. Dos 54 Estados membros da União Africana, 9 emitiram essa declaração, entre os quais o Benim e a Costa do Marfim, que anunciaram, respetivamente em 25 de março e 29 de abril de 2020, a retirada das suas declarações, que será efetiva no prazo de 12 meses.

45. Comissão ADHP, *Amnesty International and others c. Sudão*, comunicações 48/90, 50/91, 52/91, 89/93, 15 de novembro de 1999, § 42.

46. Comissão ADHP, *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project c. Nigéria*, comunicação 218/98, 7 de maio de 2001, §§ 26-27.

47. Comissão ADHP, *Open Society Justice Initiative c. Costa do Marfim*, comunicação 318/06, 27 de maio de 2016, § 154. Diz claramente que concorda com esta posição no parágrafo seguinte.

48. Comissão ADHP, *Egyptian Initiative for Personal Rights and Interights c. Egipto*, comunicação 334/06, 1 de março de 2011, § 110. Na nota de rodapé 24 são citados uma observação geral do Comité contra a Tortura e um julgamento do TPIJ.

49. Observação Geral nº 3 sobre a Carta africana dos direitos humanos e dos povos: o direito à vida (artigo 4), 18 de novembro de 2015, § 5.

50. Esta jurisprudência abundante é o reflexo de uma carga de trabalho que aumentou desde o Protocolo nº 11, que impôs aos Estados membros a competência do Tribunal, ao mesmo tempo que introduziu a possibilidade de um recurso individual direto sem a filtragem da Comissão, reforma que foi seguida por um alargamento geográfico do Conselho da Europa.

51. Resultado de uma pesquisa com a expressão "*jus cogens*" na base de dados da jurisprudência do Tribunal EDH relativa aos acórdãos e pareceres em inglês (echr.coe.int, consultado em 30/04/2020).

52. Tribunal EDH, *Ringeisen c. Áustria*, queixa nº 2614/65, acórdão de 16 de julho de 1971, opinião separada do juiz Verdross ("as regras do direito internacional geral relativas ao esgotamento dos recursos internos não fazem parte do *jus cogens*").

53. Ver nomeadamente: *McElhinney c. Irlanda*, queixa nº 31253/96, acórdão de 21 de novembro de 2001, opinião dissidente do juiz Loucaides; *Fogarty c. Reino Unido*, queixa nº 37112/97, acórdão de 21 de novembro de 2001, opinião concordante dos juízes Caflisch, Costa e Vajić.

54. Tribunal EDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, queixa nº 35763/97, acórdão de 21 de novembro de 2001, § 60.

55. Todavia, o Tribunal EDH observa que, contrariamente aos casos *Furundžija* e *Pinochet*, o que está em causa aqui não é a responsabilidade penal de um indivíduo, mas a imunidade de que um Estado continua a gozar perante os órgãos jurisdicionais de outro Estado onde são intentadas ações cíveis com fundamento em alegados atos de tortura (*ibid*., § 61).

56. Ver Tribunal EDH: *Naït-Liman c*. Suíça, queixa nº 51357/07, acórdão de 15 de março de 2018, § 129; *Demir e Baíakara c. Turquia*, queixa nº 34503/97, 12 de novembro de 2008, § 73; *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, queixa nº 8139/09, acórdão de 17 de janeiro de 2012, § 266; *Volodina c. Rússia*, queixa nº 41261/17, acórdão de 9 de julho de 2019, § 8.

57. Ver Tribunal EDH: *Jorgic c. Alemanha*, queixa nº 74613/01, acórdão de 12 de julho de 2007, § 68 (a proibição do genocídio "pertence ao *jus cogens*" sem referência a outras decisões); *Vasiliauskas c. Lituânia*, queixa nº 35343/05, acórdão de 20 de outubro de 2015 (com referências ao TIJ e ao TPIR).

58. Tribunal EDH, *Ilnseher c. Alemanha*, queixas nº 10211/12 e 27505/14, acórdão de 4 de dezembro de 2018, § 75.

59. Tribunal EDH, *Naït-Liman c. Suíça*, queixa nº 51357/07, acórdão de 21 de junho de 2016, §§ 45 e 50.

60. Ver nomeadamente Tribunal EDH: *Sargsyan c. Azerbaijão*, queixa nº 40167/06, acórdão de 16 de junho de 2015, opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque, § 21. Ver igualmente: *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, queixa nº 5809/08, acórdão de 21 de junho de 2016, opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque, à qual se juntaram os juízes Hajiyev, Pejchal e Dedov, §§ 34-35; *Naït-Liman c. Suíça*, acórdão de 21 de junho de 2016, opinião dissidente comum dos juízes Karakaş, Vučinić et Kūris, § 2.

61. Ver nomeadamente Tribunal EDH: *Jones e outros c. Reino Unido*, queixas nº 34356/06 e 40528/06, 14 de janeiro de 2014, §§ 166 e

172 (noção utilizada pelos requerentes); *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, queixa nº 5809/08, acórdão de 21 de junho de 2016 (noção utilizada pelos governos francês e britânico autorizados a intervir no processo).

62. Ver nomeadamente Tribunal EDH, *Marguš c. Croácia*, queixa nº 4455/10, acórdão de 27 de maio de 2014 (§§ 57ss) e *Marguš c. Croácia*, queixa nº 4455/10, acórdão de 13 de novembro de 2012 (§§ 34ss), nos quais o Tribunal EDH cita excertos de várias decisões da Comissão e do Tribunal IDH.

63. T. Groppi, A.M. Lecis Cocco-Ortu, "Les références mutuelles entre la Cour européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme: de l'influence au dialogue ?", *in* L.-R. Basta fleiner, T. Marinkovic (dir.), *Key developments in constitutionalism and constitutional law*, Haia, Eleven International Publishing, 2014, p. 187, nota 48.

64. L. Hennebel, "La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme", *in* L. Hennebel, H. Tigroudja (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 620.

65. Em 31 de maio de 2020, o Tribunal IDH proferiu 402 acórdãos e 26 pareceres (fonte: www.corteidh.or.cr). Para uma análise desta jurisprudência, ver E. Salmón, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011. Sobre algumas das suas especificidades, ver C. Maia, "Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *in* L. Hennebel, H. Tigroudja (dir.), *Le particularisme interaméricain (…)*, *op. cit.*, pp. 271-311.

66. Tribunal IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), parecer consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997, Série A nº 15, § 16.

67. Tribunal IDH, *"Niños de la calle" (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala*, acórdão de 19 de novembro de 1999, Série C nº 63, §§ 139 e 144.

68. Tribunal IDH, *Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, acórdão de 23 de novembro de 2004, Série C nº 118, § 56.

69. Tribunal IDH, *Aloeboetoe y otros c. Suriname*, acórdão de 10 de setembro de 1993, Série C nº 15, § 57.

70. Tribunal IDH, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, acórdão de 27 de novembro de 2003, Série C nº 103, § 92.

71. Tribunal IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Peru*, acórdão de 8 de julho de 2004, Série C nº 110, § 76.

72. Tribunal IDH, *Caesar c. Trinidad e Tobago*, acórdão de 11 de março de 2005, Série C nº 123, § 100.

73. Tribunal IDH, *Goiburú y otros c. Paraguai*, acórdão de 22 de setembro de 2006, Série C nº 153, §§ 84 e 131; *Zambrano Vélez y otros c. Equador*, acórdão de 4 de julho de 2007, Série C nº 166, § 96; *La Cantuta c. Peru*, acórdão de 29 de novembro de 2006, Série C nº 162, §§ 157 e 160.

74. Tribunal IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, parecer consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A nº 18, §§ 100-101; *Masacre de Mapiripán c. Colômbia*, acórdão de 15 de setembro de 2005, Série C nº 134, § 178; *Servellón García y otros c. Honduras*, acórdão de 21 de setembro de 2006, Série C nº 152, § 94; *Yatama c. Nicarágua*, acórdão de 23 de junho de 2005, Série C nº 127, § 184.

75. Tribunal IDH, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, acórdão de 26 de setembro de 2006, Série C nº 154, § 99; *La Cantuta c. Peru*, acórdão de 29 de novembro de 2006, Série C nº 162, § 157.

76. Tribunal IDH, *Azul Rojas Marín y otra c. Peru*, acórdão de 12 de março de 2020, Série C nº 402, § 140; *Valenzuela Ávila c. Guatemala*, acórdão de 11 de outubro de 2019, Série C nº 386, § 180.

77. Tribunal IDH, *García y familiares c. Guatemala*, acórdão de 29 de novembro de 2012, Série C nº 258, § 96; *Osorio Rivera y familiares c. Peru*, acórdão de 26 de novembro de 2013, Série C nº 274, § 112; *Rochac Hernández y otros c. El Salvador*, acórdão de 14 de outubro de 2014, Série C nº 285, § 92.

78. Tribunal IDH, *Miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal c. Guatemala*, acórdão de 30 de novembro de 2016, Série C nº 328, § 216; *Trabajadores de la hacienda Brasil Verde c. Brasil*, acórdão de 20 de outubro de 2016, Série C nº 318, §§ 412-413.

79. Tribunal IDH, *López Soto y otros c. Venezuela*, acórdão de 26 de setembro de 2018, Série C nº 362, § 176.

80. Tribunal IDH, Gutiérrez Hernández y otros c. Guatemala, acórdão de 24 de agosto de 2017, Série C nº 339, § 150; *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo,* parecer consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017, Série A nº 24, § 61.

81. Tribunal IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional,* parecer consultivo OC-21/14 de 19 agosto 2014, Série A nº 21, § 225.

82. Tribunal IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección*, parecer consultivo OC-25/18 de 30 de maio de 2018, Série A nº 25, § 98.

83. Tribunal IDH, *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco c. México,* acórdão de 28 de novembro de 2018, Série C nº 371, *§ 178; Herzog y otros c. Brasil*, acórdão de 15 de março de 2018, Série C nº 353, § 220.

84. Tribunal IDH, *Omeara Carrascal y outros c. Colômbia*, acórdão de 21 de novembro de 2018, Série C nº 368, § 192.

85. É possível também observar que se os tribunais penais internacionais se referem frequentemente à jurisprudência do Tribunal EDH e do Tribunal IDH, o recíproco não se verifica.

86. TIJ, *Timor-Leste* (Portugal c. Austrália), acórdão de 30 de junho de 1995, *CIJ Recueil 1995*, opinião dissidente do juiz Skubiszewski, § 46.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE UN CONTENCIOSO INTERESTATAL ANTE LA CIJ: A PROPÓSITO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL DE LOS DETENIDOS EN EL EXTRANJERO

César A. Villegas Delgado
Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla; Profesor e Investigador invitado en distintas Universidades europeas y latinoamericanas; Ha realizado estancias de investigación en las Universidades Robert Schuman de Estrasburgo, Ámsterdam, Leiden, Helsinki, Bolonia, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado e Internacional de Heidelberg.

RESUMEN

A pesar de no ser un tribunal internacional de derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia se ha venido haciendo cargo, prácticamente desde sus orígenes, de algunos asuntos que giran en torno a la protección del ser humano, tanto en el marco de su competencia contenciosa como consultiva. A pesar de los límites de su propia competencia cuando encara cuestiones jurídicas relativas a los derechos humanos, el principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas está plenamente comprometido con la protección judicial de estos derechos. Un claro ejemplo de lo anterior, lo constituyen los derechos de los detenidos en el extranjero dentro del marco de las garantías del debido proceso legal. El objeto del presente artículo es el de analizar la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia relativa a la aplicación del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y su contribución a la paulatina humanización del Derecho consular, un subsector normativo encargado de regular tradicionalmente relaciones interestatales.

Palabras Clave

Corte Internacional de Justicia; humanización del derecho consular; garantías del debido proceso legal; asistencia consular; derechos humanos.

ABSTRACT

Despite not being an international Court of human rights, the International Court of Justice has settled, practically from its origins, matters related to the protection of the human being, within the framework of its contentious and advisory jurisdiction. Notwithstanding the limits of its own competence when facing legal issues related to human rights, the International Court of Justice is fully committed to the judicial protection of these rights. An example of this would be the guarantees of due process of law of detainees abroad. In this article the author analyzes the jurisprudence of the International Court of Justice regarding the application of article 36.1.b) of the Vienna Convention on Consular Relations and its contribution to the progressive humanization of consular law, a legal sector that has traditionally regulated interstate relations.

Keywords

International Court of Justice, humanization of consular law; due process of law; consular assistance; human rights.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de arreglo jurisdiccional de controversias internacionales establecido en el seno de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), tal como se deduce de su *interna*

corporis, está pensado para dirimir asuntos entre Estados, ni el individuo ni las organizaciones internacionales pueden, por tanto, ostentar la condición de parte ante dicho órgano jurisdiccional. Sin embargo, esta situación no implica necesariamente que las decisiones de aquélla y sus fundamentos correspondientes deban limitarse a un enfoque estrictamente interestatal. En absoluto; los casos varían considerablemente en su contenido y, como ha señalado en reiteradas ocasiones el profesor Cançado Trindade, a lo largo de estas últimas décadas, algunos han atendido directamente la situación de los individuos.

En efecto, y a pesar de no ser un tribunal internacional de derechos humanos, la CIJ se ha venido haciendo cargo, prácticamente desde sus orígenes, de algunos asuntos que giran en torno a la protección del ser humano, tanto en el marco de su competencia contenciosa como consultiva. A pesar de los límites de su propia competencia a la hora de conocer asuntos relacionados jurídicamente con los derechos humanos, con la protección del individuo en el marco de un contencioso interestatal, el principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas está plenamente comprometido con la protección judicial de estos derechos. Un claro ejemplo de lo anterior, como veremos a lo largo del presente trabajo, lo constituyen los derechos de los detenidos en el extranjero dentro del marco de las garantías del debido proceso legal.

El objeto principal de este artículo es el de analizar la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia relativa a la aplicación del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares a fin de comprobar hasta qué punto y en qué medida dicha jurisprudencia habría contribuido a la paulatina humanización del Derecho consular, un subsector normativo encargado de regular tradicionalmente relaciones interestatales pero que en estas últimas décadas, como atestigua la jurisprudencia constante de la Corte, se ha venido abriendo a la posibilidad de reconocer y proteger derechos humanos de particulares.

II. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: *INTERNA CORPORIS* Y DERECHOS HUMANOS

Aunque si bien es cierto que la CIJ -principal órgano jurisdiccional de la Organización de las Naciones Unidas- no es un tribunal internacional de derechos humanos como tal, es posible constatar que desde su creación se ha venido ocupando de algunos asuntos relacionados directamente con la protección del ser humano, tal como se deduce de su jurisprudencia constante, emitida tanto en virtud de su competencia contenciosa como consultiva.

Como es sabido, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34.1 de su Estatuto, sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte. Dicho tribunal, por otro lado, estará abierto a los Estados que hayan ratificado el Estatuto, sin perjuicio de que otros Estados puedan llegar, en ciertos casos, y bajo determinadas condiciones, a acceder a la Corte para dirimir alguna controversia.

En virtud de lo anterior, el individuo -en cuanto tal- no podrá ser parte en los procedimientos ante la CIJ, es decir, que no podrá llevar un caso ante la Corte demandando a un Estado ni siguiendo como parte procedimientos ya iniciados, aunque ello no impedirá que algunas controversias entre Estados puedan tener como base una cuestión jurídica relativa a los derechos humanos. Dichas controversias podrán ser sometidas a la Corte, para que decida conforme al Derecho internacional.

Además de la competencia contenciosa, como es sabido, la CIJ posee una competencia consultiva. Las opiniones consultivas pueden ser solicitadas tanto por la Asamblea General como por el Consejo de Seguridad. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que, en cualquier momento, sean autorizados por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar a la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus respectivas actividades.

Naturalmente, la materia de estas opiniones consultivas puede consistir en una cuestión jurídica vinculada a los derechos humanos, cuya precisión o interpretación haya sido solicitada por quienes están habilitados para hacerlo de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la CIJ, posibilidad vetada, de nuevo, a los particulares.

A pesar de no poseer competencia propia en materia de derechos humanos, lo cierto es que un número no despreciable de tratados internacionales relativos a la protección del ser humano han atribuido competencia a la CIJ para

dirimir las controversias que pudieran suscitarse, entre Estados, respecto de la interpretación o aplicación de sus disposiciones.

Cabe recordar, en este sentido, que la competencia de la Corte se extiende no sólo a los litigios que las partes le sometan y a los asuntos especialmente previstos por la Carta de las Naciones Unidas, sino también a los asuntos previstos en los "tratados y convenciones vigentes" de conformidad con el artículo 36.1 de su Estatuto. Y entre estos tratados y convenciones se incluyen, obviamente, los relativos a los derechos humanos.

Entre los instrumentos jurídicos convencionales para la protección internacional de los derechos humanos que confieren competencias a la CIJ para el arreglo jurisdiccional de controversias -aunque en muchos casos condicionado previamente a la puesta en marcha de algún otro mecanismo, generalmente político como la negociación-, podemos citar, por orden cronológico, los siguientes:

a) la Convención sobre la Esclavitud de 1926, cuyo artículo 8 confería competencias para su aplicación e interpretación a la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, CPJI);

b) la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, en virtud de su artículo IX;

c) el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, en virtud de su artículo 27;

d) la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, de conformidad con su artículo 38;

e) la Convención relativa al derecho internacional de rectificación de 1952, en virtud de su artículo V;

f) la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1953, de conformidad con su artículo IX;

g) la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, en virtud de su artículo 34; h) la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, de conformidad con su artículo 10;

i) la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957, en virtud de su artículo 10;

j) la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, en virtud de su artículo 8;

k) la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, de conformidad con su artículo 14;

l) la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962, de conformidad con su artículo 8;

m) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, en virtud de su artículo 22;

n) el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1966, en virtud de su artículo IV; ñ) la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973, en virtud de su artículo XII;

o) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, en virtud de su artículo 29;

p) la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, de conformidad con su artículo 30;

q) la Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes de 1985, en virtud de su artículo 19;

r) la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del 2000, de conformidad con su artículo 35 y dos de los Protocolos que la complementan: s) el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, en virtud de su artículo 15; y, finalmente,

t) el Protocolo de las Naciones Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, de conformidad con su artículo 20.

En efecto, un total de veintiún instrumentos jurídicos convencionales multilaterales en materia de derechos humanos incorporan cláusulas compromisorias, que atribuyen competencia a la CIJ para dirimir las controversias derivadas de la interpretación o aplicación de sus disposiciones.

No obstante, en la práctica internacional, el recurso a la CIJ como medio para solucionar controversias interestatales relacionadas con los derechos humanos, ha sido muy limitado. Como

han puesto de manifiesto los profesores Salado Osuna y Cançado Trindade la intervención de la Corte en esta materia se ha limitado, básicamente, a tres instrumentos generales de derechos humanos. A saber, la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* de 1948 (Bosnia Herzegovina contra Serbia y Croacia contra Yugoslavia, sentencia de 14 de febrero del 2007; Croacia contra Serbia, sentencia de 3 de febrero de 2015); la *Convención de Naciones Unidas contra la Tortura* de 1984 (Bélgica contra Senegal, medidas provisionales de 28 de mayo de 2009 y sentencia sobre el fondo de 20 de julio de 2012) y, por último, la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* de 1965 (Georgia contra la Federación Rusa, sentencia de 1 de abril de 2011).

A pesar de ello, lo cierto es que la CIJ, tanto en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa como consultiva, se ha pronunciado en más de una veintena de casos sobre algunas cuestiones que han tenido incidencia indirecta –e incluso directa– en la promoción y protección de los derechos humanos.

Para el profesor Cançado Trindade, con quien coincidimos, el hecho de que el régimen del arreglo jurisdiccional de controversias internacionales en el seno de la CIJ esté pensado –como se deduce de su *interna corporis*– para dirimir asuntos entre Estados no significa que las decisiones de aquélla y sus fundamentos correspondientes deban invariablemente limitarse a un enfoque interestatal. En absoluto; los casos varían considerablemente en su contenido y, a lo largo de estas últimas décadas, algunos han atendido directamente la protección de los individuos.

Para dicho autor, ejemplos notables, en este sentido, pueden encontrarse en los siguientes casos resueltos por la Corte: "Nottebohm" ("Liechtenstein v. Guatemala", 1955); "Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants" ("The Netherlands v. Sweden", 1958); "Trial of Pakistani Prisoners of War" ("Pakistan v. India", 1973); "Hostages" (U. Diplomatic and Consular Staff) in Tehran case" ("United States v. Iran", 1980); "East-Timor" ("Portugal v. Australia", 1995); "Application of the Convention against Genocide" ("Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia", 1996); "Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria" (1996); "Armed Activities on the Territory of the Congo" ("D. R. Congo v. Uganda", 2000); los tres casos sucesivos vinculados a la asistencia consular, a saber, "Breard" ("Paraguay v. United States", 1998), "LaGrand" ("Germany v. United States", 2001) y "Avena and Others" ("Mexico v. United States", 2004); "Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite" ("Belgium v. Senegal", providencia de 2009); "Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" ("Georgia v. Russian Federation", 2011); "Temple of Preah Vihear" ("Cambodia v. Thailand", providencia de 2011); "Jurisdictional Immunities of the State" ("Germany v. Italy", 2010-2012); "A.S. Diallo" (República de Guinea v. República Democrática del Congo, 2010); "Jadhav" (India v. Pakistán, 2019).

De entre todos estos casos, queremos hacer una especial mención, dada su relevancia para la protección de los derechos humanos en el marco de un contencioso interestatal, al asunto A.S Diallo (sentencia pronunciada por la CIJ el treinta de noviembre de 2010).

Se trata de un caso que llegó a la Corte como consecuencia de la protección diplomática (interestatal y discrecional) ejercida por Guinea por supuestos ilícitos internacionales cometidos por la República Democrática del Congo en la persona y contra los bienes del Sr. Ahmadou Sadio Diallo. En el curso del procedimiento en cuanto al fondo (etapas escrita y oral), como señala el profesor Cançado Trindade, se pudo ver claramente, tomando como base los argumentos de las propias partes litigantes, que el caso se refería, en realidad, a la protección de derechos humanos.

Como antes señalamos, este asunto es especialmente relevante para el análisis de la protección de los derechos humanos en el marco de un contencioso interestatal porque, por primera vez en su historia, la CIJ determinó la existencia de violaciones a dos tratados internacionales de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, además del artículo 36. 1. b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, como consecuencia de las detenciones de A.S Diallo en la República Democrática del Congo y de su expulsión del país. De igual forma, en un hecho sin precedentes, la CIJ reconoció expresamente en dicha sentencia la jurisprudencia relevante

tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Tribunal Europeo aplicable en la materia.

Lo anterior, constituye un claro ejemplo de la contribución fundamental de la CIJ al desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos y, por otro lado, pone de manifiesto que hoy en día, a pesar de no ser un tribunal de derechos humanos, la Corte está plenamente comprometida con la protección judicial de estos derechos.

A pesar de su alcance limitado como mecanismo contencioso para dirimir controversias interestatales relativas a la protección de los derechos humanos, no hay razón, como asegura el profesor Cançado Trindade, para hacer abstracción de la persona humana en el razonamiento de la Corte; la presencia del factor humano es clave. Como reconoce dicho autor, con quien coincidimos plenamente, esta atención a la persona humana, incluso en el contencioso interestatal ante la Corte, es alentadora, teniendo presente, en perspectiva histórica, que los Estados fueron concebidos y existen para los seres humanos, y no a la inversa.

Ahora bien, y como veremos en el siguiente apartado de nuestro trabajo, existen otros instrumentos jurídicos internacionales que, a pesar de no haber sido concebidos originariamente para proteger derechos humanos, contienen una o varias disposiciones sobre esta materia, previendo, además, la competencia de la CIJ para dirimir las diferencias o controversias sobre su interpretación y aplicación.

Tal sería el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. En efecto, y dentro del marco de la progresiva humanización que ha venido experimentando el Derecho consular, podemos afirmar que, a pesar de que las disposiciones de este subsector normativo se han encargado de regular tradicionalmente relaciones entre Estados soberanos, actualmente, gracias a la influencia del Derecho internacional de los derechos humanos, por un lado, y a la interpretación dinámica-evolutiva de sus normas, por otro lado, se ha llegado a consolidar la tesis, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional, de que la titularidad de algunos de los derechos consagrados por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 no es exclusivamente interestatal, sino también individual.

Como es sabido, el artículo 36 de dicha Convención establece un sistema que permite poner en práctica el mecanismo de asistencia consular, que tendría como finalidad última proteger a un individuo nacional del Estado que envía, mismo que se encuentra privado de libertad en el extranjero. Estaríamos en presencia, por tanto, de un artículo que reconoce, de forma paralela, derechos tanto para el Estado que envía –art. 36. 1 a) y c)– como para el nacional de dicho Estado privado de libertad –art. 36. 1 b)–.

Debemos recordar, en este sentido, que la propia CIJ reconoció, en la sentencia del caso *La Grand* (Alemania contra Estados Unidos), que los derechos contemplados por el artículo 36, párrafo primero, de dicha Convención no son sólo derechos del Estado enviante, sino, también, "derechos individuales de las personas detenidas".

Esta afirmación de la CIJ vendría a poner de manifiesto la gran influencia que ha ejercido sobre el Derecho consular, un subsector normativo tradicionalmente interestatal, la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho internacional contemporáneo. En efecto, el *corpus iuris* del Derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, resoluciones y declaraciones). Su evolución, ha ejercido un impacto positivo en el Derecho internacional contemporáneo, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Dentro del Derecho consular, por ejemplo, la paulatina cristalización del derecho subjetivo a la información sobre la asistencia consular daría testimonio de esta influencia.

Ahora bien, y partiendo de la base de que el fin último de activar el mecanismo de asistencia consular -particularmente el derecho a ser informado sobre la asistencia consular- sería el de proteger al nacional que ha sido privado de su libertad en el extranjero, consideramos necesario, en todo caso, dilucidar la naturaleza de este derecho.

En otras palabras, y como veremos en el apartado siguiente, nos preguntaremos hasta qué punto y en qué medida se podría considerar el derecho individual a obtener información sobre la asistencia consular parte integrante

de las garantías del debido proceso legal y, por tanto, un derecho humano.

III. LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA ASISTENCIA CONSULAR: TRASCENDIENDO EL CARÁCTER INTERESTATAL DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1963

Para formular una respuesta a la pregunta antes planteada tendremos que analizar, necesariamente, la jurisprudencia de los distintos tribunales internacionales que han examinado el alcance y contenido de los derechos consagrados por el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, tanto en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa como consultiva. Por cuestiones metodológicas, analizaremos, dentro del presente apartado, la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CoIDH) como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) para, posteriormente, y dentro del siguiente apartado, examinar la influencia que la labor de estos tribunales regionales de derechos humanos ha ejercido sobre la jurisprudencia de la CIJ en la materia.

En este sentido, resulta ineludible comenzar citando la Opinión Consultiva nº 16/99, de 1 de octubre de 1999, que bajo el título *el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* adoptó la CoIDH, bajo la presidencia del Juez Antonio Cançado Trindade.

Esta Opinión Consultiva, que constituyó el paso previo para la demanda que presentaría México en contra de los Estados Unidos ante la CIJ, fue solicitada el 9 de diciembre de 1997. Dicha consulta estuvo relacionada con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no había informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.

De entre todas las cuestiones apuntadas por la CoIDH al emitir dicha Opinión Consultiva, el 1 de octubre de 1999, centraremos nuestra atención, para efectos del presente trabajo, en lo referente a la titularidad del derecho a la información sobre la asistencia consular; a su relación con la protección de los derechos humanos, especialmente de los derechos de todas aquellas personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; a su consideración como una de las garantías mínimas del proceso legal y su relación con el principio de igualdad. Finalmente, nos referiremos al criterio que aplicó la CoIDH a la hora de determinar cuáles serían las consecuencias jurídicas concretas que la violación de este derecho tendría en aquellos casos de imposición de la pena capital.

Como punto de partida, es preciso señalar que, salvo en lo referente a los efectos legales derivados de la omisión de respetar el derecho a la información sobre la asistencia consular en los casos de pena de muerte, las conclusiones de la CoIDH fueron adoptadas por unanimidad.

En cuanto a la titularidad del derecho a la información sobre la asistencia consular, la CoIDH señaló que dicha prerrogativa, reconocida por la comunidad internacional dentro del *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión*, es un derecho individual del extranjero detenido. En efecto, el precepto es inequívoco, señala la CoIDH, al expresar que "reconoce" los derechos de información y notificación consular a la persona interesada. En esto, el artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y representa, en los términos en que lo interpreta esta Corte en la presente Opinión Consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho internacional en la materia.

Si el Estado que envía decide brindar su auxilio, en ejercicio de los derechos que le confiere el artículo 36 de la Convención de Viena, podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión. Por tanto, afirmaba la CoIDH, la comunicación consular a la que se refiere el artículo 36 antes mencionado, efectivamente, concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquel. Esta es la

interpretación que debe darse a las funciones de "protección de los intereses" de dicho nacional y a la posibilidad de que éste reciba "ayuda y asistencia", en particular, en la organización de "su defensa ante los tribunales".

Ahora bien, respecto a su relación específica con los derechos humanos, sobre todo los de aquellas personas sometidas a cualquier forma de detención, la CoIDH sostuvo categóricamente que el derecho a la información sobre la asistencia consular debía ser reconocido dentro del marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo, pues constituía, en este sentido, un medio para la defensa del inculpado, que repercutía –y en ocasiones decididamente– en el respeto de sus demás derechos procesales.

En otras palabras, para la CoIDH el derecho individual de información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que, además, este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Por lo que respecta al principio de igualdad, la CoIDH recordaba que una de las finalidades últimas de las garantías del debido proceso legal era reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

Por ello, para la Corte, se nombra un traductor para quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley le reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, conforman el conjunto de garantías procesales que integran, a su vez, el debido proceso legal.

A mayor abundamiento, y como ha señalado el profesor Sergio García Ramírez, expresidente de la CoIDH y especialista en Derecho procesal penal, todo extranjero sometido a un procedimiento penal –en especial cuando se vea privado de libertad– debe contar con los medios que le permita un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley le reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que le permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se conviertan en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio.

La ausencia o el desconocimiento de estas garantías, insiste dicho autor, destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanadas con la pretensión de acreditar que a pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que "el fin justifica los medios" y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. En otras palabras, sólo es posible llegar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla.

Ahora bien, si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso de un proceso –con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable– se acudiese al examen y a la constatación de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías, que haría retroceder el desarrollo de la justicia penal. Con este concepto sería posible someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular, la aplicación de torturas, el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían. En definitiva, concluye el ex presidente de la CoIDH, el relativamente nuevo derecho del inculpado extranjero a ser informado sobre el derecho que le asiste a recurrir a la asistencia consular, no es una creación de esta Corte, a través de la OC-16/99. La CoIDH simplemente recoge el derecho establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y lo incorpora en la formación dinámica del concepto de debido proceso legal.

En suma, la CoIDH determinaba que el derecho a ser informado sobre la asistencia consular, contemplado por el artículo 36. 1. b) de la Convención de Viena de 1963, protege derechos humanos del extranjero, más allá del carácter eminentemente interestatal de dicha Convención. En otras palabras, y lejos de reconocer que la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* es un tratado internacional de derechos humanos, que no lo es, lo que admitió, en todo caso, fue que algunas de sus disposiciones pueden concernir a la protección de los derechos humanos con independencia de cuál pueda ser el objeto y fin de dicho tratado.

Esta misma línea argumental, se habría venido abriendo paso dentro de la jurisprudencia del TEDH. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado en esta última década sobre algunas violaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) que implicarían, a su vez, violaciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. En la mayor parte de los casos, la cuestión jurídica de fondo ha estado relacionada con el artículo 6 del CEDH, el derecho a un proceso equitativo, en relación con la extensión de la inmunidad de jurisdicción de las autoridades consulares.

Tan sólo en cuatro casos hasta la fecha el TEDH ha hecho referencia a la asistencia consular a los detenidos en virtud de las disposiciones de la Convención de Viena. En la primera de las sentencias (de 31 de julio de 2012), las referencias se encuentran tan sólo en las alegaciones de parte. La segunda sentencia es la fundamental, pronunciada por la Gran Sala el 13 de diciembre de 2012. En ella la Corte entra de manera directa en la valoración de la violación del artículo 36 de dicha Convención. Esta sentencia sería luego confirmada en un asunto similar contra Italia, el 23 de febrero de 2016, en el que también se alegaba la violación de la Convención como parte de la violación del artículo 5 del CEDH, que regula el derecho a la libertad y la seguridad. Finalmente, se pronunciaría sobre la violación del artículo 36 de la citada Convención, el 19 de enero de 2018, en un asunto contra Bulgaria relativo a la violación del artículo 8 del CEDH, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en perjuicio de un ciudadano francés detenido e incomunicado en Sofía, al que no se le permitió ponerse en contacto ni con sus familiares que vivían en Francia ni con las autoridades consulares de su país de origen.

De entre las cuatro sentencias antes mencionadas, la segunda de ellas, como señalamos, sería la que ocuparía un lugar central en el desarrollo jurisprudencial del TEDH en materia de protección de los derechos individuales consagrados por el artículo 36 de la Convención Viena de Relaciones Consulares de 1963. En el asunto *El Masri contra Macedonia*, el TEDH se pronunciaría de forma contundente sobre la violación del artículo en cuestión en relación con el derecho a la libertad y a la seguridad personal regulado por el artículo 5 del CEDH, es decir, en el marco de las garantías de toda detención como privación de la libertad y seguridad de la persona.

En el análisis del Derecho internacional relevante para el caso que incluye el TEDH en su sentencia, el primero de los textos es el artículo 36 de la Convención Viena de Relaciones Consulares de 1963. Al analizar las condiciones de la detención de *El-Masri* en Skopje, el Tribunal consideró probado que no hubo orden

de detención, no hubo apertura de diligencias judiciales, el demandante no tuvo acceso a un abogado ni le fue permitido contactar con su familia o con un representante de la Embajada alemana "contrariamente a lo que exige el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena sobre relaciones consulares", no pudo hacer alegaciones sobre la legalidad de su detención ante ningún juez o tribunal, y fue recluido en instalaciones extraordinarias fuera del marco judicial y a completa y absoluta disposición de sus captores. Por todo ello y teniendo en cuenta que el gobierno no ofreció explicación alguna para ello, el TEDH sostuvo que "fue objeto de una detención no reconocida, carente de todas las garantías recogidas en el artículo 5 del Convenio, lo que constituye una violación particularmente grave de su derecho a la libertad y a la seguridad garantizado por dicho artículo".

Sin sacar de su contexto ni sobredimensionar este pronunciamiento, como ha señalado la profesora Petit de Gabriel, hay que tener en cuenta que el TEDH ha incorporado en su análisis de las condiciones que hacen que una detención viole el umbral de protección del artículo 5 del CEDH los derechos consulares establecidos en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963. Y si bien es difícil determinar si el TEDH habría establecido una violación del artículo 5 por la sola violación de los derechos del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, no es menos cierto que la gravedad y el cúmulo de circunstancias del caso permitían establecer una clara violación del artículo 5 del Convenio sin siquiera mencionar los derechos consulares. Por ello, considera dicha autora, que no sería un exceso interpretativo ni voluntarismo afirmar que el TEDH entiende que la finalidad de los derechos de asistencia y comunicación consular son parte fundamental del derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad.

En definitiva, podríamos afirmar, a la luz del análisis conjunto de la jurisprudencia de estos dos tribunales regionales para la protección de los derechos humanos, que los derechos consagrados por el artículo 36. 1. b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 forman parte de las garantías del debido proceso legal, teniendo como finalidad última proteger los derechos humanos del extranjero privado de libertad, más allá del carácter eminentemente interestatal de esta Convención.

Ahora bien, y como veremos dentro del siguiente apartado de nuestro trabajo, el criterio interpretativo de estos dos tribunales internacionales en torno a la naturaleza, alcance y contenido del artículo 36.1. b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares habría ejercido cierta influencia en la jurisprudencia de la CIJ en la materia.

IV. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERCHOS (HUMANOS) DE LOS DETENIDOS EN EL EXTRANJERO: VEINTE AÑOS DE EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

El criterio jurisprudencial sentado por la OC-16/99 de la CoIDH en torno a la interpretación del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ha trascendido el marco regional interamericano. En efecto, y a pesar de tratarse de un instrumento que no es jurídicamente vinculante *per se*, dicha Opinión Consultiva habría servido de base para impulsar la jurisprudencia posterior que se habría venido desarrollando en el seno de algunos otros mecanismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales establecidos para la protección internacional de los derechos humanos –particularmente el europeo y el universal– e, incluso, habría influido, como veremos a continuación, en la evolución jurisprudencial de la CIJ en materia de asistencia consular y su vinculación con la protección internacional de los derechos humanos.

Como es sabido, la CIJ ha tenido la oportunidad de pronunciarse en cuatro ocasiones sobre la violación del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, nos referimos a los asuntos *La Grand, Avena*, *Diallo* y *Jadhav*. Es verdad que el primer caso de esta naturaleza fue el asunto *Breard,* pero la CIJ no llegaría a dictar sentencia porque Paraguay retiraría la demanda, tras la ejecución del nacional implicado por parte de los Estados Unidos.

Pues bien, y como antes señalamos, la OC-16/99, emitida por la CoIDH el 1 de octubre de 1999, fue pionera al analizar la conexión existente entre los derechos consagrados por el artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y las

garantías del debido proceso legal reconocidas por los distintos instrumentos jurídicos que formarían parte del Derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, la OC-16/99 sería invocada expresamente ante la CIJ por las partes contendientes en los asuntos *La Grand* (Alemania contra Estados Unidos), *Avena* (México contra Estados Unidos), *Diallo* (República de Guinea contra la República Democrática del Congo) y Jadhav (India contra Paquistán), resueltos en 2001, 2004, 2010 y 2019 respectivamente. Dicha Opinión Consultiva, serviría de apoyo, sobre todo, para los Estados demandantes como veremos más adelante.

En el asunto *LaGrand*, Alemania solicitó a la CIJ la adopción de medidas provisionales para que el Gobierno de los Estados Unidos adoptara todas las medidas necesarias para detener la ejecución de Walter LaGrand hasta que se resolviese la cuestión de fondo de la demanda, e informara a la Corte sobre las medidas adoptadas al respecto. Si bien existen similitudes con el caso *Breard*, la sentencia de la CIJ posee sutiles pero importantes diferencias. Al indicar las medidas provisionales en este caso, la CIJ determinó que el Gobierno de los Estados Unidos debía transmitir la orden al Gobernador del Estado de Arizona, haciendo responsable internacionalmente a los Estados Unidos por la acción de los órganos competentes y de sus autoridades internas ante los compromisos asumidos por el Estado.

No obstante lo anterior, LaGrand fue ejecutado por orden del Gobernador del Estado de Arizona, en un modo de obrar similar al caso *Breard*, a pesar de la alusión directa al Gobierno de Arizona en la orden de medidas provisionales. A diferencia del caso anterior, en el que Paraguay retiró el caso luego de la ejecución de su nacional, Alemania solicitó a la CIJ que resolviese el fondo del asunto, basándose en la obligatoriedad de las medidas cautelares y sobre el incumplimiento en que incurrieron los Estados Unidos. Al respecto, la CIJ, en su sentencia del 27 de junio de 2001, responsabilizó internacionalmente a los Estados Unidos por la violación a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y por omitir la adopción de las medidas tendentes a asegurar la vida de Walter LaGrand, estando pendiente la resolución del fondo del asunto. La Corte argumentó que el objeto y fin de su Estatuto era habilitarla para cumplir sus funciones de forma efectiva y que, por ende, las medidas provisionales revestían un carácter obligatorio. Su decisión se sustentó en el artículo 41 del Estatuto de la CIJ, interpretado en conjunto con los artículos 31 y 33.4 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

En lo que respecta al objeto de nuestro análisis, la CIJ sostuvo que el artículo 36 establece un régimen interrelacionado destinado a facilitar la protección consular, que se inicia estableciendo el derecho de comunicación y acceso; continúa con la notificación consular y culmina con las medidas que pueden adoptar los funcionarios consulares. También consideró que, en virtud de la violación de este artículo por parte de los Estados Unidos, se debía permitir la revisión y reconsideración de las sentencias y las penas impuestas a los hermanos LaGrand, considerando los derechos contemplados por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

Pero, sin lugar a duda, una de las cuestiones más relevantes de esta sentencia fue que, por primera vez, la CIJ reconoció que el artículo 36. 1.b) establece derechos individuales que, en virtud del artículo 1 del Protocolo Facultativo, pueden ser invocados ante dicha Corte por el Estado de la nacionalidad del detenido. Estos derechos, afirmaba la CIJ en su sentencia, fueron violados en el caso *LaGrand* (Alemania contra Estados Unidos). Sin embargo, y en contra de la postura defendida por Alemania apoyándose en el criterio sostenido por la CoIDH en su OC-16/99, la CIJ evitó pronunciarse sobre la naturaleza de derecho humano del derecho a la información sobre la asistencia consular y prefirió hablar de un "derecho individual". En el parágrafo 78 de la sentencia del 27 de junio de 2001, la CIJ dispuso expresamente:

"At the hearings, Germany further contended that the right of the individual to be informed without delay under Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention was not only an individual right but has today assumed the character of a human right. In consequence, Germany added, "the character of the right under Article 36 as a human right renders the effectiveness of this provision even more imperative". The Court having found that the United States violated the rights accorded by Article 36, paragraph 1, to the LaGrand brothers, it does not appear necessary to it to consider the additional argument developed by Germany in this regard".

En efecto, y ante la constatación de la violación del artículo 36.1. b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 por parte de los Estados Unidos en el caso concreto de los hermanos LaGrand, la Corte, saliéndose por la tangente, evitó adentrarse en un debate sumamente complejo que, sin lugar a dudas, dividiría a los propios jueces que la integraban en aquel momento. Nos referimos al debate que gira en torno a la cualidad de derecho humano del derecho a la información sobre la asistencia consular de todas aquellas personas detenidas o privadas de la libertad en el extranjero, así como a su identificación dentro de las garantías del debido proceso legal reconocidas y consagradas por los instrumentos jurídicos que forman parte del Derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, debemos recordar que la CoIDH, en su OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, señaló que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Asimismo, que dicha disposición concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada en la normativa internacional de los derechos humanos. Y, por otro lado, que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) "...permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho [humano] al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del PIDCP; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables".

Sea como fuere, lo relevante de la sentencia en el caso *LaGrand,* para efectos de nuestro trabajo, fue el haber introducido el debate sobre la naturaleza del derecho a la asistencia consular de los nacionales detenidos o privados de su libertad en el extranjero como un derecho humano, no sólo en los círculos académicos-doctrinales sino también en el seno mismo de la labor jurisprudencial de la CIJ. Debate que se retomaría poco tiempo después con motivo de la demanda presentada por México contra los Estados Unidos ante el Tribunal de La Haya, nos referimos al caso *Avena y otros nacionales mexicanos*.

El caso *Avena*, como es comúnmente conocido, constituye el tercer caso sometido ante la CIJ alegando violaciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 por parte de los Estados Unidos. La CIJ resolvió por 14 votos contra 1 que los Estados Unidos habían violado el artículo 36.1. b) de la Convención, al no proporcionar la información consular a los cincuenta y dos nacionales mexicanos que habían sido declarados culpables y condenados a muerte y por no notificar a los funcionarios consulares mexicanos en cuarenta y nueve de estos casos.

Asimismo, la CIJ declaró, por la misma mayoría, que en treinta y cuatro de los casos los Estados Unidos habían violado el artículo 36.1. a) y c) al no permitir a los funcionarios consulares el acceso a los detenidos y disponer los medios para su representación legal. En tres casos en los que todos los procedimientos internos habían sido concluidos, la CIJ sostuvo que los Estados Unidos habían violado el artículo 36.2 de la Convención al aplicar la doctrina del *procedural default rule* e impidieron la procedencia de recursos y garantías procesales ante la falta de notificación consular. Finalmente, la CIJ determinó que los Estados Unidos debían proporcionar a modo de reparación (mediante medios de su propia elección) la revisión y reconsideración de las sentencias que condenaran a los nacionales mexicanos en cuestión, teniendo en cuenta tanto la vulneración de los derechos establecidos en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares como lo dispuesto en los parágrafos 138 a 141 de la sentencia.

En el transcurso del procedimiento, los Estados Unidos reconocieron que la notificación consular no se había efectuado en muchos de los casos de estos condenados, proponiendo así a la CIJ dos cuestiones principales de fondo: en primer lugar, si la Convención de Viena de 1963 impone obligaciones a un Estado respecto de sus ciudadanos con doble nacionalidad y, en segundo lugar, el significado de una notificación "sin demora", a la que entendía como "no inmediatamente y previo al interrogatorio", sino que debía realizarse tan pronto como fuera "razonablemente posible". Por su parte, México solicitó a la CIJ la restauración del *statu quo ante*, así como que declarara a los derechos consulares como derechos humanos y se estableciera un

recurso para aquellas personas cuyos derechos habían sido violados, garantizando la no repetición por parte de los Estados Unidos.

El Estado demandante afirmó también que los Estados Unidos violaron la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares al no proporcionar una justificación creíble y eficaz de las medidas de su propia elección con las que entendió dar cumplimiento al fallo de la Corte. Con relación a la reconsideración de las condenas y sus penas, México se opuso a la aplicación de la doctrina legal del *procedural default rule*, que impide a los tribunales estadounidenses considerar estas demandas. En sus consideraciones, la CIJ ponían de manifiesto su preocupación sobre la aplicación de la doctrina del *procedural default*, que impide la revisión y reconsideración de las condenas y sentencias obtenidas sin la información y notificación consular estipulada en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

El tema central en el caso *Avena* sería, junto a la determinación de la naturaleza de los derechos consagrados por el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la reparación solicitada por México. En efecto, cuando se hace una comparación entre los tres casos incoados ante la CIJ, que se refieren a la aplicación y la interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares –*Breard*, *LaGrand* y *Avena*–, los puntos en común son evidentes: mismos hechos, mismo Estado responsable, mismos argumentos invocados por las partes, *grosso* modo misma respuesta de parte de la Corte. La diferencia, sin embargo, es palpable.

Mientras que en *Breard* y *LaGrand*, los individuos habían sido ejecutados antes de que la Corte pudiera ordenar la reparación que se impone en Derecho internacional, lo que había llevado a la Corte a señalar un tipo de reparación prospectiva para el caso de que se repitieran violaciones del artículo 36, en *Avena*, gracias al respeto de las medidas provisionales ordenadas, los cincuenta y tres condenados permanecieron con vida. Este solo hecho exigía que México buscase la reparación más amplia posible, con base en el Derecho de la responsabilidad internacional del Estado.

Partiendo del principio de que las violaciones del artículo 36 tuvieron como efecto viciar de origen los procedimientos por los que fueron sentenciados los cincuenta y tres mexicanos, y afectaron gravemente las garantías del debido proceso legal, la solicitud en materia de reparación no podía ser otra que la que dicta el Derecho internacional, a saber: la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer el estado que hubiese probablemente existido si dicho acto ilícito no hubiese sido cometido, como dijo en 1928 la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Fábrica de Chorzow*. En última instancia, si México había acudido ante la Corte era porque la reparación indicada en el caso *LaGrand*, o cuando menos la interpretación que de ella dio Estados Unidos, no había permitido, en los casos de los mexicanos condenados a la pena de muerte, que los tribunales de los Estados Unidos concedieran algún tipo de remedio de carácter jurídico. Cuando llegaba a reconocer que había existido violación del artículo 36, el Gobierno de los Estados Unidos se limitaba a presentar disculpas al Estado mexicano, y esto no en todos los casos, o después del fallo *LaGrand*, refería el caso a los mecanismos de clemencia ejecutiva, que no son instancias judiciales sino meros trámites administrativos para suplicar la misericordia del gobernante. En suma, la *restitutio in integrum* que pidió México es algo que estaba dentro de lo materialmente posible y que, teniendo en cuenta el valor de la vida humana, no imponía a Estados Unidos una carga desproporcionada..

Recordemos que la Corte, en el caso *LaGrand*, sostuvo que a los procesados se les negaron sus derechos consulares, fueron objeto de una detención prolongada y condenados a penas graves "correspondiendo a Estados Unidos revisar y reconsiderar la condena con fundamento en la violación de los derechos enunciados en la Convención de Viena".

Al hilo de lo anterior, la CIJ determinó que los Estados Unidos debían proceder, por medios de su propia elección, a una revisión significativa y efectiva de las condenas y sentencias impuestas a los nacionales mexicanos y, asimismo, consideró que la declaración de Estados Unidos garantizando la aplicación de medidas específicas para cumplir con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares era suficiente para satisfacer la solicitud de México de las garantías de no repetición. No obstante, la CIJ destacó que su decisión no podía interpretarse en el sentido de que las conclusiones alcanzadas en el presente

caso no se pudiesen aplicar a otros extranjeros que se encontrasen en situaciones similares en los Estados Unidos. En otras palabras, la CIJ, yendo más allá de su pronunciamiento en el asunto *LaGrand* y como resultado de una evidente evolución de su jurisprudencia, imprimiría al fallo del asunto *Avena* un cierto efecto jurídico hacia terceros de conformidad con el razonamiento contenido en el parágrafo 151 de la sentencia.

Lo anterior resulta especialmente relevante en la medida en que la CIJ estaría reconociendo y otorgando un cierto carácter de generalidad a los derechos consulares de los extranjeros detenidos o privados de su libertad, independientemente de su nacionalidad, en una línea argumentativa que se asemeja mucho al lenguaje perfectamente consolidado en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, dando así testimonio de la progresiva humanización del Derecho consular como hemos venido señalando a lo largo del presente artículo.

En suma, la sentencia dictada en el caso *Avena y otros nacionales mexicanos*, vendría a cerrar la trilogía de demandas presentadas ante la CIJ contra los Estados Unidos por violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 en perjuicio de algunos nacionales extranjeros detenidos y, posteriormente, sentenciados a muerte, algunos de ellos serían ejecutados por el Estado demandado antes incluso de que la CIJ se pronunciara sobre el fondo del asunto, en violación flagrante de la legalidad internacional.

Seis años más tarde, el 30 de noviembre del 2010, la CIJ dictaría sentencia en el asunto Ahmadou *Sadio Diallo* (República de Guinea contra República Democrática del Congo). Aunque si bien es cierto que en este asunto la violación del derecho a la información sobre la asistencia consular ocuparía un papel circunstancial, lo cierto es que la sentencia emitida por la CIJ resulta relevante para nuestro objeto de estudio, es decir, la evolución jurisprudencial de la Corte dentro del marco de la progresiva humanización del Derecho consular, en la medida en que dicho tribunal habría adoptado una aproximación basada en derechos humanos (*human rights approach*) a la hora de determinar la existencia de una violación del marco jurídico internacional por parte de la República Democrática del Congo en contra del Sr. Diallo "como individuo", es decir, sus derechos conforme a los artículos 13 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y 12.4 de la Carta Africana de Derecho Humanos y de los Pueblos, además de su derecho a la asistencia consular.

Dentro de la sentencia en el asunto *Diallo*, es posible constatar la importancia dada por la CIJ a la situación particular de los individuos y al respeto de sus derechos fundamentales en el marco de un asunto contencioso entre Estados. Particularmente interesante, en este sentido, resulta el parágrafo 87 de la sentencia que, textualmente, disponía:

"The Applicant invokes in this connection Article 10, paragraph 1, of the Covenant, according to which: "All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person." Article 7 of the Covenant, providing that "[n]o one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment", and Article 5 of the African Charter, stating that "[e]very individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being", are also pertinent in this area. There is no doubt, moreover, that the prohibition of inhuman and degrading treatment is among the rules of general international law which are binding on States in all circumstances, even apart from any treaty commitments".

Como se desprende de la lectura del parágrafo anterior, la CIJ afirmaría que la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos, crueles y degradantes forma parte del Derecho internacional general y que obliga, por tanto, a todos los Estados al margen de cualquier vínculo convencional. Tal afirmación no resultaría extraña si proviniese de cualquier tribunal internacional para la protección de los derechos humanos, pero, en este caso, se trataba de la CIJ, un tribunal internacional encargado de dirimir controversias entre Estados.

En otras palabras, podríamos decir que en el marco del asunto *Diallo* (República de Guinea contra República Democrática del Congo) los derechos humanos cobraron un protagonismo inusitado en la gran sala de audiencias del Palacio de la Paz de La Haya. Como reconocía el profesor Antonio Cançado Trindade, en su opinión separada en este asunto, la sentencia en el asunto *Diallo* puso de relieve la forma en que la Corte resuelve hoy casos sobre la base del Derecho internacional de los derechos humanos,

algo que igualmente trataba de promover el antiguo Juez de la CIJ Bruno Simma, pero también la actitud de diálogo y colaboración con otros tribunales internacionales para resolver problemas de derechos humanos, como ocurre con la referencia expresa a la jurisprudencia del TEDH y a la de la CoIDH en la materia.

Finalmente, el 8 de mayo de 2017, la India presentaría en la Secretaría de la CIJ una demanda contra la Paquistán por la violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 en perjuicio de uno de sus nacionales. La India sostuvo que las autoridades paquistaníes arrestaron, detuvieron, juzgaron y condenaron a muerte al Sr. Jadhav sin haberle informado sobre su derecho a la asistencia consular y, además, haber violado el derecho de las autoridades consulares indias a ponerse en contacto con el interesado. La India señalaba que Jadhav, ex oficial de la marina, estaba comerciando en Irán, donde fue secuestrado, llevado a Paquistán y juzgado por falsos cargos de espionaje y terrorismo ante un tribunal militar, siendo condenado, en un juicio sumario, a la pena de muerte.

Por su parte, Paquistán afirmaba que Jadhav era un espía, un agente del Ala de Investigación y Análisis (RAW), que trabajaba en Balochistán, desplegando una política oficial de terror patrocinada por la India. Paquistán invocaba, en este caso, motivos de seguridad nacional para denegar el acceso consular al detenido, de conformidad con un acuerdo bilateral que había sido ratificado por ambos países en 2008 en el marco de la lucha contra el terrorismo.

Tras haberse completado las distintas etapas del procedimiento, la CIJ haría pública la sentencia sobre el fondo del asunto el 17 de julio de 2019. En dicha sentencia, que fue adoptada prácticamente por unanimidad -salvo el voto en contra del Juez *ad-hoc* Jillani en cuanto a la admisibilidad y el fondo del asunto-, la CIJ se declaraba competente para conocer del caso en base a lo establecido por el artículo 1 del Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, rechazando las objeciones preliminares planteadas por Paquistán y declarando admisible la demanda presentada por la India.

En cuanto al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la CIJ determinaba que, en efecto, Paquistán había violado las obligaciones derivadas de dicha disposición al no informar sin demora al Sr. Jadhav sobre los derechos que le correspondían en virtud del párrafo 1 (b) de dicho artículo. Asimismo, señalaba la CIJ que Paquistán había violado la misma disposición al no haber notificado sin demora a la correspondiente oficina consular de la India en Paquistán de la detención de su nacional, privando de esta manera a la India del derecho de prestar la asistencia prevista por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares para la persona interesada. De igual forma, Paquistán violó las obligaciones contenidas en los incisos (a) y (c) del artículo 36 de la Convención al privar a la India del derecho a comunicarse con el Sr. Jadhav, a tener acceso consular a él, a visitarlo durante su detención y organizar su representación legal.

Finalmente, y dentro del capítulo de las reparaciones, la CIJ ordenaba a Paquistán informar sin demora al Sr. Jadhav sobre los derechos que le asistían en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y a permitir el acceso de las autoridades de la India a su nacional. Además, la Corte imponía a Paquistán el deber de proporcionar, por un medio de su propia elección, una revisión y reconsideración de la sentencia de muerte impuesta al Sr. Jadhav por un tribunal militar, tras condenarle por la comisión de los delitos de sabotaje y terrorismo. En torno a esta última cuestión, señalaba la CIJ que la suspensión de la ejecución del nacional indio constituía una condición indispensable para la revisión y reconsideración efectiva de su condena.

Una vez más, y en la misma línea establecida por su jurisprudencia anterior, la CIJ determinó, por un lado, que el Estado demandado había incurrido en responsabilidad internacional por haber violado las obligaciones derivadas del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en perjuicio de un nacional extranjero condenado a muerte sin haberle informado debidamente sobre los derechos que le correspondían en virtud de dicha Convención. Por otro lado, la Corte evitaría pronunciarse, como en los dos casos anteriores, sobre la naturaleza de los derechos "individuales" consagrados por el artículo 36 de dicho instrumento jurídico internacional –una cuestión sobre la que la India le había solicitado pronunciarse expresamente–.

Desde esta perspectiva, la sentencia en el caso *Jadhav* supuso una nueva oportunidad

perdida para reconocer, por vía jurisprudencial, que el derecho a ser informado sobre la asistencia consular constituye un derecho humano, que tal derecho forma parte de las garantías del debido proceso legal contempladas por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que su violación, en el marco de la aplicación de la pena capital, comportaría, en última instancia, una contravención del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, tesis que en su momento defendió la India pero que la Corte no estimó finalmente en su sentencia del 17 de julio de 2019.

En su lugar, la Corte estableció, a manera de reparación, la obligación de informar sin demora al Sr. Jadhav sobre sus derechos y proporcionar a los funcionarios indios el acceso consular a dicho particular. Por otro lado, la Corte estimó suficiente, en este caso concreto, dejar en manos de Paquistán la libre elección de los medios para proporcionar al interesado una revisión y reconsideración efectiva de la condena a muerte impuesta por un tribunal militar, estimando, eso sí, que la suspensión de la ejecución del nacional indio constituía una condición indispensable para dicha revisión y reconsideración.

El problema de esta última medida de reparación sería, en nuestra opinión, el de cómo interpretar el término "revisión y reconsideración efectiva de la condena". ¿Supondrá, acaso, que el Sr. Jadhav tendrá que ser juzgado de nuevo, pero esta vez por un tribunal civil en lugar de uno militar para despejar así las serias dudas que existen respecto a la imparcialidad e independencia de dicha revisión y reconsideración? No parece claro que vaya a ser así. El amplio margen de elección de los medios otorgado a Paquistán por la Corte podría implicar, por ejemplo, que ese nuevo juicio se volviese a sustanciar ante el fuero militar y que dicho tribunal llegase a la misma conclusión que aquel que lo condenó previamente a la pena de muerte y, dadas las condiciones de falta de imparcialidad e independencia de la justicia militar de Paquistán, no sería extraño que se llegase a confirmar dicha sentencia, lo que, en nuestra opinión, resultaría inadmisible.

Si, en su lugar, la CIJ hubiese dado un paso al frente admitiendo que el derecho a ser informado sobre la asistencia consular forma parte de las garantías del debido proceso legal –como defendían Alemania, México y la India–, hubiese podido ordenar la anulación de la pena de muerte impuesta a Jadhav porque dicha sentencia habría constituido, además, una violación del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es decir, del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, pero, como hemos señalado anteriormente, esta sentencia supuso una oportunidad perdida para tal efecto.

Al margen de lo anterior, lo cierto es que esta sentencia supuso un sutil avance respecto a la jurisprudencia precedente en la materia. En primer lugar, porque como reconociera en su último informe la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, Agnès Callamard, la Corte, por vez primera, vinculó directamente la denegación de acceso y asistencia consular en los casos de pena de muerte con el derecho a un juicio imparcial, y sugirió, en este sentido, que el acceso a la asistencia consular podría constituir un derecho humano.

En segundo lugar, porque la Corte habría señalado explícitamente en sus resolutivos que la suspensión de la ejecución de Jadhav constituía una condición esencial para la revisión y reconsideración de la sentencia de muerte dictada por el tribunal militar paquistaní, aunque al dejar de nuevo en manos del Estado la libre elección de los medios para hacer efectiva dicha revisión, como lo hizo en los casos *LaGrand* y *Avena*, la protección brindada por la CIJ al nacional indio seguiría situándose en un plano eminentemente formal porque, celebrado nuevamente el juicio, nada podría impedir que se confirmara la aplicación de la pena capital.

En suma, y por los motivos antes señalados, consideramos que la sentencia adoptada por la CIJ en el asunto *Jadhav* fue insuficiente, particularmente en el ámbito de las reparaciones ordenadas, dada la naturaleza de derecho humano del artículo 36.1. b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y que en el caso concreto de Paquistán bien podría ser calificado como una garantía absoluta del debido proceso legal, cuya violación comportaría la nulidad de la sentencia impuesta por ser contraria, además, al derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida. Pero, desafortunadamente, la CIJ desaprovecharía esta oportunidad para ubicar definitivamente el derecho a la información sobre la asistencia consular dentro del marco conceptual de las garantías del debido proceso legal y, por tanto, de los derechos humanos

que deben reconocerse y respetarse, bajo toda circunstancia, a aquellos individuos que han sido detenidos en el extranjero.

Al margen de este retroceso puntual, queremos resaltar que entre la sentencia del caso *LaGrand* y la sentencia del asunto *Jadhav*, se habría venido experimentando un cambio, una evolución de la línea jurisprudencial de la CIJ en torno a la posición del ser humano y a la protección de sus derechos en el marco de un contencioso interestatal. Desde nuestra particular apreciación, esta evolución podría ser atribuida, en gran parte, a lo que hemos denominado el "factor humano" en la integración de la propia CIJ.

En este sentido, consideramos importante recordar, aunque parezca una obviedad, que detrás de los tribunales internacionales están los jueces que son personas. Esta afirmación resulta esencial para hablar de la existencia de principios comunes no sólo a los tribunales internacionales, como instituciones, sino también a los jueces internacionales como personas. En nuestra opinión, será precisamente este "factor humano", sobre la base de consideraciones eminentemente sociológicas, el que nos ayudará a comprender la paulatina evolución de la línea jurisprudencial de la CIJ en estos últimos veinte años, evolución que gira en torno a la posición del individuo y sus derechos ante una instancia jurisdiccional internacional destinada a dirimir controversias interestatales.

Desde nuestro punto de vista, el factor humano en la integración de la CIJ nos ayudará a comprender cómo dicho tribunal, progresivamente, ha ido adoptando un enfoque basado en derechos humanos al analizar, entre algunas otras cuestiones, el derecho a la información sobre la asistencia consular de todas las personas detenidas o privadas de libertad en el extranjero, como veremos a continuación.

En el año 2001, cuando se adoptó la sentencia en el asunto *LaGrand* (Alemania contra Estados Unidos) la CIJ estaba integrada por los siguientes jueces: presidente Guillaume; vice-presidente Shi; Oda, Benjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijjmans, Rezek, Al-Khasawneh y Buergenthal. Al resolver el asunto, y en contra de la postura defendida por Alemania quien se apoyaba en el criterio sostenido por la CoIDH en su OC-16/99, la CIJ evitó pronunciarse sobre la naturaleza de derecho humano del derecho a la información sobre la asistencia consular porque, constatada la violación del artículo 36.1.b) por parte de los Estados Unidos, no consideró pertinente entrar en este debate a la hora de resolver el fondo del asunto y se limitó a señalar que, en efecto, dicho Estado había violado los "derechos individuales" otorgados por la Convención a los hermanos LaGrand.

Lo que resulta extraño, es que entre aquellos jueces de la CIJ se encontraba un expresidente de la CoIDH, el Juez Thomas Buergenthal, quien no se pronunció al respecto aun cuando la parte demandante hacía suyo el razonamiento emitido por la CoIDH dentro de su OC-16/99, en la que señalaba claramente que el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena concernía a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y estaba integrada en la normativa internacional de los derechos humanos. Y, por otro lado, que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) "...permitía que adquirieran eficacia, en los casos concretos, el derecho [humano] al debido proceso legal consagrado por el artículo 14 del PIDCP".

También resulta sorprendente que el Juez Buergenthal emitiera una opinión disidente al fallo de la CIJ y que en dicha opinión no recogiera referencia alguna al debate planteado por Alemania en torno a la naturaleza de derecho humano de la asistencia consular, ni se refiriera en absoluto a la OC-16/99 emitida por la CoIDH el 1 de octubre de 1999. En nuestra opinión, el Juez Buergenthal, habiendo sido presidente la CoIDH, tendría que haberse pronunciado al respecto, si por el motivo que fuese no hubiese podido centrar la atención del resto de los jueces de la Corte sobre este debate en las deliberaciones que se llevaron a cabo para adoptar la resolución, al menos podría haber reflejado su postura dentro de la opinión disidente que emitió en su momento, que aunque si bien es cierto no cambiaría el sentido de la decisión, sí que podría haber servido como precedente para casos similares que llegaran a plantearse ante la CIJ en un futuro y que versaran sobre la misma cuestión.

En el año 2004, cuando se adoptó la sentencia en el asunto *Avena y otros nacionales mexicanos* (México contra Estados Unidos) la CIJ estaba integrada por los siguientes jueces: presidente Shi; vice-presidente Ranjeva; Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins,

Parra-Aranguren, Kooijjmans, Rezek, Al-Khasawneh, Burgenthal, Elaraby, Owada, Tomka y Sepúlveda Amor como Juez *ad hoc*. Es decir, tres jueces nuevos y un Juez *ad hoc*, respecto a la constitución del año 2001. De nuevo, el único Juez de la CIJ que previamente se había desempeñado como Juez de un tribunal internacional de derechos humanos, llegando a presidirlo incluso, era el Juez Thomas Buergenthal, quien ya en el asunto *LaGrand* había dejado claro que el debate en torno a la naturaleza de derecho humano de la asistencia consular no era trascendental.

Como oportunamente señalara el Embajador Juan Manuel Gómez Robledo, cualquiera que conozca el *modus operandi* de la Corte tiene claro que el máximo tribunal internacional no suele cambiar sus criterios de forma radical, especialmente cuando tales criterios son recientes y cuando versan sobre asuntos en los que los aspectos de invasión en la esfera que pertenece a la jurisdicción interna pesan tanto en el ánimo de una de las partes. En efecto, el criterio de la Corte no cambiaría al respecto.

En este sentido, la CIJ aplicaría al caso de los nacionales mexicanos sentenciados a la pena de muerte en los Estados Unidos el mismo criterio jurisprudencial que había dejado sentado en la sentencia del caso *LaGrand* tres años antes. En este asunto, como en el anterior, la Corte no consideró oportuno atender la petición de México en el sentido de pronunciarse sobre la naturaleza de la asistencia consular como un derecho humano, toda vez que, como señalara la Juez Rosalyn Higgins, determinar si los derechos individuales contenidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares son derechos humanos, no era materia que la CIJ tuviese que decidir en el contexto del caso *Avena*.

En el año 2010 cuando la CIJ adoptó la sentencia en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea contra República Democrática del Congo), dicho tribunal estuvo integrado por los siguientes jueces: presidente Owada; vicepresidente Tomka; Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood; jueces *ad hoc* Mahiou, Mampuya. Es decir, diez nuevos jueces respecto al año 2004, únicamente los jueces Owada, Tomka y Sepúlveda-Amor integraban la Corte cuando se adoptó la sentencia en el caso *Avena y otros nacionales mexicanos*.

Finalmente, en el año 2019, cuando adoptó la sentencia en el asunto *Jadhav* (India contra Paquistán), la Corte estuvo integrada por los siguientes jueces: presidente Yusuf; vicepresidente: Xue; Tomka, Abraham, Bennouna, Cançado Trindade, Donoghe, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian, Salam, Iwasawa; juez *ad hoc* Jillani. Nuevamente, entre el 2010 y el 2019, diez nuevos jueces integraron la Corte, únicamente los jueces Yusuf, Tomka, Abraham, Bennouna y Cançado Trindade integraban la Corte cuando se adoptó la sentencia en el caso *Ahmadou Sadio Diallo*.

Otro dato interesante, que no debemos perder de vista en el marco de lo que hemos denominado "factor humano", es que entre esos diez nuevos jueces se encontraban algunos especialistas en derechos humanos, provenientes tanto de la academia como del ejercicio de altas funciones jurisdiccionales internacionales.

Particularmente, nos referiremos a tres de ellos. En primer lugar, al Juez Ronny Abraham, quien posee una dilatada trayectoria en el ámbito de los derechos humanos, llegando a ser titular de la cátedra de dicha especialidad en la Universidad Paris II Panthéon-Assas, así como agente del Estado francés en varios asuntos ante el TEDH y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, además de haber representado a Francia en varias Conferencias internacionales donde se negociarían tratados internacionales de derechos humanos. Dicho Juez presidiría la CIJ entre los años 2015 y 2018.

En segundo lugar, queremos destacar la presencia del Juez Bruno Simma, quien es también un reconocido especialista en la materia, habiendo integrado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas entre 1987 y 1996. Ahora bien, resulta especialmente relevante para nuestro estudio destacar que dicho Juez fungió como Agente del Gobierno alemán ante la CIJ en el asunto *LaGrand* contra los Estados Unidos en el que, como hemos señalado en repetidas ocasiones, se planteó por vez primera ante la Corte la naturaleza del derecho a la asistencia consular como un derecho humano. Finalmente, y como es de sobra conocido por los iusinternacionalistas, el Curso General que dictó en la Academia de Derecho Internacional

de La Haya en el verano del 2009 versó sobre "el impacto de los derechos humanos en el Derecho internacional". En su Curso General, el Juez Simma analizaba, entre otras cuestiones, el "encause" del Derecho convencional de los derechos humanos en la labor de la CIJ, el empleo de obligaciones positivas de derechos humanos de prevención por parte de dicho tribunal, la atribución de responsabilidad internacional por las violaciones de derechos humanos cometidas por actores no estatales, la relación entre los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario o algunos aspectos de la responsabilidad estatal por violaciones de derechos humanos.

En tercer lugar, nos referiremos al Juez Antonio Augusto Cançado Trindade, cuya prolífica trayectoria en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos es de sobra conocida. El Juez Cançado Trindade es uno de los máximos referentes del denominado proceso de humanización del Derecho internacional tanto en la doctrina como en el ejercicio de la alta función jurisdiccional. En la Academia de Derecho Internacional de La Haya dictó el Curso General de Derecho Internacional Público (sesión de 2005, publicado en los volúmenes 316 y 317 del *Recueil des Cours*) que llevó por título, precisamente, "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium". En el ámbito institucional ha sido Juez, presidente y vicepresidente de la CoIDH, Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Miembro del Instituto de Derecho Internacional, Miembro del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, entre algunas otras membresías.

Ahora bien, para efectos de nuestro trabajo, lo más relevante sería que cuando el actual Juez de la CIJ presidió la CoIDH fue adoptada la Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999, relativa al *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*.

En definitiva, el "factor humano", es decir, el factor que se refiere a la composición de los tribunales internacionales por personas entre las cuales pueden existir principios, visiones, entendimientos, interpretaciones o criterios comunes derivados, por ejemplo, de una formación jurídica afín, de una experiencia profesional similar o, incluso, de una historia vital semejante, podría ayudarnos a comprender la paulatina evolución de la línea jurisprudencial de la CIJ en estos últimos veinte años, que gira en torno a la posición del individuo y sus derechos ante una instancia jurisdiccional encargada de dirimir controversias interestatales.

Particularmente, entre la sentencia del caso *Avena y otros nacionales mexicanos* de 2004 y la sentencia del asunto *Ahmadou Sadio Diallo* de 2010, hemos podido constatar un cambio, una evolución de la línea jurisprudencial de la CIJ en torno a la posición del ser humano y a la protección de sus derechos en el marco de un contencioso interestatal. Este cambio de criterio podría trasladarse también al ámbito del derecho a la asistencia consular de todas las personas detenidas o privadas de libertad en el extranjero.

Detrás de este cambio de perspectiva se encuentra, en nuestra opinión, la confluencia dentro de la CIJ de tres especialistas en derechos humanos, nos referimos, en concreto, a los jueces Ronny Abraham, Bruno Simma y Antonio Augusto Cançado Trindade, quienes con su actitud y su talante, han dado un impulso a la posición del individuo y a la defensa de sus derechos en el seno de un tribunal internacional que, conforme establece su Estatuto, es competente para conocer exclusivamente sobre controversias que surjan entre Estados.

De hecho, el Juez Cançado Trindade en sus votos separados a las sentencias de la CIJ en los asuntos *Diallo* y *Jadhav*, dedica numerosos epígrafes a desarrollar lo que denomina "la construcción jurisprudencial del derecho a la información sobre la asistencia consular en el universo conceptual de los derechos humanos". El Juez Cançado Trindade, critica la actitud "escapista" adoptada por la CIJ dentro de las sentencias *LaGrand* y *Avena* al no haberse pronunciado sobre la naturaleza del derecho a la información sobre la asistencia consular, cuestión que expresamente le habían solicitado Alemania y México.

En su voto separado, el Juez Cançado llega a la conclusión de que, haciendo suyo –como no podría ser de otra forma– el razonamiento de la OC-16/99 de la CoIDH, el derecho a la información sobre la asistencia consular es un derecho humano y que su incumplimiento por parte del Estado obligado en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares afecta ineludiblemente a las garantías judiciales en el marco del debido proceso legal.

A pesar de que, como es sabido, las convicciones expresadas por el Juez Cançado Trindade en sus votos particulares no formen parte de las sentencias emitidas por la CIJ en los asuntos *Diallo* y *Jadhav*, lo cierto es que dichas afirmaciones han quedado agregadas a las mismas (dentro de sus votos separados), constituyendo, por tanto, un importante precedente en la materia para los casos futuros, cosa que no hizo en su momento el juez Thomas Burgenthal y que hubiese sido muy valioso para seguir avanzando en el reconocimiento de los derechos del individuo en el marco de un contencioso interestatal ante la CIJ.

V. CONCLUSIONES

Después de haber analizado la incidencia de los derechos humanos dentro de la jurisprudencia de la CIJ referente a las garantías del debido proceso legal de los detenidos en el extranjero, en el marco de un contencioso interestatal, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Primera, a pesar de que, como se deduce de su *interna corporis*, la CIJ no es un tribunal internacional de derechos humanos, no podemos ignorar que, prácticamente desde sus orígenes, se ha venido ocupando de algunos asuntos relacionados directamente con la protecci**ón** *del ser humano* tal como se deduce de su jurisprudencia constante, emitida tanto en virtud de su competencia contenciosa como consultiva. En efecto, como es sabido, veintiún tratados multilaterales en materia de derechos humanos han incorporado cláusulas compromisorias, que atribuyen competencias a la Corte para dirimir las controversias derivadas de la interpretación o aplicación de sus disposiciones. A pesar de que esta posibilidad se ha limitado, en la práctica internacional, a tres instrumentos generales de derechos humanos -la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* de 1948, la *Convención de Naciones Unidas contra la Tortura* de 1984 y la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* de 1965- lo cierto es que tanto en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa como consultiva, la Corte se ha pronunciado en más de una veintena de casos sobre algunas cuestiones que han tenido incidencia indirecta –e incluso directa– en la promoción y protección de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte ha contribuido, en este sentido, a reconocer estándares internacionales o principios generales tanto en materia de derechos humanos como de Derecho internacional humanitario, identificando, incluso, una serie de principios intangibles, de *ius cogens*, con efectos *erga omnes*, todos ellos vinculados a los derechos humanos.

Segunda, a pesar de que las disposiciones del Derecho consular se han encargado de regular tradicionalmente relaciones entre Estados soberanos, actualmente, gracias a la influencia del Derecho internacional de los derechos humanos, por un lado, y a la interpretación dinámica-evolutiva de sus normas, por otro lado, se ha llegado a consolidar la tesis, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional, de que la titularidad de algunos de los derechos consagrados por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 no es exclusivamente interestatal, sino también individual. Tal sería el caso del derecho a la información sobre la asistencia consular contemplado por el artículo 36. 1.b) de dicha Convención. En efecto, y a la luz del análisis conjunto de la jurisprudencia tanto de la CoIDH como el TEDH, podemos afirmar que los derechos consagrados por el artículo 36. 1. b) forman parte de las garantías del debido proceso legal, teniendo como finalidad última proteger los derechos humanos del extranjero privado de libertad, más allá del carácter eminentemente interestatal de esta Convención.

Tercera, el criterio jurisprudencial sentado por la OC-16/99 de la CoIDH -en torno a la interpretación del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena- ha trascendido el marco regional interamericano. Dicha Opinión Consultiva, como hemos podido ver a lo largo del presente trabajo, habría influido en la evolución jurisprudencial de la CIJ en materia de asistencia consular y su vinculación con la protección internacional de los derechos humanos. Respecto a esta cuestión particular, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en cuatro ocasiones, nos referimos a los asuntos *La Grand* en 2001, *Avena* en 2004, *Diallo* en 2010 y *Jadhav* en 2019. Particularmente, entre la sentencia del caso *Avena* y la sentencia del asunto *Diallo* hemos podido constatar una evolución de la línea jurisprudencial de la CIJ en torno a la posición del ser humano y a la protección de sus derechos en el marco de un contencioso interestatal.

Cuarta, detrás de esta evolución se encuentra, en nuestra opinión, la confluencia dentro de la CIJ de tres especialistas en derechos humanos, nos referimos, en concreto, a los jueces Ronny Abraham, Bruno Simma (hasta 2012) y Antonio Augusto Cançado Trindade, quienes con su actitud y su talante han dado un impulso a la posición del individuo y a la defensa de sus derechos en el seno de un tribunal internacional que, conforme a su *interna corporis*, es competente para conocer exclusivamente sobre controversias interestatales.

Particularmente, queremos destacar la figura del profesor Cançado Trindade pues, como es sabido, fue él quien presidió la CoIDH cuando en 1999 se adoptó la OC/16-99 y es él quien a lo largo de estas dos últimas décadas ha venido defendiendo la tesis, que compartimos plenamente, de que el derecho a la información sobre la asistencia consular es un derecho humano y que su incumplimiento por parte del Estado afecta ineludiblemente a las garantías judiciales en el marco del debido proceso legal. Los votos separados del profesor Cançado Trindade a las sentencias de los asuntos *Diallo* y *Jadhav* dan cuenta de la construcción jurisprudencial del derecho a la información sobre la asistencia consular en el universo conceptual de los derechos humanos. Dichos votos, constituyen un valioso legado que permitirá seguir profundizando en el proceso de humanización del Derecho consular.

REFERENCIAS

CANÇADO TRINDADE, A. A., "El deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: génesis, evolución, estado actual y perspectivas", JA 2013-I. fascículo nº 10, 2013.

_____ *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª ed, Del Rey, Belo Horizonte, 2015.

_____ La Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les Droits Intangibles, en *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Redacteur Daniel Premont, CID, Bruylant, Bruxelles, 1996

_____ "Reflexiones sobre la presencia de la persona humana en el contencioso interestatal ante la corte Internacional de Justicia: desarrollos recientes", en *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco, nº 17, 2017.

_____ "The Humanization of Consular Law: the impact of Advisory Opinion nº 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice", en *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, nº 1, 2007.

COUVREUR, P., La Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice en matière de Droits de l'Homme, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 19, 2019.

DAVÉRÈDE, A. y GODIO, L., "Evolución y actualidad de la asistencia consular. La protección de la persona humana en los fallos de la Corte Internacional de Justicia", CARI, Buenos Aires, 2013.

DE BRABANDERE, E., "Individuals in Advisory Proceedings before the International Court of Justice: Equality of the Parties and the Court's Discretionary Authority", en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11, 2012.

DE ORY ARRIAGA, C., La Corte Internacional de Justicia y los Derechos Humanos, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Servicio de Publicaciones de las Universidades de Córdoba, Málaga y Sevilla, vol. 1, 2005.

GOMEZ ROBLEDO VERDUZCO, J.M., "El Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005.

GONZÁLEZ NAPOLITANO, S., *Las medidas provisionales en el Derecho internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, UBA-La Ley, Buenos Aires, 2004.

GROS ESPIELL, H., Los Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia. Una visión Latinoamericana, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, nº 2, 2001.

HIGGINS, R., "Human Rights in the International Court of Justice", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, 2007.

_____ The International Court of Justice and Human Rights, en *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Erik Suy*, Martinus Nijhoff, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., El Derecho y la Justicia Resguardos de la Libertad, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 1, San José, 1984.

OROZCO TORRES, L.E., "La Asistencia Consular como derecho humano" en Migración JIMENEZ SOLARES, E. (Coord.), Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2019.

PETIT DE GABRIEL, E., "Los Derechos Consulares de los Extranjeros Detenidos: ¿Nuevas Cartas en la Baraja de los Derechos Fundamentales?", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 33, 2017.

PETROVA GEORGIEVA, V.: *Los Principios Comunes a los Tribunales Internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2018.

ROSENNE, S., "Reflexions on the Position of the Individual in International State Litigation in the International Court of Justice", en *Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1957.

SALADO OSUNA, A.: "a contribución de las Naciones Unidas en la humanización del Derecho Internacional", en *La ONU 50 años después*, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A (coord.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

SCHEBEL, S., The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter, en *American Journal of International Law*, vol. 66, 1972.

_____ The Treatment of Human Rights and of Aliens in the International Court of Justice, en *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996.

SHELTON, D., "Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States", en *American Journal of International Law*, vol. 98, nº 3, 2004.

SINGH, N.: *Human Rights and the Future of Mankind*, Vanity Books, Delhi, 1981.

VAUCHEZ, A., *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge University Press, Nueva York, 2015.

VIEGAS-LIQUIDATO, V.L., "Derechos de la persona humana: el derecho del extranjero privado de libertad a la asistencia consular", en *Revista Jurídica*, vol. 2, nº 55, 2019.

NOTAS

1. CANÇADO TRINDADE, A.A.: "Reflexiones sobre la presencia de la persona humana en el contencioso interestatal ante la corte Internacional de Justicia: desarrollos recientes", en *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco, nº 17, 2017, pp. 223-27.
2. Ya su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, había hecho referencia en 1935 al "principio de legalidad, al Estado de Derecho y a los derechos fundamentales del individuo". En este sentido, véase *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, nº 65, p. 56.
3. Véase, en este sentido, el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas que dispone textualmente: "La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta".
4. Dentro de la doctrina iusinternacionalista es posible identificar numerosos trabajos que han analizado con rigor la incidencia de los derechos humanos en el marco de la competencia tanto contenciosa como consultiva de la Corte Internacional de Justicia. Para un análisis a profundidad sobre este particular, véanse, entre otros, CANÇADO TRINDADE, A.A., La Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les Droits Intangibles, en *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Redacteur Daniel Premont, CID, Bruylant, Bruxelles, 1996; CANÇADO TRINDADE, A.A.: "Reflexiones sobre la presencia de la persona humana en el contencioso interestatal ante la corte Internacional de Justicia: desarrollos recientes", *op. cit.*, pp. 223-271; COUVREUR, P., La Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice en matière de Droits de L'homme, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 19, 2019, pp. 241-264. DE ORY ARRIAGA, C., La Corte Internacional de Justicia y los Derechos Humanos, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Servicio de Publicaciones de las Universidades de Córdoba, Málaga y Sevilla, Vol. 1, 2005, pp. 431-452. GROS ESPIELL, H., Los Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia. Una visión Latinoamericana, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, nº 2, 2001, pp. 411-434. HIGGINS, R., The International Court of Justice and Human Rights, en *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Erik Suy*, Martinus Nijhoff, Kluwer Law International, The Hague, 1998; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., El Derecho y la Justicia Resguardos de la Libertad, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 1, San José, 1984; SCHEBEL, S., The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter, en *American Journal of International Law*, vol. 66, 1972; SCHEBEL, S., The Treatment of Human Rights and of Aliens in the International Court of Justice, en *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996; SINGH, N.: *Human Rights and the Future of Mankind*, Vanity Books, Delhi, 1981.
5. Cfr., el artículo 35 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
6. En este sentido, véase, ROSENNE, S., "Réflexions on the Position of the Individual in International State Litigation in the International Court of Justice", en *Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1957.
7. Cfr., el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
8. Véanse, en este sentido, los artículos 96 de la Carta de las Naciones Unidas y 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
9. Cfr., el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas.
10. Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. Entrada en vigor: 9 de marzo de 1927, de conformidad con el artículo 12.
11. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951.
12. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. Entrada en vigor: 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24.

13. Adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43.
14. Abierta a la firma y ratificación mediante Resolución 630 (VII), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1952. Entrada en vigor: 24 de agosto de 1962.
15. Abierta a la firma y ratificación el 31 de marzo de 1953 mediante Resolución 640 (VII), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1952. Entrada en vigor: 7 de julio de 1954.
16. Adoptada en Nueva York, el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a través de su Resolución 526 A (XVII) de 26 de abril de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960.
17. Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entrada en vigor: 30 de abril de 1957, de conformidad con su artículo 13.
18. Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1040 (XI), de 29 de enero de 1957. Entrada en vigor: 11 de agosto de 1958.
19. Adoptada en el seno de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su undécima reunión, celebrada en Paris, del 14 de noviembre al 15 de diciembre de 1960. Entrada en vigor: 22 de mayo de 1962.
20. Adoptada en Nueva York, el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 4 de diciembre de 1954. Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975.
21. Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General mediante su Resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962. Entrada en vigor: 9 de diciembre de 1964, de conformidad con su artículo 6.
22. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.
23. Del Protocolo tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social en su Resolución 1186 (XLI), de 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su Resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En la misma Resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que transmitiera el texto del Protocolo a los Estados mencionados en su artículo V a fin de que pudieran adherirse al Protocolo firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967.
24. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973. Entrada en vigor: 18 de julio de 1976.
25. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con su artículo 27 (1).
26. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).
27. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 40/64 G, de 10 de diciembre de 1985. Entrada en vigor: 3 de abril de 1988.
28. Estos tres instrumentos fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, Anexos I, II y III. La convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003.
29. SALADO OSUNA, A.: "La contribución de las Naciones Unidas en la humanización del Derecho Internacional", en *La ONU 50 años después*, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A (coord.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, p. 140.
30. CANÇADO TRINDADE, A.A.: "Reflexiones sobre la presencia de la persona humana en el contencioso interestatal ante la corte Internacional de Justicia: desarrollos recientes", *op. cit.*, pp. 230-231.
31. Ahora bien, y en virtud de los límites materiales del presente trabajo, será imposible referirnos a todos aquellos asuntos en los que

la Corte se ha pronunciado sobre cuestiones directamente relacionadas con la protección del ser humano. En todo caso, no referiremos dentro del siguiente apartado de nuestro trabajo a aquellos casos que han versado sobre el reconocimiento y garantía del derecho a la asistencia consular de los detenidos en territorio extranjero contemplado por la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. Para un estudio a profundidad sobre la posición de la persona humana en el marco de un contencioso interestatal ante la CIJ, véase CANÇADO TRINDADE, A.A.: "El difícil camino del acceso de la persona humana a la Justicia en el contencioso Interestatal ante la Corte Internacional de Justicia", en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, nº 21, 2013-2014, pp. 173-213.

32. CANÇADO TRINDADE, A. A., "El deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: génesis, evolución, estado actual y perspectivas", JA 2013-I. fascículo nº 10, 2013, pp. 18-43.

33. CANÇADO TRINDADE, A. A., *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª ed, Del Rey, Belo Horizonte, 2015, p. 456.

34. Véase, en este sentido, el parágrafo 68 de la sentencia de 30 de noviembre de 2010 en el asunto A.S Diallo (Guinea v. República Democrática del Congo) CIJ, *Recueil*, 2010.

35. HIGGINS, R.: "The International Court of Justice and Human Rights". En *International Law: theory and practice. Essays in honour of Eric Suy*, *op. cit.*, p. 703.

36. CANÇADO TRINDADE, A.A.: "Reflexiones sobre la presencia de la persona humana en el contencioso interestatal ante la Corte Internacional de Justicia: desarrollos recientes", *op. cit.*, p. 227.

37. Sobre este particular, véase, CANÇADO TRINDADE. A.A., "The Humanization of Consular Law: the impact of Advisory Opinion nº 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice", en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 6, nº 1, 2007, pp. 15 y ss.

38. Véase CIJ, Recueil, 2001, La Grand (Alemania vs Estados Unidos), sentencia de 27 de junio de 2001, par. 77. Disponible en http://www.icj-cij.org/

39. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, CoIDH, Serie A, nº 16, relativa al Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Disponible en http://www.Corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_16_esp.pdf, visitada el 09 de junio de 2020. La referencia al titular de la presidencia de la CoIDH cuando la Opinión Consultiva fue adoptada no es, en absoluto, baladí pues, como veremos dentro de nuestro trabajo, el ahora Juez de la CIJ ha jugado un papel destacado, desde su llegada a dicho tribunal, respecto al tratamiento dado por la Corte a la violación del artículo 36 de la Convención de Viena –en perjuicio de particulares–.

40. Asunto Avena y otros nacionales mexicanos (México contra Estados Unidos), CIJ, *Recueil*, sentencia de 31 de marzo de 2004. Disponible en http://www.icj-cij.org/.

41. OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, CoIDH, Serie A, nº 16, par. 4.

42. En efecto, el Juez Jackman, manifestó su inconformidad con el criterio de los demás jueces de la CoIDH en el sentido de considerar que la omisión del cumplimiento de esta obligación tuviese como consecuencia irremediable que el juicio al que pudiese estar sujeto el extranjero privado de su libertad, fuese considerado automáticamente arbitrario *per se* en términos del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

43. Al respecto, véase el principio 16.2 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. En el mismo sentido, véase el artículo 10 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

44. OC-16/99, *doc. cit.*, par. 82.

45. OC-16/99, *doc. cit.*, par. 87.

46. OC-16/99, *doc. cit.*, par. 123.

47. En este sentido, véanse los artículos II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 7 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 2 y 15 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; artículos 2.5 y 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de

Discriminación Racial; artículos 2 y 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; artículos 1, 8.2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

48. OC-16/99, *doc. cit.*, par. 119.
49. OC-16/99, *doc. cit.*, par. 120.
50. En este sentido, véase OC-16/99, *doc. cit.*, Opinión Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.
51. *Ídem*.
52. *Ídem*.
53. Sobre esta cuestión particular, véase la Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, nº 1; opinión, punto primero.
54. En este sentido, véanse los casos Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom, nº 61498/08, ECHR, 2010; Cudak v. Lithuania [GC], nº 15869/02, ECHR, 2010; Sabeh El Leil v. France, [GC], nº 34869/05, ECHR, 2011; Wallishauser v. Austria, nº 156/04, ECHR, 2012; Radunović and others v. Montenegro, nº 45197/13, nº 53000/13 & nº 73404/13, ECHR, 2016; Naku v. Lithuania, nº 26126/07, ECHR, 2016.
55. Junio de 2020.
56. M. and others v. Italy and Bulgaria, [GC], no. 40020/03, ECHR, 2012.
57. Nasr et Ghali v. Italie, nº 44883/09, sentencia de 23 de febrero de 2016.
58. Para un estudio detallado sobre estas sentencias, véase PETIT DE GABRIEL, E., "Los Derechos Consulares de los Extranjeros Detenidos: ¿Nuevas Cartas en la Baraja de los Derechos Fundamentales?", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº. 33, 2017, pp. 24-26.
59. Al respecto, véase el caso Lebois v. Bulgaria, nº 67482/14, ECHR, 2018.
60. El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, [GC], nº 39630/09, ECHR, sentencia de 13 de diciembre de 2012, par. 93.
61. Ídem, par. 236.
62. Ídem, par. 237.
63. PETIT DE GABRIEL, E., "Los Derechos Consulares de los Extranjeros Detenidos: ¿Nuevas Cartas en la Baraja de los Derechos Fundamentales?", *op. cit.*, p. 26.
64. Véase, en este sentido, la orden de la CIJ de 10 de noviembre de 1998 en la que dicho tribunal ordena remover de la lista de los casos contenciosos la demanda de Paraguay contra los Estados Unidos por desistimiento del Estado demandante. Disponible en https://www.icj-cij.org/files/case-related/99/099-19981111-PRE-01-00-EN.pdf, visitado el 20 de junio de 2020.
65. En efecto, como señala González Napolitano las medidas provisionales indicadas por la CIJ el 03 de marzo de 1999 "(…) no eran una mera exhortación a las partes, sino que habían sido adoptadas conforme al artículo 41 del ECIJ, teniendo en consecuencia, carácter obligatorio y creando una obligación jurídica para los Estados Unidos". En este sentido, véase GONZÁLEZ NAPOLITANO, S., *Las medidas provisionales en el Derecho internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, UBA-La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 189.
66. CIJ, *Recueil*, 2001, Asunto *LaGrand* (Alemania contra Estados Unidos), sentencia de 27 de junio de 2001, parágrafo 74.
67. DAVÉRÈDE, A. y GODIO, L., "Evolución y actualidad de la asistencia consular. La protección de la persona humana en los fallos de la Corte Internacional de Justicia", CARI, Buenos Aires, 2013, p. 56.
68. CIJ, *Recueil*, 2001, Asunto *LaGrand* (Alemania contra Estados Unidos), sentencia de 27 de junio de 2001, parágrafo 77.
69. En el año 2001, la CIJ estaba integrada por los siguientes jueces: Presidente Guillaume; Vice-Presidente Shi; Oda, Benjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh y Burgenthal.
70. Para un interesante estudio sobre este punto, véase, OROZCO TORRES, L.E., "La Asistencia Consular como derecho humano" en Migración JIMENEZ SOLARES, E. (Coord.), Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2019, pp. 27-61. En el mismo sentido, véase VIEGAS-LIQUIDATO, V.L., "Derechos de la persona humana: el derecho del extranjero privado de libertad a la asistencia consular", en *Revista Jurídica*, Vol. 2, nº 55, 2019, pp. 53-76.
71. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, CoIDH, Serie A, nº 16, pár. 124, relativa al Derecho a la *Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías*

del Debido Proceso Legal. Disponible en http://www.Corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_16_esp.pdf, visitada el 20 de junio de 2020.

72. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, *doc. cit*., pár. 124.

73. En el año 2004, la CIJ estaba integrada por los siguientes jueces: Presidente Shi; Vice-Presidente Ranjeva; Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijjmans, Rezek, Al-Khasawneh, Burgenthal, Elaraby, Owada, Tomka; Judge *ad-hoc* Sepúlveda Amor.

74. En este sentido, véase SHELTON, D., "Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States", en *American Journal of International Law*, Vol. 98, nº 3, 2004, p. 559.

75. DAVÉRÈDE, A. y GODIO, L., "Evolución y actualidad de la asistencia consular. La protección de la persona humana en los fallos de la Corte Internacional de Justicia", *op. cit*., pp. 57-58.

76. GOMEZ ROBLEDO VERDUZCO, J.M., "El Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005, p. 207.

77. GOMEZ ROBLEDO VERDUZCO, J.M., "El Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia", *op. cit*., 207.

78. CIJ, *Recueil*, 2001, Asunto *LaGrand* (Alemania contra Estados Unidos), sentencia de 27 de junio de 2001.

79. El parágrafo 151 del fallo en el asunto *Avena* dice, en su idioma original, lo siguiente "The Court would now re-emphasize a point of importance. In the present case, it has had occasion to examine the obligations of the United States under Article 36 of the Vienna Convention in relation to Mexican nationals sentenced to death in the United States. Its findings as to the duty of review and reconsideration of convictions and sentences have been directed to the circumstance of severe penalties being imposed on foreign nationals who happen to be of Mexican nationality. To avoid any ambiguity, it should be made clear that, while what the Court has stated concerns the Mexican nationals whose cases have been brought before it by Mexico, the Court has been addressing the issues of principle raised in the course of the present proceedings from the viewpoint or the general application of the Vienna Convention, and there can be no question of making an *a contrario* argument in respect of any of the Court's findings in the present Judgment. In other words, the fact that in this case the Court's ruling has concerned only Mexican nationals cannot be taken to imply, that the conclusions reached by it in the present Judgment do not apply to other foreign nationals finding themselves in similar situations in the United States".

80. En la fecha de la adopción de esta sentencia, la Corte estaba integrada por los siguientes jueces: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood; jueces *ad hoc* Mahiou, Mampuya.

81. CIJ, *Recueil*, 2010, Asunto *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea contra República Democrática del Congo), sentencia de 30 de noviembre de 2010, pár. 34.

82. En este sentido, véase la editorial del *newsletter* de la *European Society of International Law* correspondiente al mes de noviembre de 2010, en la que el entonces Juez de la CIJ se pronunciaba sobre algunos de los casos pendientes de resolver por parte de la CIJ y cuyo objeto central de análisis giraba en torno a las personas y no a los Estados. Disponible en https://esil-sedi.eu/category/newsletter/page/4/, consultado el 20 de junio de 2020.

83. CIJ, *Recueil*, 2010, Asunto *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea contra República Democrática del Congo), sentencia de 30 de noviembre de 2010, pár. 68.

84. Este acuerdo bilateral se puede consultar como Anexo 10 en la demanda presentada por la India contra Paquistán ante la CIJ, el 8 de mayo de 2017. Disponible en https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20170508-APP-01-01-EN.pdf, consultado el 20 de junio de 2020.

85. En este sentido, véanse los parágrafos 33 a 66 de la Sentencia de la CIJ de 17 de julio de 2019. Disponible en https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf, visitada el 20 de junio de 2020.

86. Al respecto, véanse los parágrafos 67 a 124 de la Sentencia de la CIJ de 17 de julio de 2019. Disponible en https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf, visitada el 20 de junio de 2020.

87. En concreto, véanse los parágrafos 125 a 148 de la Sentencia de la CIJ de 17 de julio de 2019.

Disponible en https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf, visitada el 20 de junio de 2020.

88. Jurisprudencia relativa a aquellos casos en los que se había visto implicada la imposición de la pena capital en violación de los derechos consagrados por el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, particularmente los casos *LaGrand* (2001) y *Avena* (2004).

89. En este sentido, véanse los parágrafos 119 a 150 de la memoria presentada por la India ante la CIJ el 13 de septiembre de 2017. Disponible en https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20170913-WRI-01-00-EN.pdf, visitada el 20 de junio de 2020.

90. Al respecto, véase el parágrafo 214 de la memoria presentada por la India ante la CIJ el 13 de septiembre de 2017. Disponible en https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20170913-WRI-01-00-EN.pdf, visitada el 20 de junio de 2020.

91. La preocupación por las violaciones de los derechos humanos en el seno de los tribunales militares paquistaníes encargados de juzgar civiles por cargos de terrorismo há sido objeto de várias recomendaciones emitidas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En este sentido, véase *Human Rights Committee, Concluding Observations on the Initial Report of Pakistan, Adopted by the Committee at its 120th Session (3-28 July 2017)*, par. 23-26.

92. Al respecto, véase el parágrafo 24 del Informe de la Relatora Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, Agnès Callamard, transmitido a la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de una nota del Secretario General de dicha Organización. Documento A/74/318, de 20 de agosto de 2019. Disponible en https://undocs.org/es/A/74/318, visitado el 20 de junio de 2020.

93. En este sentido, véase PETROVA GEORGIEVA, V.: *Los Principios Comunes a los Tribunales Internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2018, p. 405.

94. CIJ, *Recueil*, 2001, *La Grand* (Alemania vs Estados Unidos), sentencia de 27 de junio, par. 78.

95. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, CoIDH, Serie A, nº 16, pár. 124, relativa al Derecho a la *Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Disponible en http://www.Corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_16_esp.pdf, visitada el 20 de junio de 2020.

96. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, *doc*, *cit*., pár. 124.

97. En este sentido, véase la Opinión disidente del Juez Thomas Buergenthal al fallo emitido por la CIJ en el asunto *LaGrand*. Disponible en https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-06-EN.pdf, consultada el 20 de junio de 2020.

98. GOMEZ ROBLEDO VERDUZCO, J.M., "El Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia", *op. cit*., 208.

99. HIGGINS, R., "Human Rights in the International Court of Justice", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, 2007, p. 749.

100. Cabe destacar, en este sentido, que el Juez Bernardo Sepúlveda-Amor, integró la CIJ en 2004 en calidad de Juez *ad hoc*.

101. Cabe señalar que, a día de hoy, el Curso General dictado por el Juez Simma no ha sido publicado aún en el *Recueil des Cours* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. A propósito de este curso, véase el *newsletter* de la *European Society of International Law* correspondiente al mes de noviembre de 2010, en el que el entonces Juez de la CIJ se pronunciaba sobre algunos de los casos pendientes de resolver por parte de la Corte, cuyo objeto central de análisis giraba en torno a las personas y no a los Estados. En dicha editorial, el Juez Simma señalaba que se encontraba preparando el texto final para la publicación de su Curso General de Derecho Internacional Público dictado en el verano del 2009. Editorial disponible en https://esil-sedi.eu/category/newsletter/page/4/, consultada el 20 de junio de 2020.

102. Este mismo enfoque sociológico, centrado en las relaciones interpersonales como elemento esencial para comprender la evolución del Derecho internacional en general, y del Derecho de la Unión Europea en particular, ha sido utilizado como aproximación metodológica, entre otros autores, por el profesor Antoine Vauchez al analizar lo que denomina "micropolítica" y "microestética" del proceso de integración europea, en el centro de cuyas construcciones teóricas se encontrarían, precisamente, personas: los "euro-abogados". Al respecto, véase VAUCHEZ, A., *Brokering*

Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity, Cambridge University Press, Nueva York, 2015, pp. 10, 16, 113, 210-215.

103. Interesante resulta, en este sentido, el trabajo del profesor Eric De Brabandere en el que analiza la posición del individuo ante la CIJ cuando esta actúa como un órgano revisor de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos de Organizaciones internacionales. Al respecto, véase DE BRABANDERE, E., "Individuals in Advisory Proceedings before the International Court of Justice: Equality of the Parties and the Court's Discretionary Authority", en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11, 2012, pp. 253-279.

104. Al respecto, véanse los parágrafos 158 a 188 de la opinión separada del Juez Cançado Trindade en el Asunto *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea contra República Democrática del Congo), sentencia sobre el fondo de 30 de noviembre de 2010. Disponible en https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-05-EN.pdf, consultada el 06 de junio de 2020. En el mismo sentido, véanse los parágrafos 32 a 42 de su opinión separada en el Asunto *Jadhav* (India contra Paquistán), sentencia sobre el fondo de 17 de julio de 2019. Disponible en https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-01-EN.pdf, visitada el 06 de junio de 2020.

105. En el mismo sentido, véase la opinión separada del Juez Cançado Trindade en el Asunto *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea contra República Democrática del Congo), sentencia sobre el fondo de 30 de noviembre de 2010.

EL DESAFÍO ESTÁ SERVIDO. REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA PRISIONAL Y SUS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS. TEMAS AFINES

César Barros Leal
Procurador del Estado de Ceará; Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Realizó estancia posdoctoral en Estudios Latinoamericanos en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM; en Derecho en la Universidad Federal de Santa Catarina; y en Derechos Humanos en la Universidad de Salamanca.

1. INTRODUCCIÓN

Mientras me decidía a escribir este texto, me puse a reflexionar una vez más sobre la violencia, en todas sus manifestaciones, que nos circunda y nos atemoriza, en un firmamento donde la vida perdió enteramente su valor, entregada a la saña de delincuentes fríos, endurecidos, para los cuales la palabra de orden es el desprecio al prójimo.

La reflexión se extiende igualmente a los que, ocupando posiciones de relieve, a que ascendieron merced al voto popular, traicionan la confianza en ellos depositada, embriagados por una ambición desmedida que les roba el sentido de ética, de honestidad, de amor a la causa pública, que había sido, en el pasado, la bandera que enarbolaron y los hizo merecer la confianza de sus electores.

Son tantos los personajes, pobres y ricos, que, con distintas hablas, estilos y ropajes, habitan y se exhiben con total desembarazo, encubiertos por una vergonzosa impunidad, en este universo multicolor que se llama criminalidad.

2. VISITANDO PRISIONES

Pensé también, mientras reflexionaba, en aquellas prisiones superpobladas, que visité en diversos países (sin olvidar el mío), como Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Japón, México, Panamá y Tailandia.

A muchísimos lugares viajé con el fin precipuo y/o exclusivo de conocer sus recintos penales (mi amigo, Posada Segura, Doctor en Derecho, Docente de la Universidad de Antioquia, Colombia, suele decir que el universo prisional presenta *velos* que sólo pueden retirarse cuando de él nos acercamos), fueran ellos de mínima, media o máxima seguridad, públicos o privados (hago un paréntesis para reafirmar que estuve en islas de excelencia; sí, ellas existen y son paradigmáticas y estimulantes), lo que me permitió identificar sus enormes y omnipresentes fragilidades, en los más distintos planos.

De todos los centros visitados el que me causó una impresión más fuerte fue el Reclusorio Preventivo Norte, en la ciudad de México, en ese entonces con 15.000 presos contabilizados, muy por encima de su capacidad; por sus pabellones, sus corredores, sus patios, su carcelaje, anduve con un grupo de amigos, en un día de visita (era domingo), cuando había más de 10.000 visitantes, lo que transformaba aquel lugar en un hormiguero humano. Apenas conseguíamos avanzar y oíamos, aquí y allá, testimonios perturbadores de sus residentes.

Esas andaduras me permitieron, a partir de una perspectiva comparada, ver con más clareza las diferencias, profundas, entre las prisiones latinoamericanas y aquéllas de naciones donde la ejecución de la pena es vista de manera responsable, seria y humanizada, por parte de los gobernantes, donde la privación de la libertad no se asocia al menoscabo a los demás derechos humanos de quien, por haber cometido un delito, no debería ser tratado como un ignominioso desecho de la sociedad, de esa sociedad que, al así tratarlo, no percibe, en su ceguera, cuan engañosa es su actitud autodestructiva.

3. EL ROSTRO SOMBRÍO DE LA REALIDAD PRISIONAL

Los que conocen las cárceles de América Latina (y los medios de comunicación social han mostrado, amenudeadas veces, imágenes chocantes de esos lugares siniestros) han de convenir que resulta ridícula la peroración de los que anuncian respuestas milagrosas a uno de los problemas más graves e inquietantes de la época contemporánea, que demanda, por su complejidad y naturaleza, una concepción/estrategia racional e inteligente a fin de confrontar el hecho punible y al hombre criminal y, en paralelo, una óptica diferenciada, en consonancia con los tiempos modernos, sobre el modelo de ejecución de penas.

Pocos desconocen la realidad de las prisiones en pauta, con su extenso rol de maleficios, por acción u omisión: violencia, inseguridad, deficiencia estructural (sin respetar mínimamente los parámetros de la arquitectura prisional, tratándose a veces de edificios viejos e improvisados), falta de asistencia material, ausencia de trabajo, educación y asistencia adecuada a la salud, relaciones promiscuas (exasperadas por la vida en común, obligatoria e intensa), ninguna propuesta de clasificación y tratamiento individualizado, corrupción desenfrenada, facilitadora, por ejemplo, de la concesión irregular de beneficios y la comercialización de casi todo lo que existe, se ve y se hace (desde las llamadas telefónicas hasta los encuentros íntimos). Un mal endémico.

En un contundente diagnóstico de la realidad penitenciaria en Perú (la misma en toda América Latina), el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de aquel país hermano constata:

> En la actualidad, dada la crisis penitenciaria, es evidente que la realidad refleja que los modelos normativos de establecimientos penitenciarios no son aplicados. En efecto, el conjunto de factores que configuran esta crisis (corrupción, sobrepoblación, falta de seguridad, problemas de salud penitenciaria, ausencia de tratamiento efectivo, debilidades en la gestión institucional, recursos humanos insuficientes y desmotivados, cierre a la participación de la sociedad en el problema de las cárceles y falta de prevención de delito), dan como resultado establecimientos donde no se aplica la clasificación penitenciaria, y las acciones de tratamiento son meramente simbólicas y formales. De esta manera, el trabajo y la educación, pilares del tratamiento penitenciario, son actividades generalmente voluntarias (se estudia o trabaja por iniciativa personal) o utilitaristas (se estudia o trabaja para acceder a beneficios penitenciarios para una libertad anticipada).
>
> De esta forma, no se otorgan herramientas al privado de libertad para su regreso al entorno social, con características distintas a aquellas con las cuales ingresó. No se cuenta con talleres de capacitación idóneos o espacios físicos para la formación en actividades productivas. Esto incide en la reincidencia penitenciaria, aspecto que se busca disminuir. En la actualidad, no hay una visión moderna e inclusiva en esta materia, administrándose básicamente la crisis.

Amontonados, bajo el mismísimo techo, circulan (y la palabra se ajusta como un guante, pues raramente los vemos en sus celdas, inmundas, sin luz o expuestas a la intemperie, con infestación de insectos, donde a veces defecan u orinan en bolsas o botellas de plástico), presos primarios y reincidentes, condenados y provisionales y, entre los últimos, los que aguardan por largo tiempo una sentencia, que puede ser absolutoria o inferior al tiempo de espera. Cuando no mueren mientras tanto.

El sistema está en deuda con sus habitantes.

4. ESCRIBIENDO SOBRE PRISIONES Y SUS MALEFICIOS

Redacté muchos libros sobre esas cuestiones, pero aquí destaco cuatro de ellos, citados en distintos capítulos del presente estudio: Prisión: Crepúsculo de una Era; Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos: Viaje por los Senderos del Dolor; Vigilancia Electrónica a Distancia: Instrumento de Control y Alternativa a la Prisión y, por último, Justicia Restaurativa: Amanecer de una Era – Aplicación en Prisiones y Centros de Internación de Adolescentes Infractores. ¿Por qué los menciono? Primero: porque escribimos para ser leídos. Segundo: los cuatro (que pueden ser encontrados en la versión portuguesa o española, siendo que el primero fue también traducido al esperanto, la lengua universal, bajo el título Enprizonigo: Krepusko de Erao) integran

un conjunto de textos que pretenden deshacer la idea prevaleciente en nuestra sociedad de que la prisión es la única o la mejor *ratio*.

Lo que fundamentalmente mostré en ellos y vuelvo a hacerlo ahora es que la prisión, en su hegemonía, concurre para exacerbar la delincuencia y agravar la inseguridad, considerándose que muchos de sus habitantes no quieren cambiar y propenden a tornarse cada vez más peligrosos (poco o nada tiene que perder) y, al reconquistar la libertad (anhelo irreprimible de todos), suelen cometer crímenes todavía más graves, lo que evidencia, sin vestigios de duda, la importancia de humanizar esos multiocupados espacios segregacionales y promover condiciones para reducir sus males y la discriminación sufrida en su interior, de cara a la disminución de las tasas de recidiva y la inserción social de sus moradores.

5. CONSIDERACIONES FINALES/RECOMENDACIONES

Es verdad que "casi todos los peores crímenes son cometidos por graduados de establecimientos penales" y que, cuando salen, "están con diploma de posgrado en la escuela del crimen. En la mayoría de las veces, infectados por el SIDA o la tuberculosis, homosexuales por coacción, sin recuerdo de la dignidad perdida, con el propio infierno dentro del alma, sólo les resta el submundo del crimen", puesto que "intentan vengarse de las injusticias sufridas, una vez que jamás recuperarán los bienes que les fueron sustraídos: la integridad física, el honor, la paz de espíritu."

También es verdad que los presos en su mayoría quieren cambiar y "necesitamos hacer lo que podamos para ayudarlos; y no es solamente la prisión que puede rehabilitarlos; eso es un proceso combinado, que involucra a la sociedad. Podemos darles educación y entrenamiento, pero cuando esas personas dejan las prisiones ellas necesitan vivienda y empleo."

En junio de 2018, recibimos del Tribunal de Justicia del Estado de Ceará el *Premio de Responsabilidad Social: Contribución a la Justicia Cearense*, por la participación en el Proyecto *Justicia de Puertas Abiertas*, del Programa *Un Nuevo Tiempo*, mantenido por jueces de ejecución penal del distrito judicial de Fortaleza, a través del cual son asistidos numerosos penados en régimen semiabierto y abierto, generalmente usando tobilleras electrónicas. A la sazón alabamos a los organizadores del Programa, que tuvieron la percepción y la sensibilidad de ir más allá de su función judicante, abriendo caminos que están alcanzando un número significativo de sentenciados; y afirmamos que únicamente así la esperanza (mientras uno vive, debe tenerla; y nada tiene efecto más devastador que su muerte) vence el escepticismo, la apatía y la estagnación, lo cual nos remite a Charles Chaplin y su sátira como crítica social, en el célebre discurso impartido como El Gran Dictador: *"¡Luchad por la libertad! ...el Reino de Dios está dentro del hombre – no de un solo hombre o grupo de hombres, sino de los hombres todos...*Luchemos por un mundo nuevo, un mundo bueno que va a dar a los hombres la oportunidad de trabajar, que les dará el futuro, longevidad y seguridad."

Hay que avanzar, hacer lo que nos corresponde sin prisa, pero sin descanso, tal y como nos enseñaba Goethe, cuyas últimas palabras, por su significado y pertinencia, resuenan todavía en los tímpanos de los que apuestan verdaderamente en la humanidad: "Más luz". En este sentido me tomo la libertad de presentar algunas consideraciones finales/recomendaciones concernientes a cuestiones aludidas anteriormente (nota del autor: se trata del fragmento de un libro; véase al final):

1. Aunque los efectos de la prevención, local y nacional, suelen manifestarse sólo a mediano y/o a largo plazo, ésta no puede ser menospreciada en el enfrentamiento de la violencia/criminalidad, en sus distintas especies, algunas nuevas y emergentes. Sin la perspectiva de que no tiene sentido una política meramente represiva, de que represión y prevención son dos caras de la misma moneda, la articulación de iniciativas, estrategias y planes de acción en este entorno será siempre insuficiente.

2. A partir del reconocimiento de que las políticas de guerra total contra la delincuencia, de mano dura y severización del derecho penal (delante de la llamada *alarma social*) no constituyen una respuesta adecuada para el drama de la violencia, puesto que ofrecen poco más que una falsa sensación de seguridad, se subraya la necesidad de otras opciones, más humanas, más ponderadas, pero no menos firmes, no menos consistentes y eficaces, en el inmensurable bloque de medidas represivas y profilácticas.

3. La seguridad pública y los derechos humanos no deben ser considerados antípodas, aun porque la seguridad pública es un derecho fundamental tanto al orden público como a la defensa social, siendo la dignidad humana uno de los sustentáculos de los estados, incumbiéndoles proporcionar a sus ciudadanos condiciones mínimas de existencia y garantizarles, de manera integral, en estrecha cooperación con otros sectores, los medios indispensables para una vida decente, acorde a los axiomas de la justicia y la paz social; constituyen un irrespeto a la persona humana la vigencia de un discurso vacío y un sistema indiferente a las desigualdades y a índices demasiado bajos de calidad de vida y bienestar.

4. En el concepto actual de seguridad pública se exige la observancia del hombre y de sus múltiples dimensiones, además del compromiso transparente con el estado de derecho y el acceso (igualitario) a la justicia, con el desarrollo social y económico, es decir, con el combate a la pobreza, las desigualdades (incluidos los ingresos), la marginación social, la discriminación, el desempleo, el subempleo, la falta de planificación urbana, los niveles vergonzosos de educación, la ausencia de vivienda y saneamiento básico para los colectivos más vulnerables, etc., requisitos para la promoción de una buena gobernanza y de sociedades inclusivas, pacíficas y justas.

5. Las prisiones deben ser incluidas en el contexto más amplio de la seguridad pública y de las correspondientes políticas públicas; por varias razones, la criminalidad se gesta y se madura en esos desvanes de la justicia penal, semilleros de toda suerte de delincuentes, cuyas alianzas con el mundo exterior se mantienen y se fortalecen, retroalimentándose toda vez que un hombre o una mujer ingresa a una cárcel o transpone sus puertas rumbo al mundo libre.

6. Las audiencias de custodia y experiencias similares, cuya inspiración radica en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7º, 5) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9º, 3), son aconsejables para el examen de la legalidad y necesidad del acto de prisión, y asimismo para verificar si hubo maltratos en la persona presa en flagrancia; por ello son una herramienta útil y valiosa para garantizar los derechos de los reclusos y, en la lectura de muchos, para reducir su número.

7. Esfuerzos se exigen, de forma coordinada y coherente, con miras a enfrentar los retos de la superpoblación (cuyas cifras aumentaron con la globalización y sus puntos negativos: índices elevados de exclusión social, desigualdades en la distribución de los ingresos y pobreza), lo cual pasa por las sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, la redención (remisión) de la pena, la disminución del aprisionamiento provisional, la adopción de un límite máximo en la *capacidad receptiva* de los reclusorios (los *numerus clausus,* en el marco de un rígido control de la población recluida, masculina o femenina), entre otras formas de mitigar y/o superar este (*embotellamiento penitenciario*) que es el más grave y al mismo tiempo el más común de todos los problemas en este ámbito.

8. Delante del fracaso de la clausura se sugiere la puesta en práctica de las alternativas penales arriba aludidas (como la transacción penal, la multa, la suspensión condicional de la pena, la prestación de servicios comunitarios, el rastreo electrónico a distancia, etc.), observando, conforme a las Reglas de Tokio, que la selección de las medidas se basará en los criterios establecidos según el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, así como los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas.

9. Un freno debe imponerse al autogobierno y al cogobierno, que se esparce por el continente latinoamericano, creando una red espuria de relaciones y privilegios, perjudicando la administración de los presidios e incentivando el desorden, la violencia y la corrupción.

10. Es necesario contener la actuación de las pandillas que se han vuelto cada vez más fuertes en la región y no sólo afectan el ambiente carcelario (con el incremento de conflictos, actos violentos, venta de drogas, etc.), sino que fortalecen su poder mucho más allá de los muros de la prisión.

11. La propuesta de rehabilitación sobrevive merced a la labor excepcional de muchos profesionales que creen en su materialización; el modelo APAC, con sus doce elementos fundamentales, sus principios, sus bajos índices de reincidencia, es un ejemplo que está siendo y debe ser reproducido en muchos países.

12. Se vuelve esencial estimular los esfuerzos en el sentido de mejorar la infraestructura de los

centros penitenciarios (dormitorios adecuados; aulas; enfermería; talleres; ventilación; espacios para recreación, acceso al sol y a la visita conyugal; instalaciones ajustadas a las personas con discapacidad y adultas mayores, etc.), proporcionando a los presos los bienes y servicios básicos (máxime en el área de la salud, la educación y el trabajo, derechos sociales por lo general precarizados), es decir, condiciones dignas de reclusión, en observancia a la ciudadanía jurídica de los presos, a sus derechos no sustraídos por la ley o la sentencia; éste es el concepto-síntesis de *ejecutividad humanitaria del encarcelamiento.* En una palabra, se busca prevalecer, en los dominios de la cárcel, la presencia de humanitas, el principio de humanidad, y tal vez se pueda pensar en reinserción social.

13. A los estados toca fortalecer la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos humanos, fomentando una cultura de legalidad (anclada en la diversidad cultural y la protección de los derechos humanos) y dando cumplimiento a sus sentencias de fondo y reparaciones, así como a sus medidas provisionales, en casos de extrema gravedad, urgencia y cuando el propósito sea evitar daños irreparables a las personas, lo que se dio respecto a establecimientos penales de distintos países. Se espera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos cumpla su papel en una región donde esos derechos son continuamente pisoteados, en especial cuando las víctimas se hallan dentro de los muros de una prisión, a pesar del hecho de que el Estado se presenta como garante de sus derechos humanos.

14. Hay que esgrimir, como refuerzo al argumento favorable al rescate del sistema penitenciario, subsistema de la justicia criminal, huérfano de las políticas públicas, la percepción de que las continuas violaciones de los derechos humanos caracterizan un estado de cosas inconstitucional y se debe investigarlas, sancionar a los responsables y compensar a las víctimas.

15. Los medios de autocomposición de conflictos (como la conciliación y la mediación) y las prácticas y los principios restaurativos (con su atención especial a las víctimas) tienden a acogerse progresivamente en el encierro con elevados niveles de satisfacción, incorporándose a las leyes y los reglamentos que disponen sobre la ejecución de la pena, recomendándose adoptar el Proyecto Árbol Sicómoro, presente en muchos países.

16. Es crucial romper la ambivalencia de las políticas estatales, que se exhiben con una preocupación preventiva, pero, en verdad, en su mayoría, son orientadas a vertientes más autoritarias, al uso de la fuerza y la exclusiva optimización de la actividad policial represiva.

17. Insta dar el debido énfasis a la investigación, la inteligencia, la planificación, el intercambio de opiniones y experiencias, así como de informaciones (con el uso sistemático de tecnologías, datos, indicadores, evaluaciones y estadísticas sólidas y fiables), pues constituyen el substrato de las legítimas políticas criminales, tanto preventivas como represivas.

18. Se demanda que las comunidades, los representantes de la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales participen en la formulación de las políticas públicas, la vigilancia y el control de su aplicación. Reitero las palabras de los tenientes coroneles Claudete Lehmkuhl y Luis Roberto de Carlos: "Cada ciudadano tiene papel importante en esa prevención, debiendo, de forma organizada, luchar por políticas públicas que eleven la calidad de vida, por leyes más consentáneas con la realidad actual y por la recuperación de valores fundamentales, hoy tan olvidados, debido al individualismo exacerbado, la banalización de la violencia, la desagregación familiar y el consumismo desenfrenado."

19. Los diversos instrumentos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos no pueden ser menospreciados bajo el argumento de la distancia que los separa de la realidad; ellos ejercen grandiosa influencia en la elaboración de las leyes, la doctrina y la jurisprudencia, con el objeto de ofrecer, en buena medida, una atención digna al presidiario, con la conciencia de que, en este sentido, no se persigue sino un arco de condiciones mínimas, en armonía con "los principios y prácticas que hoy día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria", tal como refieren las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela).

20. La garantía del acceso a la justicia (social, incluso) para las personas sin recursos, así como

para los presos, es una tarea que requiere sea vigorizada, contándose para ello con la labor inestimable de los defensores públicos o quienes, pertenecientes a otros órganos de función análoga, desempeñan ese rol.

Estimado lector:

A través de las ideas, reflexiones y sugerencias que aquí se han presentado nos sumamos, una vez más, a la legión de idealistas (hemos dicho al final del Capítulo X: no estamos solos) que creen ser posible cambiar el rostro sombrío de las prisiones latinoamericanas, en las que se conculcan diariamente los derechos humanos de los cautivos, comprometiendo dramáticamente el sistema de justicia criminal.

Ésta es nuestra expectativa, nuestra profesión de fe. Una pregunta con la que concluimos esta investigación: ¿está Usted listo para compartir nuestros sueños? En el caso de que la respuesta sea positiva, permítanos decir: bienvenido al gremio.

Nota: Capítulo del libro "Prisiones: El Rostro más Sombrío de la Justicia Criminal", publicado por la editorial Porrúa (México, 2020)

NOTAS

1. Es lo que nos cuenta Rodrigo de Jesús Ardila Vargas, en la presentación del libro Privación de Libertad en los Establecimientos de Medellín, de ACEVEDO JARAMILLO, Luz Marina, POSADA SEGURA, Juan David y FERNÁNDEZ ROJAS, Alexandra, Personería de Medellín, Colombia, 2015, p. 11.
2. Datos de México: "De acuerdo con la estructura actual del sistema penitenciario mexicano existen 418 centros penitenciarios, 12 de los cuales están bajo la jurisdicción del Gobierno federal, 10 corresponden al Distrito Federal, 306 a los gobiernos estatales y 90 a los gobiernos municipales. Sin importar el nivel de gobierno al cual se encuentren adscritos estos centros, todos dependen del poder ejecutivo; de esta forma, los centros federales dependen de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, los centros estatales y del Distrito Federal de las Secretarías de Gobierno de cada Estado y los municipales de la Secretaría Municipal de Seguridad Pública correspondiente (CIDH, 2012: 6). Los Centros Federales de Readaptación Social (CEFERESOS), en donde se alojan a las personas procesadas, están bajo el mando del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social (OADPRS)." (RIVERA BEIRAS, Iñaki y FORERO CUÉLLAR, Alejandro, Herramientas Eurosocial nº 05/2018., Diagnóstico de la Violencia Institucional en las Prisiones de América Latina: Sistemas y Buenas Prácticas para su Respuesta y Atención, Programa Eurosocial, Madrid, 2018, p. 43)
3. Vid. 10 Medidas de Reforma del Sistema Penitenciario, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Perú, 2012, p. 16.
4. PLAYFAIR, Giles y SINGTON, Sington, *Prisão não Cura, Corrompe*, IBRASA, São Paulo, 1965, p. 26.
5. Resultado de comportamientos de alto riesgo como: relaciones sexuales sin ninguna protección, empleo de herramientas de perforación y corte contaminadas, drogas inyectables, asistencia dental descuidada, etc.
6. SARAIVA DA COSTA LEITE, Paulo Roberto, en *Revista CEJ*, del Centro de Estudios Judiciales del Consejo de la Justicia Federal, Año V, nº 15, dic. de 2002, p. 6.
7. GUSTAFSSON, Kenneth, Director de la Prisión de Kumia, Suecia, en entrevista al The Guardian, en *Prisões Suecas: Aqui se Reabilitam Seres Humanos*, sitio *web* del Instituto Tierra, Trabajo y Ciudadanía (ITTC), 13 de mayo de 2019.
8. GROSTEIN ANDRADE, Fernando, *Preparando a Esperança*, Revista VEJA, Editorial Abril, Edición 2635, año 52, nº 21, 22 de mayo de 2019.
9. Actualísima la advertencia "La hegemonía de los derechos humanos como lenguaje de dignidad humana es hoy incontestable. Sin embargo, esta hegemonía convive con una realidad perturbadora. La gran mayoría de la población mundial no es sujeto de derechos humanos. Es objeto de discursos de derechos humanos. Debe pues empezar por preguntarse si los derechos humanos sirven eficazmente a la lucha de los excluidos, de los explotados y de los discriminados o si, por el contrario, la vuelven más difícil. Por otras palabras, ¿será la hegemonía de que goza hoy el discurso de los derechos humanos el resultado de una victoria histórica o, por el contrario, de una derrota histórica? Empero, cualquier que sea la respuesta dada a estas preguntas, la verdad es que, siendo los derechos humanos el lenguaje hegemónico de la dignidad humana, ellos son incontornables y los grupos sociales oprimidos no pueden dejar de preguntar si los derechos humanos, aun siendo parte de la misma hegemonía que consolida y legitima su opresión, no podrán ser usados para subvertirla." (SOUSA SANTOS, Boaventura de y CHAUÍ, Marilena, *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*, Cortez Editorial, São Paulo, 2013, p. 42)
10. Cierta vez afirmé: …Es necesario luchar por políticas públicas, en los ámbitos federal, estatal o municipal, que promuevan el desarrollo humano y encaren el extraordinario desafío puesto para la gobernabilidad y la estabilidad política por el crimen, de modo especial el crimen organizado. Es necesario implantar una nueva cultura de seguridad pública, basada en el ideario de inclusión (de los excluidos), cobrando cambios estructurales, a mediano y largo plazo, en busca de la justicia y la paz social. (BARROS LEAL, César, "Delinquência Urbana e Segurança Pública: Brasil e México", en BARROS LEAL, César y PIEDADE JÚNIOR,

Heitor, *A Violência Multifacetada: Estudos sobre a Violência e a Segurança Pública*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 37-38)

11. Actualmente, "existe una amplia gama de sentencias alternativas que están disponibles en la legislación de muchos países del mundo. Algunas de ellas son bastante complejas, pueden involucrar una combinación de sanciones y requieren un servicio especial, tal como el servicio de libertad condicional, para que supervise su implementación. Si bien en principio pueden ser útiles para ayudar a la reintegración social de los delincuentes en la comunidad, muchas de ellas rara vez se aplican debido a los costos y dificultades organizativas involucradas. A veces las condiciones son muy onerosas de cumplir, lo que conduce a incumplimientos frecuentes y, como consecuencia, al encarcelamiento. Las alternativas tradicionales, tales como las multas y las sentencias condicionales y suspendidas, pueden contribuir a la reducción de la población de las prisiones sin necesidad de recurrir a infraestructuras complicadas y costosas, tal como lo requieren algunas alternativas más complejas o nuevas. Estas sanciones de bajo costo están disponibles en la mayoría de las jurisdicciones sin necesidad de realizar mayores inversiones. Las órdenes de servicio comunitario son populares en muchas jurisdicciones debido a su objetivo simbólico de devolver algo a la comunidad que se ha visto afectada por una actividad delictiva y debido a que se las reconoce más como un *castigo* que las multas o las sentencias suspendidas." (Manual sobre Estrategias para Reducir el Hacinamiento en las Prisiones, *op. cit.*, p. 129)

12. Según Francis Cullen y Karen Gilbert, son tres las razones fundamentales para dar apoyo a la idea de la rehabilitación: es el único fin de la pena que obliga al Estado a ocuparse de las necesidades y bienestar de los presos; su ideología supone una racional respuesta a la idea conservadora de que el incremento de la presión punitiva reduce el crimen; y ésta continúa recibiendo un considerable apoyo por parte de la opinión pública como uno de los principales objetivos del sistema de justicia criminal. (MATTHEWS, Rogers, *op. cit.*)

13. Recomiendo la lectura del libro *El Humanismo en el Derecho Penal*, de Eugenio Raúl Zaffaroni, Ubijus, México, 2009. A Andrew Coyle "le preguntan qué cárceles le parecen menos peores, él comenta: recuerdo a un hombre… que visitó las cárceles de EE.UU. ¡Le parecieron espantosas! Los reclusos comían bien, pero estaban en cajas de hormigón y sólo podían hablar con el personal por teléfono", en cambio comenta él: "visité una cárcel en Gambia, donde los presos se hacinaban, dormían en el suelo y comían bazofia. Pero se organizó un concierto y el director general del servicio penitenciario bailó con ellos. Las mejores cárceles son aquellas en las que hay sentido de la humanidad." (LOZANO CORTÉS, Maribel, Estudio Comparativo de la Cárcel y México en Actualidad, en *Estudios Sociales*, vol. 20, n. 40, México, disponible en la *web*).

14. Fragmento del Discurso de Investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), el 20 de mayo de 2016, de Antônio Augusto Cançado Trindade: "El tratamiento dispensado a los seres humanos en cualesquiera circunstancias debe estar conforme al principio de humanidad, que permea todo el *corpus juris* de la protección internacional de los derechos humanos (abarcando el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados, convencional así como consuetudinario, en los niveles tanto global (Naciones Unidas) como regional… (dicho principio) busca proteger todas las personas (inclusive y en particular los más vulnerables) …" (Publicación de la Universidad Autónoma de Madrid).

15. La privación de libertad "trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa. Asimismo, el Estado debe asegurar que la manera y el método de ejecución de la medida no someta al detenido a angustias o dificultades que excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén adecuadamente asegurados." (VARGAS RAMÍREZ, Esteban, *op. cit.*, p. 31)

16. En su ponencia *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia Carcelaria*, en el III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos, en Medellín, 2010, Manuel E. Ventura Robles, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dijo

a manera de conclusión: "…espero que haya quedado claro como en uso de su función jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede no sólo determinar la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos fundamentales de privados de libertad y dictar las reparaciones correspondientes, sino también ordenar a los Estados, mediante medidas provisionales, que adopten las medidas necesarias para evitar que se produzcan o se sigan produciendo esas violaciones a los derechos fundamentales, principalmente a la vida y la integridad personal." (*op. cit.*, p. 85)

17. En la misma ponencia: "Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar." (VENTURA ROBLES, Manuel E., *op. cit.*, p. 39)

18. Sobre la existencia notoria de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario*:* "*49. […]* Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. En efecto, tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos; el derecho a la familia es quebrantado por la superpoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a estos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc. […] 61. Ante la gravedad de las omisiones imputables a distintas autoridades públicas, la Corte debe declarar que el estado de cosas que se presenta en las prisiones colombianas, descrito en esta sentencia, es inconstitucional y exige de las autoridades públicas el uso inmediato de sus facultades constitucionales, con el fin de remediar esta situación […]". (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153 del 28 de abril de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes)

19. "… el nuevo ambiente de seguridad exige que el léxico de las fuerzas de seguridad se alargue a las cuestiones del *big data, predictive policing* y *smart policing,* transportando la actividad

de las policías para el dominio del universo digital, sacando partido de las potencialidades de la inteligencia artificial, aun salvaguardando los derechos individuales de los ciudadanos." (LOURENÇO, Nelson y COSTA, Agostinho (coords.), *Estratégia de Segurança Nacional: Portugal Horizonte 2030*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 162)

20. América Latina es vista como una de las regiones donde más se vulneran los derechos humanos de los ciudadanos encarcelados. Los reclusorios, instituciones contra natura, aplastantes, en el lenguaje de Julio Scherer García, han confirmado progresivamente, en toda la extensión y magnitud de su tragedia anunciada, la imagen de centros de posgrado del crimen, una especie de etapa en la carrera delictiva por la cual pasarían los malhechores. En su Voto Concordante, del 07 de julio de 2004, a la Resolución sobre Medidas Provisionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica), en el caso Oso Blanco, el juez Antônio Augusto Cançado Trindade afianzó, ante las acusaciones de menoscabo a los derechos humanos en aquella unidad, que el principio básico del respeto a la dignidad de la persona humana alcanza a todos, cualesquiera que sean las circunstancias, aun a los privados de libertad, señalando que la Corte, en su *jurisprudence constante*, ha recordado que es el Estado el garante de los derechos de los sometidos a su custodia, o sea: "toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y la integridad personal." Las palabras del distinguido juez, integrante de la Corte Internacional de Justicia (La Haya) y Miembro de la Junta Directiva del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo), nos hacen repensar sobre el desafío que representa, para las instancias gubernamentales y la sociedad civil, el asegurar la protección de los derechos humanos de miles de mujeres y hombres, quienes, mayoritariamente pobres, los más pobres entre los pobres (se penaliza la pobreza, muchos afirman), etiquetados como escoria, como enemigos sociales, pueblan nuestras prisiones, verdaderos basureros humanos.

21. Para la Comisión Nacional de Derechos Humanos, "al considerar las recomendaciones de los organismos internacionales que analizan y estudian las mejores prácticas en materia penitenciaria, se puede concluir que éstas convergen en los estándares mínimos para la vida en prisión, reconociendo la existencia de medidas especiales de seguridad, señalándose en todo momento el respeto que debe existir a una vida digna y segura, respetuosa de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Así, se destacan las siguientes consideraciones: un recluso, una cama; dormitorios que permitan el ingreso de luz natural, aire fresco y ventilación; regímenes carcelarios que permitan un mínimo de 8 horas fuera de celda; derecho y posibilidades de hacer ejercicio físico al menos un día a la semana, incluso para quienes estén en medidas disciplinarias; derecho y posibilidades de participar en actividades recreativas que promuevan el bienestar físico y mental; espacios físicos donde exista la higiene; acceso y atención sanitaria; espacios físicos que garanticen los vínculos familiares; dieta alimenticia balanceada; comedores y cocinas higiénicas; especial atención a mujeres en reclusión, así como a los hijos que conviven con ellas; atención y clasificación para personas en condiciones de vulnerabilidad; respeto a las características socioculturales de las personas privadas de libertad." (La Sobrepoblación en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana, *op. cit.*, pp. 25-26).

LA PANDEMIA CAUSADA POR EL COVID-19 Y LAS PRISIONES: UN PROBLEMA GRAVE CON IMPLICACIONES SERIAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Douglas Durán Chavarría
Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD); miembro de la Comisión Científica de la Sociedad Internacional de Criminología; miembro del Comité Permanente de América Latina para la Prevención del Delito; graduado, ***con distinción***, de la Maestría en Criminología de la Université Catholique de Louvain, Bélgica.

À peu près à cette époque, il y eut aussi une recrudescence d'incendies (…) Renseignements pris, il s'agissait de personnes revenues de quarantaine et qui, affolées par le deuil et le malheur, mettaient le feu à leur maison (…) il fallut édicter des peines très sévères contre ces incendiaires innocents. Et sans doute, ce n'était pas l'idée de la prison qui fit alors reculer ces malheureux, mais la certitude commune à tous les habitants qu'une peine de prison équivalait à une peine de mort par suite de l'excessive mortalité qu'on relevait dans la geôle (…) Pour des raisons évidentes, il semblait que la peste s'acharnât particulièrement sur tous ceux qui avaient pris l'habitude de vivre en groupes, soldats, religieux ou prisonniers. Malgré l'isolement de certains détenus, une prison est une communauté, et ce qui le prouve bien, c'est que dans notre prison municipale les gardiens, autant que les prisonniers, payaient leur tribut à la maladie. Du point de vue supérieur de la peste, tout le monde, depuis le directeur jusqu'au dernier détenu, était condamné et, pour la première fois peut-être, il régnait dans la prison une justice absolue…

Albert CAMUS, La peste,
chapitre III.

RESUMEN

El artículo se propone informar sobre el riesgo del covid-19 para las poblaciones privadas de libertad.

El autor no se centra en el tema de las medidas por adoptar en las cárceles desde un punto de vista sanitario, sino que se enfoca en las acciones que se han recomendado para reducir la población privada de libertad, ello en función de disminuir las consecuencias devastadoras que el virus puede tener en el ámbito penitenciario.

Se comparan y analizan gran cantidad de experiencias que, globalmente, surgieron en un período relativamente corto de tiempo. Se examinan ejemplos particulares de Europa y Norteamérica para, luego, ver las experiencias que se han puesto en marcha en América Latina y el Caribe.

Uno de los objetivos del autor es pensar al respecto de respuestas de desinstitucionalización en materia penitenciaria, como respuesta a la propagación del covid-19, ello para abrir, a su vez, la discusión y la reflexión respecto de lo necesario de hacer cambios estructurales en los sistemas penales del área, con frecuencia tan centrados en lo represivo, lo que produce hacinamiento y, consiguientemente, conculcación de derechos fundamentales.

Palabras clave

Sistemas penitenciarios; covid-19; sistema penal; Derechos Humanos; prisión preventiva; sobrepoblación carcelaria; hacinamiento carcelario.

ABSTRACT

The article aims to report on the risk of covid-19 for populations deprived of their liberty.

The author does not focus on the measures to be taken in places of detention from a health point of view, but rather he focuses on the recommended actions to reduce overcrowding, in order to

decrease the devastating consequences that the virus can have in the prisons and jails.

A large number of experiences are compared and analyzed that arose globally in a relatively short period of time. Particular examples of Europe and North America are examined to then see the experiences that have been launched in Latin America and the Caribbean.

One of the author's objectives is to think about deinstitutionalization responses in places of detention matters, as a response to the spread of covid-19, this, in order to open a discussion and reflection regarding the need to make structural changes in the penal systems of Latin America, which often are focused on the repressive approach, that produces overcrowding and, consequently, violation of fundamental rights.

Keywords

Penitentiary systems; covid-19; penal system; human rights; pre-trial detention; prison overcrowding; incarceration; correctional system; criminal justice system.

1. LA PANDEMIA

La Humanidad enfrenta desde finales del año 2019 una prueba sin precedentes, a saber, la proliferación del covid-19 por todo el mundo.

La gravedad de esta enfermedad es extrema, y ello se ha visto reflejado en lo amplio del alcance de su propagación por todas partes del globo, lo mismo que por la gran cantidad de muertes que ha causado a nivel planetario, toda vez que se encuentra ya implantado en todos los continentes.

Para el caso concreto de América Latina y el Caribe, la pandemia ha causado ya miles de contagios y muertes.

Este virus plantea retos de gran calado para todos los países del mundo, en todos los ámbitos imaginables, lo que obliga a la toma de decisiones que permitan enfrentar de la mejor manera posible los desafíos que, en materia de salud, primeramente, surgen como resultado de este nuevo mal.

En efecto, cada uno de los Estados se ve ahora enfrentado a la necesidad imperiosa de poner en marcha acciones útiles en función de detener el contagio y de salvar vidas.

Esas iniciativas deben ser implementadas siempre teniendo presente que en nuestras sociedades hay grupos que se caracterizan por su vulnerabilidad -o por sus vulnerabilidades- y que, por tanto, requieren de una atención especial.

Ese es el caso de las poblaciones que se encuentran privadas de libertad, las cuales enfrentan situaciones que, sobre todo en Latinoamérica y el Caribe, son extremas, toda vez que quienes están en las prisiones en la región padecen, con demasiada frecuencia, las consecuencias de problemas tales como el limitado acceso a salud, la sobrepoblación o el hacinamiento carcelarios, tan sólo por citar los más apremiantes en el actual contexto de la pandemia de covid-19.

2. LA EMERGENCIA ACTUAL Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

En unas circunstancias tan particulares como las del mundo actual, azotado por la pandemia, se deben echar a andar mecanismos idóneos para avanzar en esa lucha contra el virus y sus consecuencias, pero sin afectar los derechos de las personas y más bien, por el contrario, como se indicaba *supra*, potenciando todas aquellas intervenciones dirigidas a proteger a las poblaciones más vulnerables.

Así, será menester tener presente que ninguna actuación de los Estados que propenda a reaccionar ante esta situación de emergencia, debe darse fuera del marco de los derechos fundamentales de las personas, postulado que ha sido, desde un inicio, recalcado tanto por Naciones Unidas como por los más diversos entes multilaterales y regionales, y órganos políticos supranacionales.

El de lo penitenciario es uno de los ámbitos en los que es más importante partir de presupuestos como los indicados, en vista de que la situación de las personas privadas de libertad les ubica en un medio harto propenso a sufrir los efectos de todas aquellas vulnerabilidades a las que se ha hecho ya referencia, producto a su vez de la exclusión social característica, casi siempre, de estas personas.

LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El derecho a la salud está intrínsecamente ligado al derecho a la vida y, por tanto, se encuentra contemplado en el numeral 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumento cuyo ordinal 5 también es de vital importancia en las consideraciones

relativas a la privación de libertad, condición a la que específicamente se refieren las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, o Reglas Mandela, que son el marco general referente a las prácticas idóneas en lo concerniente a la administración penitenciaria.

Está claro que los Estados son responsables por la salud de las personas que están a su cargo en los establecimientos de privación de libertad; al respecto, las citadas Reglas Mandela, en el numeral 24.1 establecen que los reclusos "… gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior…"

Así visto el tema, cada Estado tiene el deber de proveer a las personas que se encuentran en los centros carcelarios, de un acceso a salud que no puede ser de menor calidad que aquel del cual gozarían en libertad, sin embargo, es más que evidente que los sistemas penitenciarios en Latinoamérica y el Caribe enfrentan, con demasiada frecuencia, condiciones que dificultan grandemente el logro de los objetivos trazados por las Reglas Mandela en el momento de la actual pandemia.

En efecto, las cárceles en la región se ven aquejadas, casi siempre, por niveles de ocupación que superan por mucho lo recomendado, lo cual se refleja claramente en las tasas detalladas en el cuadro siguiente:

4. LAS RESPUESTAS POSIBLES

Una encrucijada como aquella en la que se encuentran los sistemas penitenciarios requiere, entonces, acciones que respondan a la emergencia que globalmente se vive.

Las prisiones en Latinoamérica y el Caribe están casi siempre sobrepobladas y eso dificulta el acceso a saneamiento adecuado, lo que exige que se tomen medidas para reducir la cantidad de personas que se encuentran privadas de libertad; eso contribuirá, indudablemente, a reducir el riesgo de situaciones extremas en las que el covid-19 haga estragos en una población que, ya de por sí, es vulnerable.

Lo que se impone, visto el actual escenario, es acelerar la implementación de propuestas que, incluso, no son novedosas pero que, ahora, requieren de un mayor énfasis.

En efecto, lo que ahora hay que enfatizar es la puesta en marcha de mecanismos como los que podíamos encontrar ya en instrumentos como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, o Reglas de Tokio, las cuales datan de 1990, pero ahora con mayor celeridad, ante la pandemia.

Las Reglas de Tokio establecen medidas sustitutivas al encarcelamiento, y son aplicables

SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA - 2018 O AÑO MÁS CERCANO

	AÑO	CAPACIDAD DEL SISTEMA	POBLACIÓN EXISTENTE	EXCESO	DENSIDAD X 100
Uruguay	2018	11.887	10.098	-1.789	85
México	2018	215.825	203.847	-11.978	94
Chile	2018	41.826	43.089	1.263	103
Argentina	2016	67.110	76.261	9.151	114
Panamá	2018	14.830	17.064	2.234	115
Ecuador	2018	27.270	37.530	10.260	138
Costa Rica	2018	9.925	13.833	3.908	139
Brasil	2018	409.948	708.753	298.805	173
Colombia	2018	79.723	121.230	41.507	152
Paraguay	2018	9.511	14.551	5.040	153
Honduras	2016	11.357	17.572	6.215	155
R. Dominicana	2015	14.548	24.716	10.168	170
Nicaragua	2013	4.399	9.113	4.714	207
El Salvador	2018	18.051	38.822	20.771	215
Perú	2018	39.158	87.379	48.221	223
Venezuela	2013	16.539	52.933	36.394	320
Guatemala	2018	6.997	23.949	16.952	342
Bolivia	2017	5.033	17.836	12.803	354

Fuente: Elías Carranza y Víctor Chaves, Ilanud. Elaborado con información oficial de cada país.

tanto durante el proceso como respecto de las personas sentenciadas, lo que es de gran relevancia, dado que en Latinoamérica y el Caribe tenemos, además de un uso a veces excesivo de la sanción penal privativa de libertad, poblaciones en prisión preventiva que son absolutamente inaceptables, lo que hace que el componente de indiciados tenga demasiado peso en el conteo global de las personas privadas de libertad.

No obstante ello, han ido surgiendo, sobre la marcha, propuestas y acciones en los más diversos temas, que han permitido que se vaya generando un cúmulo de experiencias a nivel internacional que tiene gran importancia, dado que permite visualizar cuáles han sido las formas en que, en diversas latitudes, se ha enfrentado el problema del covid-19 en lo relativo a las prisiones.

5. EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

La respuesta del Sistema de Naciones Unidas ha sido bastante clara y uniforme en el sentido de que, en el curso de la presente emergencia sanitaria, se debe reducir, en la medida de lo posible, la población carcelaria, ello ante el riesgo de que el covid-19 cause una explosión grave de casos de la enfermedad, en vista de las condiciones de vida en el medio cerrado.

Sin embargo, es en extremo importante tener claro que -aparte del deber ético de brindar condiciones de salud buenas a las personas privadas de libertad- protegiendo a las prisiones de un contagio masivo, estamos protegiendo al conjunto de la sociedad, puesto que, tal y como se ha analizado desde hace ya mucho tiempo, lo que sucede dentro de las prisiones en materia de salud, también repercute en lo que acontece extramuros.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha hecho énfasis en la necesidad de pensar en la liberación de personas privadas de libertad para enfrentar la pandemia, sobre todo en la de aquellas más vulnerables, por ejemplo, las de la tercera edad, las que presentan algún tipo de discapacidad y las que ya están enfermas.

Pero no se debe propender a la liberación únicamente de esos grupos vulnerables, sino también, según la Alta Comisionada, a la de otras personas, como las mujeres embarazadas, las personas menores de edad, o "…los detenidos menos peligrosos…" lo que coincide no solamente con el objetivo de dar un tratamiento especial a las poblaciones más vulnerables, sino también con el de reducir la cantidad de personas en prisión en función de aminorar la posibilidad de contagio, que aumenta donde el distanciamiento físico es típicamente imposible, tal el caso de las cárceles sobrepobladas.

Las observaciones generales hechas por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos son desarrolladas por el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura en sus *Recomendaciones relativas a la Pandemia de Coronavirus*, que hacen referencia a la necesidad de reducir la población penitenciaria y otras poblaciones privadas de libertad donde sea posible, por medio de esquemas de liberación adelantada, provisional o temporal, y de revisar los casos de todas aquellas personas sometidas a prisión preventiva, entre varias otras recomendaciones.

Este tipo de respuestas ha sido objeto de abordajes distintos según el país o la región de que se trate, pero lo cierto es que ha habido numerosos sistemas donde se han adoptado rápidamente medidas para descompresionar los sistemas penitenciarios mediante soluciones de muy diversos matices, ya sean propuestas en el ámbito de lo policial, en el de los entes encargados de la persecución, en el de los aparatos jurisdiccionales, o en sede penitenciaria.

6. LOS DISTINTOS ABORDAJES HASTA AHORA PUESTOS EN MARCHA

A. Europa

Durante las primeras semanas de la pandemia en Europa, se dieron motines en algunas prisiones, sobre todo en Italia, los cuales tuvieron su origen precisamente en la implementación de las primeras acciones para evitar la entrada del virus en el sistema penitenciario, concretamente las restricciones a las visitas, lo cual era indicio de que era necesario también ir más allá, y tomar acciones como las que han adoptado, por ejemplo, Francia o España.

Francia también tuvo que sufrir el problema de los motines intracarcelarios luego de que se pusieran en marcha las primeras medidas de confinamiento.

El Poder Ejecutivo tomó varias medidas relativas a la posibilidad de disponer la liberación

anticipada de ciertas categorías de personas privadas de libertad. Por ejemplo, dispuso, derogando parcial y temporalmente el código de procedimientos penales, que las reducciones de pena y los permisos para salir pudieran darse sin consulta previa a la comisión de aplicación de penas, si el ministerio público estuviera de acuerdo.

Igualmente sin participación de la comisión de aplicación de penas, el juez de ejecución de la pena puede ahora, también mediante una derogación parcial y temporal del procedimiento previsto por la ley penal adjetiva, reducir la pena durante el estado de urgencia sanitaria, si el ministerio público está de acuerdo.

No sobra agregar que, en Francia, el Ministerio Público ha tenido con frecuencia un papel activo en los procesos de reducción de la sobrepoblación carcelaria, lo que no deja de ser interesante desde el punto de vista de la coordinación institucional en el presente contexto.

Por supuesto, se han planteado globalmente preocupaciones por este tipo de respuestas, las cuales se han basado en argumentos relativos a la afectación a la seguridad pública que podrían causar, sin embargo, cada ordenamiento jurídico ha ido previendo ciertas situaciones concretas como escenarios en los que no es posible proceder de manera extraordinaria, como las establecidas por el gobierno de Francia en el sentido de que decisiones como las apuntadas no son aplicables a ciertos casos, como cuando el sentenciado ha cometido ciertos tipos de infracciones graves, cuando la infracción ha tenido como víctima a personas menores de quince años o cuando se trata de casos de terrorismo, entre otros.

Entonces, se trata de que cada ordenamiento jurídico tome en cuenta este tipo de previsiones, tal y como lo sugirió abiertamente, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cuando refirió que las autoridades "…deberían examinar la manera de poner en libertad a los individuos especialmente vulnerables al COVID-19, entre otros a los presos de más edad y los enfermos, así como a los detenidos menos peligrosos…"

Otro país europeo que ha tomado medidas para reducir la población penitenciaria en medio de la pandemia, es España, cuyo Ministerio del Interior ha comunicado a los directores y directoras de prisiones una serie de pautas a seguir con la finalidad de aplicar algunos mecanismos que ya estaban previstos por normativa anterior, pero ahora en el contexto de la urgencia sanitaria ligada al covid-19, lo cual parece en extremo prudente, dado que España es uno de los países del mundo que han tenido mayor afectación por la pandemia.

En efecto, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ha dirigido a las prisiones varias comunicaciones que tienden a potenciar, en algunos casos, la pernocta en domicilio de quienes ya disfrutaban de una u otra forma, del régimen abierto.

En esos oficios se pone énfasis en la posibilidad de que ciertos infractores pasen todo el tiempo de su sentencia, al menos mientras dure la pandemia, en su casa, sujetos a monitoreo electrónico, e incluso a control por medio de llamadas telefónicas aleatorias.

B. Estados Unidos

Como país federal que es, los Estados Unidos han producido una inmensa variedad de respuestas a la crisis del covid-19, sobre todo partiendo de que se trata de la nación con la tasa de personas privadas de libertad más alta del mundo.

Esa tasa, que implica más de dos millones de personas en prisión, ha hecho particularmente interesante para los Estados Unidos -nación especialmente afectada por la pandemia- el buscar soluciones prontas a los problemas de sobrepoblación carcelaria que padecen.

Probablemente por lo apuntado, este país ha desarrollado, luego de que empezara esta crisis, un amplio arsenal de medidas para reducir la presión que implican cárceles plenas en su ocupación, y que tienen ya cantidades numerosas de casos del mortal virus en su interior.

Ese arsenal incluye medidas que implican al accionar de los ministerios públicos, tribunales y sistemas penitenciarios, y las directrices proceden de las más altas autoridades tanto de los poderes ejecutivos estatales, como de las cortes supremas de cada Estado, lo que llama la atención tratándose de un país donde el recurso a la sanción penal, y especialmente a la privativa de libertad, ha sido tan extendida.

La puesta en marcha de soluciones radicales para reducir la población carcelaria ha tenido enfoques altamente centrados en la gravedad que representaría una mayor expansión de la pandemia dentro de los sistemas penitenciarios.

Hay coincidencia en las respuestas en el sentido de que se debe poner en libertad a grupos vulnerables, como las personas adultas mayores y con enfermedades crónicas, y las mujeres embarazadas.

En lo que hay numerosas particularidades, dependiendo de cada Estado, es en la forma en que se están llevando a cabo las liberaciones de personas presas y de personas en prisión preventiva, lo mismo que de personas jóvenes en conflicto con la norma penal, pues se ha dispuesto ese tipo de puestas en libertad, incluso -y en muchos supuestos- aun y cuando no se pertenezca a ninguno de los grupos vulnerables.

Por ejemplo en Los Ángeles, California, la Corte Superior ordenó la liberación masiva de personas que estuvieren en prisión preventiva. El procedimiento es expedito, puesto que se excluye completamente la realización de toda audiencia para ello: son liberadas las personas que sean incluidas en listas consensuadas por la oficina del Fiscal General, la oficina de defensores públicos y la oficina del comisario de policía, que son presentadas ante el juez, quien ordena directamente la liberación.

En lo que concerniente a personas menores de edad, son interesantes los casos -también- de Los Ángeles y de Michigan, donde se ha abordado el tema de los niños, niñas y adolescentes sentenciados de manera diferenciada.

En Los Ángeles, la Sección Juvenil de la Corte Superior dispuso que el Departamento de Servicios para la Niñez y la Familia tenga durante el periodo de la urgencia debida al covid-19, la discrecionalidad para que los niños que se encontraban durante un período de visita a su familia, permanezcan con sus parientes durante todo el tiempo establecido para la presente emergencia sanitaria.

Más amplio y categórico aun es el decreto ejecutivo del Gobernador de Michigan, quien manda "…eliminar toda forma de detención o internamiento juvenil, a menos que se determine que el joven representa un peligro sustancial…"

En el mismo sentido, el Gobernador, en Michigan, deja sin aplicación durante la emergencia sanitaria las medidas de confinamiento institucional por incumplimiento de condiciones impuestas en el contexto de una suspensión del proceso a prueba.

Uno de los comunicados más exhaustivos es el del Presidente de la Corte Suprema de Michigan, pues abarca muchísimos temas, luego de informar, incluso, que desde que se pusieron en vigencia medidas para afrontar la pandemia, se ha reducido la población carcelaria en algunos centros de detención del Estado hasta en un 75 %.

Un aspecto interesante de este comunicado es que lo hace el mencionado funcionario, conjuntamente con el director ejecutivo de la asociación de comisarios de policía del Estado.

Se exhorta en este documento a hacer un mayor uso de órdenes de citación en lugar de órdenes de detención, al mismo tiempo que se sugiere un mayor uso de la suspensión del proceso a prueba.

En lo referente a las medidas cautelares privativas de libertad, mencionan que "…se deben efectuar tantas liberaciones como sea (…) posible…" En extremo interesante es que se hace referencia a un problema que la investigación criminológica ha señalado hace mucho tiempo con relación a los Estados Unidos, a saber, que la imposición de cauciones incluso de muy bajos montos dinerarios hace que la prisión preventiva sea en ese país muy extensa por la imposibilidad de muchos de garantizar incluso esas pequeñas sumas de dinero, por lo que recomiendan las medidas cautelares no privativas de libertad sujetas únicamente a caución juratoria.

Sin embargo, uno de los rasgos más llamativos de este comunicado conjunto del Presidente de la de Corte Suprema de Michigan y del director ejecutivo de la asociación de comisarios de policía, es que se hacen sugerencias en cuanto a cómo reducir la población carcelaria por medio de nuevas pautas de trabajo para la policía, lo mismo que a la relación funcional de esta con el ministerio público.

El primer enunciado al respecto es más que categórico, al indicar que las autoridades "…deben arrestar gente y privarla de su libertad sólo si plantea una amenaza inmediata…" a las personas, postura bastante llamativa dado el estilo especialmente duro del control social en los Estados Unidos.

Este discurso continúa permeando el resto del documento cuando se sugiere que la policía, en lugar de detener personas cuando se dan ciertos tipos de infracciones, cite a los infractores para que comparezcan ante la autoridad respectiva, a la vez que remite un informe al ministerio público.

Esa tendencia se refleja también con claridad en el comunicado del Presidente de la Corte Suprema del Estado de Montana a los jueces, quien indica a los administradores de justicia que debido al alto riesgo de transmisión del covid-19, se les pide "…que revisen sus listas y liberen, sin caución, tantos prisioneros como puedan, especialmente aquellos que estuvieren privados de libertad por delitos no violentos…"

La línea así trazada de manera bastante uniforme en muchos de los Estados federales analizados deja ver, sin embargo, que no se trata de la liberación indiscriminada de toda clase de sentenciados, sino de la de aquellos infractores que incurrieron en conductas no tan graves.

Las previsiones de naturaleza securitaria, que se pueden encontrar por doquier prácticamente en todas las respuestas que globalmente se han planteado para la reducción de las poblaciones carcelarias en el mundo actual de la crisis del covid-19, podemos encontrarlas también en el caso del Estado de Nueva Jersey, donde la Corte Suprema ha establecido que los representantes del ministerio público o cualquier otra autoridad represiva estarán en el deber de hacer del conocimiento de las víctimas la liberación de un sentenciado.

C. Latinoamérica

Hecho el recorrido hasta acá seguido, se logra determinar, tal cual quedará claro, que América Latina ha tomado, en varios casos, medidas que se inscriben en la misma línea de acción que los países mencionados *supra*.

América Latina, como se indicaba antes, es una región con grandes cantidades de personas privadas de libertad que no se encuentran alojadas adecuadamente, debido a los problemas de sobrepoblación.

La situación apuntada hace reflexionar constantemente a entes que centran su atención en temas de derechos humanos que, en el ámbito regional, han manifestado su inquietud por la nueva crisis del covid-19 y su irrupción en los sistemas carcelarios.

Así, por ejemplo, la Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013 sobre la crisis del sistema penitenciario, o la Defensoría del Pueblo de Colombia, la que ha manifestado su apoyo al Ministerio de Justicia para que se ponga en vigencia una normativa "… que permita detenciones domiciliarias con mayor favorabilidad que en el código procesal vigente, con mayor cobertura, sin criterios reduccionistas estrangulantes, para salvar la vida de miles de privados de libertad y de los guardianes servidores públicos de los establecimientos penitenciarios…"

El 14 de abril del año 2020, se emitió oficialmente un decreto-ley mediante el cual el Estado colombiano toma una serie de medidas tendientes a reducir la población carcelaria ante la propagación del virus.

El documento es relativamente largo, pues se toman decisiones en lo referente a detenidos en régimen de prisión preventiva, en cuanto a sentenciados y en cuanto a aspectos de Derecho Penal adjetivo.

Aunque la lista de exclusiones parece ser demasiado amplia, se prevé -además de lo que hasta el momento ha sido la regla en los países donde se han tomado medidas de este tipo, es decir los casos de personas adultas mayores, con algún tipo de discapacidad, enfermas o mujeres embarazadas o con niños o niñas en sede carcelaria- el otorgamiento de medidas de detención y prisión domiciliaria a quienes se les haya atribuido la comisión de delitos culposos, a los sentenciados a penas privativas de libertad de hasta cinco años y a quienes hubieren cumplido el cuarenta por ciento de su pena privativa de libertad, en todos los casos, por seis meses.

En cuanto a las capturas, se estableció en este decreto de Colombia, que a todas aquellas personas que fueren aprehendidas durante la emergencia, ya sea para fines de cumplimiento de pena o de imponer prisión preventiva, se les impondrá una medida sustitutiva de la prisión, siempre que no se encuentren dentro de las exclusiones *supra* citadas.

En lo atinente a lo procesal, se crea un procedimiento que consiste en la elaboración de listas de personas que reúnan los requisitos previstos por el decreto, las que son remitidas a los jueces, quienes deberán recibir información de la fiscalía, tras lo cual y sin audiencia, se procederá a resolver por parte de la autoridad jurisdiccional, incluso mediante lo que el decreto denomina "decisiones colectivas" o, resoluciones masivas, como han sido llamadas en otras latitudes.

Es importante destacar que, en el caso de Colombia, se indica expresamente en el decreto que no será "…necesario constatar

el arraigo socio-familiar (*sic*) del beneficiario, tampoco se impondrán cauciones o dispositivos de seguridad electrónica; a tal efecto bastará con la manifestación contenida en el acta de compromiso…"

Una postura similar a la de la Defensoría del Pueblo de Colombia mostró la Comisión de Derechos Humanos del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, que resaltó en su momento la necesidad de implementar medidas urgentes ante la pandemia, tales como la concesión de rebajas de pena "…a la población penal que sufre de enfermedades crónicas (…) o con enfermedades terminales (…) así como también a los reos condenados por delitos de poco o pobre impacto social…"

A las medidas recomendadas agregó el Colegio de Abogados de Panamá que se coordine "…con el Órgano Judicial para que no se abuse de la detención provisional (…) y se sustituya la detención provisional por otra medida más benigna…" todo lo cual, a la luz de la perspectiva de lo sucedido en sólo tres meses, era de lo más pertinente, dado que el país llegó a tener una población infectada de covid-19 de casi 900 personas al 19 de junio del año 2020.

En México, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la OPS/OMS recomendaron medidas similares cuando señalan la necesidad de tener información actualizada sobre el cómputo de penas para facilitar la preliberación, partiendo de "…lineamientos para la identificación y priorización de casos por motivos humanitarios cuando se trate de personas sentenciadas adultas mayores, portadoras de una enfermedad crónico-degenerativa o terminal, independientemente del tiempo que lleven compurgando o les falte por compurgar de la sentencia…" lo que iría más allá de lo que se plantea en varios de los ordenamientos jurídicos analizados, en el tanto prevé la liberación de personas en situación de vulnerabilidad sin importar el tiempo que hubieren cumplido de su sentencia.

Las medidas preventivas respecto del problema del covid-19 en el sistema carcelario se han abordado en Latinoamérica tanto en el ámbito administrativo, cuanto en sede jurisdiccional.

Así se hizo, por ejemplo, en Costa Rica, donde los Jueces de Ejecución de la Pena se han pronunciado de forma masiva dictando medidas correctivas mediante las cuales se ha ordenado a la administración penitenciaria que despliegue una serie de acciones que, analizadas en su conjunto, permitirán desinstitucionalizar a parte de la población privada de libertad en situación de vulnerabilidad ante la crisis de la pandemia.

Por ejemplo, el Juzgado de Ejecución de la Pena de San José, mediante resolución de las 15:15 horas del tres de abril del año 2020, ha ordenado la valoración extraordinaria de "… aquellas personas privadas de libertad vulnerables por alto riesgo a su salud frente al Covid-19, incluyendo no solo mujeres embarazadas o con hijos menores y personas adultas mayores sino toda la población penal de alto riesgo para su vida por sus condiciones de salud (…) y cualquier otro factor de alto riesgo según criterio médico que amerite el egreso (…) En estos casos deberá priorizarse el criterio médico sobre el criterio técnico profesional (…) y bajo las condiciones y presupuestos que determine la autoridad penitenciaria como pertinentes…"

En la Argentina se han dado avances importantes también por la vía de la jurisprudencia, en este caso, por ejemplo, por la vía de la casación para lo que concierne a la Nación, y por medio de una resolución de la Suprema Corte de Justicia para lo atinente a la Provincia de Buenos Aires.

La Cámara Federal de Casación Penal de la Argentina, mediante proveído del 2 de abril del año 2020, partiendo del comunicado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 30 de marzo del año 2020 -en el que urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad frente a la pandemia-, dispuso que se adopten medidas "… para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19. 2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo (…) mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes están prontas a cumplir condenas…"

La Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

estableció, mediante resolución del 25 de marzo del año 2020 que "…es atribución de los magistrados competentes evaluar y discernir en su caso, en vista de las actuales circunstancias (…) la adopción de medidas alternativas (…) respecto de personas privadas de su libertad, que se encuentran abarcadas dentro de los grupos de mayor riesgo ante el COVID-19…"

Ya con anterioridad, la Presidencia del Consejo Nacional de Justicia del Brasil había emitido una amplia recomendación a los tribunales y jueces para la adopción de medidas preventivas ante la propagación del covid-19.

Esta recomendación del *Conselho*, que ha tenido el importante respaldo de entes de defensa de los derechos humanos, de la sociedad civil, de las defensorías públicas y de la Academia, entre otros, se caracteriza por lo exhaustiva que es, pues abarca cantidad de escenarios en relación con las estrategias por seguir para desinstitucionalizar personas privadas de libertad en un momento en que tan necesario era enfrentar la pandemia, especialmente en un país con una densidad tan alta en cuanto a población carcelaria se refiere, y que en muy poco tiempo ha llegado a tener miles de casos de coronavirus en los centros penitenciarios, tanto federales como distritales.

Contempla que las nuevas órdenes de prisión preventiva deben sujetarse a un criterio de máxima excepcionalidad, a la vez que recomienda a los jueces de ejecución de la pena que consideren, entre varias otras opciones, la salida anticipada o la concesión de la prisión domiciliaria en los casos de personas que se encontraren en los regímenes cerrado y semiabierto, la concesión de la prisión domiciliaria a personas que enfermaren de covid-19 cuando no hubiere espacios de aislamiento adecuados en el establecimiento penal, y la revaloración de aquellas medidas cautelares privativas de libertad que hubieren excedido los noventa días o que estuvieren relacionadas con delitos sin violencia o grave amenaza a las personas.

LLama la atención que, incluso antes de que se publicara la recomendación del *Conselho*, existían ya en Brasil respuestas en el ámbito estatal, tal el caso de la Ordenanza Conjunta N° 19/PR-TJMG/2020 del 16 de marzo del año 2020 del Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais, que recomienda que a todas las personas presas en régimen abierto y semiabierto se les conceda la prisión domiciliaria, bajo las condiciones que el juez de ejecución de la pena determine, a la vez que recomienda la revisión de todas las medidas cautelares privativas de libertad a fin de verificar la posibilidad de que se aplique una medida alternativa a la prisión.

Siempre en Sudamérica, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador dirigió a los presidentes de cortes provinciales un oficio de alcances relativamente cortos, puesto que se limitó a exhortar a los jueces y juezas que tengan el conocimiento de los delitos cometidos en flagrancia, a privilegiar la imposición de medidas cautelares no privativas de libertad, especialmente en los casos de personas menores de edad en conflicto con la norma penal y en los de mujeres.

Más al Sur, CHile sancionó la Ley 21.228, o *Ley de Indultos Conmutativos a Causa de la Enfermedad Covid-19 en CHile* que, a abril del año 2020, se preveía permitiera la liberación de hasta más de 1860 personas privadas de libertad, a lo cual se sumó el oficio FN N° 314 / 2020 del Fiscal Nacional del Ministerio Público -de 21 de abril del año 2020- en el que se exhortó a los Fiscales Regionales a analizar detenidamente la conveniencia, en el contexto de la pandemia, de la prisión preventiva de personas adultas mayores, enfermas, embarazadas o de otras cuyas condiciones de salud les pongan en riesgo al permanecer detenidas.

Para el caso del Caribe hispanohablante, el Procurador General de la República Dominicana instruyó a los procuradores fiscales para que procedan a solicitar a los jueces respectivos y "…con carácter de urgencia…" el cambio de las medidas cautelares privativas de libertad que hubieren sido impuestas a personas mayores de sesenta años y a aquellas que hubieren sido diagnosticadas, de previo a la pandemia, con enfermedades crónicas o terminales, sin importar su edad, para que se les imponga prisión domiciliaria por sesenta días prorrogables, a solicitud de la Procuraduría. Esta solicitud de cambio debe acompañarse de condiciones que se determinan detalladamente en la *Instrucción General* misma.

Al igual que en otras latitudes, el ente persecutorio dominicano previó la imposibilidad de que se soliciten este tipo de cambios en caso de personas a las que se les atribuyere la comisión de delitos graves de violencia de género, sexuales, intrafamiliares o de tráfico de estupefacientes, entre otros.

Similares previsiones estableció el Fiscal General en la mencionada *Instrucción General* para el caso de las personas sentenciadas, incluso ampliándose el catálogo de enfermedades en cuya presencia se puede solicitar el cambio de sanción.

7. POBLACIONES ESPECIALMENTE VULNERABLES Y PERSONAS NO INFRACTORAS DE LA NORMA PENAL PRIVADAS DE LIBERTAD

Es necesario llamar la atención respecto del hecho de que se debe prestar particular interés a algunas poblaciones específicas, especialmente vulnerables en el actual contexto de la pandemia, pero que a veces son invisibilizadas en el ámbito del control social formalizado.

En efecto, es necesario no desatender a personas tales como los niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas pertenecientes a los pueblos originarios, lo mismo que a los migrantes.

En general, en la información analizada se ha logrado observar que hay empeño por parte de los diversos ordenamientos jurídicos estudiados por proteger a las jóvenes **y** los jóvenes, lo mismo que a mujeres embarazadas o con niños, que estuvieren en prisión, de los peligros que representa el covid-19: es menester concretar las medidas particulares que respecto de estas poblaciones se están planteando, lo mismo que respecto, por ejemplo, de las personas adultas mayores, enfermas o con algún tipo de discapacidad.

Respecto a los niños, niñas y adolescentes en privación de libertad, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha establecido como principio general, que se proceda a la liberación de aquellos que se encuentren bajo cualquier forma de detención o encierro, siempre que esta medida sea factible.

En ese mismo sentido, UNICEF, conjuntamente con otras organizaciones, ha hecho una serie de recomendaciones sobre el covid-19 en relación con los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, con tres ejes rectores: 1) establecer una moratoria respecto de los nuevos ingresos en centros de detención; 2) liberar a todos aquellos que puedan ser puestos en libertad en condiciones de seguridad; y 3) proteger la salud y el bienestar de cualquier niño, niña y adolescente que deba, en todo caso, permanecer privado de libertad.

Extremadamente importante es la mención en la Recomendación del Consejo Nacional de Justicia del Brasil, por innovadora, de la posibilidad, para los jueces de ejecución de la pena, de conceder la salida anticipada de personas pertenecientes a los pueblos originarios, lo mismo que la potestad de los jueces de la fase de conocimiento, de revisar las prisiones preventivas de estas personas.

El decreto-ley de Colombia también introdujo una previsión expresa respecto de la población indígena, al indicarse que, en el proceso extraordinario ahora creado, se debe tener presente un enfoque étnico.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también ha llamado la atención en lo que concierne a los migrantes.

Se trata de personas que, la mayoría de las veces, se encuentran privadas de su libertad sin nunca haber infringido la norma penal, y que son institucionalizadas tan solo por su condición de migrantes, además de que, con demasiada frecuencia, precisamente por la difícil situación en que se encuentran, son mucho más vulnerables que otras poblaciones.

Por lo explicado, el Alto Comisionado ha recomendado que se revise el recurso a la detención de personas migrantes con una visión tendiente a reducir la cantidad de personas privadas de libertad para, de esa manera, mitigar el riesgo que hay debido a la propagación del virus.

El Consejo Europeo también se ha pronunciado en el sentido de recomendar el "…abstenerse, en la medida de lo posible, de detener migrantes…" para disminuir los peligros inherentes a la presente pandemia.

Hay otro tipo de población no infractora de la norma penal privada de libertad, que ha sido identificada por Brasil como especialmente relevante al analizar el contexto de la pandemia, a saber, la de las personas aprehendidas por deuda alimentaria, es decir, por el impago de pensión en materia de familia, respecto de la cual recomendó el Consejo Nacional de Justicia la prisión domiciliaria durante la crisis sanitaria actual.

Al respecto, el Superior Tribunal de Justiça ya se ha pronunciado, disponiendo -en un caso planteado en el Estado de Ceará- que las

personas que estuvieren privadas de libertad por pensión alimentaria podrán cumplir el período de aprehensión en régimen domiciliar.

8. A GUISA DE CONCLUSIÓN

La pandemia que sufre en estos momentos la Humanidad exige respuestas prontas en todos los ámbitos, sobre todo en aquellos en los que puedan ser afectados grupos especialmente vulnerables.

Uno de esos grupos es, precisamente, el de las personas privadas de libertad, lo que implica que los Estados deben tomar medidas extraordinarias para mitigar el riesgo de que la propagación del covid-19 cause estragos en ese contexto.

La sobrepoblación y el hacinamiento son unos de los problemas más característicos de los centros carcelarios en Latinoamérica, los que, además de ser violatorios de los derechos fundamentales de las personas ahí recluidas, les ponen ahora en grave riesgo por la llegada del virus.

Ante una constatación tal, los diferentes ordenamientos jurídicos a nivel global, aceleraron la puesta en marcha de una gran cantidad de mecanismos útiles en función de descongestionar los sistemas penitenciarios, lo que, sin duda, contribuiría a reducir los nuevos y evidentes riesgos de salud.

El gran reto -sobre todo en Latinoamérica- luego de que se tomaran esas determinaciones, es que tales herramientas sean realmente puestas en práctica, y ello de una manera ágil y adecuada, puesto que había ya, incluso desde un inicio, cierto pesimismo respecto de la posibilidad real de que tales soluciones tuvieran una incidencia significativa en función de reducir el riesgo que corren las grandes poblaciones penitenciarias de la región en el contexto de pandemia imperante.

En efecto, ya se han dado casos en muy corto tiempo luego de que se acelerara la propagación del virus y de que los Estados dispusieran medidas para reducir las poblaciones de personas privadas de libertad, en los que los órganos encargados de ello han sido objeto de críticas por su lento accionar, o en los que directamente han rechazado la puesta en práctica de tales mandatos o directrices de los órganos superiores, como en los casos, en el Brasil, de la resolución del uno de Abril del año 2020 del Juez Alberto Anderson Filho, del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, o de lo actuado en Minas Gerais respecto de un grupo de personas privadas de libertad cuyo régimen fue cambiado arbitrariamente, resultando endurecida su condición, supuestamente en razón de la situación imperante por la pandemia.

En el primer caso, el Magistrado paulista declaró sin lugar el recurso planteado contra una resolución que rechazó una solicitud de cambio de régimen carcelario por riesgo ante el covid-19, rechazo que más tarde fue desestimado -por la vía del habeas corpus- por el Supremo Tribunal Federal, que concedió el régimen domiciliar a la persona privada de libertad relacionada, indicando que la fundamentación del Tribunal de Justicia de São Paulo se contraía no más que a apreciaciones personales del juzgador.

En el segundo caso, se trata de lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia en el recurso de habeas corpus 575.495 – MG (2020/0093487-0). El Superior Tribunal de Justicia declaró con lugar el recurso indicando que las medidas tomadas en el caso de Minas Gerais contravenían la resolución 62-2020 del Consejo Nacional de Justicia que fuera analizada *supra*.

Como puede verse, podría haber, en efecto, obstáculos y actuaciones abiertamente opuestas a la aplicación de los mecanismos legales o institucionales que se han dispuesto para responder al problema del hacinamiento como factor de riesgo en el contexto de la pandemia, e incluso contradicciones a lo interno de los diversos poderes de los Estados sobre la necesidad de desinstitucionalizar.

También será un desafío que se modifiquen esos mecanismos allá donde se probaren ineficaces para mejorar la situación de sobrepoblación imperante, en una época que amenaza con convertir ese rasgo característico de nuestras prisiones en la causa de la muerte de cientos o, quizá, miles de personas.

Cada nación deberá valorar sus problemas de sobrepoblación y hacinamiento carcelarios, lo mismo que el riesgo que ellos implican para esas poblaciones respecto de las cuales los Estados están obligados en materia de salud y de respeto a su derecho fundamental a la vida, ahora amenazado por el mortal mal del covid-19. Una vez que el virus entra a estos ámbitos, a veces, absolutamente hacinados y propensos, ya de por sí, a condiciones normalmente pobres en lo

atinente a saneamiento, es más difícil evitar sus consecuencias.

Vista la gran cantidad de acciones que, mundialmente, se despliegan sobre el tema, parece vital que cada país reflexione sobre la necesidad de dar paso a iniciativas similares y a mejorar las ya adoptadas, para proteger a una población que, como ya se indicó, es especialmente vulnerable y cuyo bienestar es responsabilidad y obligación de los Estados.

Por otro lado, la presente coyuntura debe servir, también, para pensar sobre algunos de los temas más apremiantes en esta materia en Latinoamérica, tal el caso de las pobres condiciones materiales en las que, generalmente, viven las personas privadas de libertad como consecuencia del hacinamiento tan generalizado que hay en la región, lo mismo que el de sus causas: el recurso abusivo al Derecho Penal y la mirada extremadamente represiva de frente a la conflictividad social producto de sociedades caracterizadas cada vez más por la violencia estructural.

NOTAS

1. OMS, Cumulative confirmed and probable COVID-19 cases reported by countries and territories in the Americas, as of 30 June 2020 (https://ais.paho.org/phip/viz/COVID19Table.asp).
2. NN.UU.: Shared Responsibility, Global Solidarity, Nueva York, 2020, p. 1 (https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_report_socio-economic_impact_of_covid19.pdf).
3. Ver en ese sentido, v. gr., Consejo Europeo: Déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus, 20 de marzo del año 2020 (https://rm.coe.int/16809cfa4a).
4. Asamblea General, resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre del año 2015.
5. Resolución 45/110 de la Asamblea General, anexo.
6. Hay países de la región donde más de la mitad de la población carcelaria está constituida por personas sometidas a medidas cautelares privativas de libertad.
7. Ver al respecto, por ejemplo, WHO (Regional Office for Europe): Prisons and Health, Copenhague, 2014, p. 2 (http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/249188/Prisons-and-Health.pdf) / OMS: El control de la tuberculosis en prisiones, Ginebra, 2000, p. 3 (https://www.who.int/docstore/gtb/publications/prisonsNTP/PDF/sp/who_cds_tb_2000_281.pdf)
8. Declaración de la Alta Comisionada del día 25 de marzo del año 2020.
9. Ibidem.
10. Laura HAWKS et al.: COVID-19 In Prisons and Jails in the United States, in Journal of the American Medical Association, 28 de Abril de 2020, E1 (https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/2765271?utm_campaign=articlePDF&utm_medium=articlePDFlink&utm_source=articlePDF&utm_content=jamainternmed.2020.1856)
11. Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic (adoptadas el 25 de marzo del año 2020).
12. Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041755529&dateTexte=20200406).
13. Artículo 25.
14. Dentro de ciertos parámetros cuantitativos que establece la ley relacionada.
15. Ver Christian MOUHANNA: La coordination des politiques judiciaires et pénitentiaires. Une analyse des relations entre monde judiciaire et administration pénitentiaire, Centre de recherche sociologique sur le droit et les institutions pénales / Ministère de la Justice, París, 2011.
16. En Francia, se reportaba a inicios de abril del año 2020 que habían salido de prisión más de seis mil personas desde que se puso en marcha el confinamiento para enfrentar al covid-19 (https://www.publicsenat.fr/article/societe/covid-19-dans-les-prisons-une-bombe-a-retardement-181745).
17. Las denominadas "crimes" en la legislación penal francesa, por contraposición a los delitos o las contravenciones.
18. Declaración de la Alta Comisionada del día 25 de marzo del año 2020.
19. Mediante oficios de 18 y 19 de marzo del año 2020.
20. Matthew AKIYAMA et al.: Flattening the Curve for Incarcerated Populations – Covid-19 in Jails and Prisons, in New England Journal of Medicine 382,22, 2020, p. 2075 (https://www.nejm.org/doi/10.1056/NEJMp2005687).
21. Danielle Kaeble & Mary Cowhig: Correctional Populations in the United States, 2016, U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Washington, 2018.
22. L. HAWKS et al. (op cit.) mencionan cientos en prisiones de Nueva York y de Chicago, sólo por mencionar dos de las ciudades más grandes de los Estados Unidos.
23. Superior Court of California, County of Los Angeles.

24. Mediante comunicado del 24 de marzo del año 2020 (http://www.lacourt.org/newsmedia/uploads/142020324174155NR_Justice_Partners_Request_March_24_2020_FINAL.pdf).
25. Superior Court of California, Juvenile Division, County of Los Angeles.
26. Mediante orden 2020-SJ-006-00 del 20 de marzo del año 2020 (http://www.lacourt.org/division/juvenile/pdf/2020-SJ-006-00StandingOrderTemporarilySuspendingDependencyCourt-Or.pdf)
27. The Department of Children and Family Services.
28. Mediante decreto ejecutivo 2020-29 (https://www.michigan.gov/whitmer/0,9309,7-387-90499_90705-523422--,00.html).
29. Ibidem, numeral 7b.
30. Ibidem, ordinal 8.
31. Chief Justice B. M. McCormack, Michigan Supreme Court / Sheriff M. Saxton, Executive Director, Michigan Sheriff's Association (Joint Statement), 26 de marzo del año 2020 (https://courts.michigan.gov/News-Events/press_releases/Documents/CJ%20and%20MSA%20Joint%20Statement%20draft%202%20(003).pdf).
32. Probation.
33. Del 20 de marzo del año 2020 (https://courts.mt.gov/Portals/189/virus/Ltr%20to%20COLJ%20Judges%20re%20COVID-19%20032020.pdf?ver=2020-03-20-115517-333).
34. Expediente # 084230.
35. https://njcourts.gov/notices/2020/n200323a.pdf
36. Solicitud de medidas urgentes frente al COVID-19 a la Corte Constitucional del 20 de marzo del año 2020 / Respuesta a las observaciones de la Fiscalía General de la Nación frente a la crisis carcelaria y llegada del coronavirus del 8 de abril del año 2020.
37. Comunicado del 13 de abril del año 2020 (https://www.defensoria.gov.co/es/nube/comunicados/9288/Defensor%C3%ADa-pide-acelerar-expedici%C3%B3n-del-Decreto-reglamentario-de-la-emergencia-carcelaria-c%C3%A1rceles-Defensor%C3%ADa-COVID-19-detenciones-domiciliarias.htm).
38. https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Decreto_546_2020/DECRETO%20546%20DE%202020%20-%20MinJusticia%20-%20Sustituir%20Pena%20de%20Prision%20y%20la%20Medida%20de%20Aseguramiento%20de%20Detencion%20Preventiva%20por%20Prision%20y%20Detencion%20Domiciliaria%20-%2020200412.pdf
39. Artículo 13.
40. Ver comunicado del 13 de marzo del año 2020 (https://panamacna.com/https-panamacna-com-wp-content-uploads-2020-03-0001-scaled-jpg/).
41. Estadísticas oficiales de la Dirección General del Sistema Penitenciario del Ministerio de Gobierno de Panamá (http://www.mingob.gob.pa/comunicado-estadisticas-privados-de-libertad-junio-2020/).
42. Ver Estándares Especiales UNAPS COVID-19 / Estándares Avanzados de Naciones Unidas para el Sistema Penitenciario Mexicano, México, marzo del año 2020 (https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/2020/Mexico/Estandares_Especiales_UNAPS_COVID-19.pdf)
43. Ibidem, p. 5.
44. No obstante ello, la Oficina de Defensores Públicos, por ejemplo, ha sido crítica del accionar del Ministerio de Justicia, ente encargado de los centros carcelarios, por lo que señala es un actuar lento en la tramitación de tales valoraciones.
45. https://www.cij.gov.ar/nota-37032-Prove-do-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal.html
46. http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19%20(Coronavirus).%20%20Personas%20privadas%20de%20la%20libertad&veradjuntos=no
47. Muy relevante es también la resolución del 8 de abril del año 2020 del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires que, mediante la vía del habeas corpus, potenció el uso del arresto domiciliario en el caso de las personas a las que se les imputen delitos leves y que se encuentren en situación de riesgo por razones de salud, lo mismo que la detención domiciliaria de personas sentenciadas próximas a cumplir sus penas, bajos ciertos supuestos.
48. Recomendação N° 62, de 17 de março de 2020 (https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3% A7%C3%A3o.pdf).
49. http://www.oabsp.org.br/nota-coletiva-recomendacao-62-e-desencarceramento-pdf.pdf/view

50. Ver CARRANZA y CHAVES, ibidem.
51. Superior Tribunal de Justiça, habeas corpus 575.495 – MG (2020/0093487-0), P. 34.
52. https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/sistema-prisional-medidas-necessarias-para-o-contingenciamento-da-pandemia-do-coronavirus.htm#.XpahwJmeXIV.
53. Oficio # 191-P-CNJ-2020 del 12 de abril del año 2020.
54. Comunicado de prensa de la Gendarmería de CHile del 17 de abril del año 2020.
55. Instrucción General del 30 de marzo del año 2020.
56. Vid.https://alliancecpha.org/en/system/tdf/library/attachments/covid-19_and_children_deprived_of_their_liberty_v1_lowres_0.pdf?file=1&type=node&id=37576.
57. En el ámbito nacional, Honduras ha dado pasos en ese sentido, al facilitar la salida de personas jóvenes de las instituciones de internamiento, ello mediante la revisión de sus casos, tanto en lo concerniente a los que están en prisión preventiva, cuanto a lo que corresponde a los sentenciados (http://www.poderjudicial.gob.hn/Paginas/Boletin13042020.aspx).
58. Artículo 9.
59. The Subcommittee on Prevention of Torture: ibidem, parágrafo 9.5.
60. Consejo Europeo: ibidem, parágrafo 5.
61. Ver la Recomendación del Conselho Nacional de Justiça (artículo 6) y la Ordenanza del Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais (artículo 4).
62. http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Devedores-de-pensao-alimenticia-no-Ceara-deverao-cumprir-prisao-em-regime-domiciliar.aspx
63. Como en el caso de Costa Rica, donde -como se señaló antes- la Oficina de Defensores Públicos fue crítica, en un inicio, por la forma -que consideró poco célere- en que el Ministerio de Justicia ha actuado para cumplir las órdenes de los Jueces de Ejecución de la Pena al respecto.
64. El Magistrado cuya resolución revisó el Supremo Tribunal Federal desestimó el mayor riesgo de contagio de la persona privada de libertad aduciendo que "…de los cerca de 7.780.000.000 de habitantes del planeta Tierra, apenas 3 (tres): ANDREW MORGAN, OLEG SKRIPOCKA y JESSICA MEIER, ocupantes de la estación espacial internacional (…) no están, por ahora, sujetos a contaminación por el famoso (sic) CORONA VIRUS…"
65. Un caso particularmente llamativo es el del Juez Daniel Urrutia, en CHile, quien reemplazó la prisión preventiva de un grupo de personas que se encontraban en prisión preventiva, por su arresto domiciliario, valorando para ello el peligro que afrontaban ante la propagación del covid-19; los efectos de la mencionada decisión fueron suspendidos por el Tribunal de Apelaciones de Santiago, cuya resolución ha tenido, además, consecuencias disciplinarias para Urrutia, quien ha sido respaldado por la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados del Poder Judicial de CHile (https://www.magistrados.cl/declaracion-publica-23/), que considera lo actuado por el Tribunal de Apelaciones como una "…severa afectación a la independencia judicial…"

PRISÃO, MORTE SOCIAL E DIREITOS HUMANOS

Elisianne Campos de Melo Soares
Jornalista e advogada; Mestre em Comunicação e Cultura pela Universidade Clássica de Lisboa; Mestranda em Direito Constitucional pela UFRN.

Leonardo Oliveira Freire
Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Filosofia; Realiza estágio pós-doutoral em Direito (UFRN); Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

RESUMO

Ao adentrar o sistema penal, o indivíduo depara-se com um ambiente hostil que lhe lança em um processo de aculturação e perda de identidade. Para sobreviver, necessário se faz romper com o mundo exterior e a vida pretérita, absorvendo um novo sistema de cultura e costumes paralelos à sociedade comum. Essa é uma das facetas do processo chamado de mistanásia, ou morte social, fenômeno que repetidamente se verifica no país, amplamente observável em uma parcela da sociedade brasileira excluída, ou com acesso limitado à educação, assistência à saúde e mercado de trabalho. Referida exclusão se evidencia com a ausência desses indivíduos nos processos capitalistas de consumo. O presente artigo propõe a abordagem do tema à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, refletindo acerca dos conceitos de ostracismo e mistanásia. A forma como a condenação penal afeta esse processo de invisibilidade também é considerada. A pesquisa, de natureza qualitativa, tem como base levantamento bibliográfico. Aponta, por fim, um diagnóstico da morte social da população encarcerada e egressa do sistema penal, propondo caminhos de saída e transformação social.

Palavras-chave

Dignidade da pessoa humana; direitos da personalidade; mistanásia; morte social.

ABSTRACT

When entering the penal system, the individual is faced with a hostile environment that throws him into a process of acculturation and loss of identity. In order to survive, it is necessary to break with the outside world and the past life, absorbing a new system of culture and customs parallel to the common society. This is one of the facets of the process called *mistanásia*, or social death, a phenomenon that is repeatedly observed in the country, widely observed in a part of excluded Brazilian society, or with limited access to education, health care and the labor market. This exclusion is evident in the absence of these individuals in capitalist consumption processes. This article proposes to approach the theme in the light of the dignity of the human person and the rights of the personality, reflecting on the concepts of ostracism and *mistanásia*. The way in which criminal conviction affects this invisibility process is also considered. The qualitative research is based on a bibliographic survey. Finally, it points to a diagnosis of the social death of the incarcerated population and egressed from the penal system, proposing ways out and social transformation.

Keywords

Dignity of human person; personality rights; mistanasia; social death.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos em um mundo desigual, onde os abismos sociais e econômicos que separam as pessoas tornam recorrentes diversas formas de violação aos direitos humanos.

Na intenção de reparar tamanhas desigualdades, a defesa dos direitos fundamentais é medida que se impõe. A discussão sobre a tutela de tais direitos é cada vez mais pertinente face à globalização e à perversidade dos sistemas econômicos.

No Brasil, país que se diz um Estado democrático de Direito, pecando por seu sofrido

histórico de políticas públicas equivocadas, corrupção endêmica, dificuldade do acesso à justiça e ineficácia na aplicação das leis, é ainda mais relevante uma reflexão sobre os direitos subjetivos e inatos de cada um de nós.

A situação é ainda mais grave se considerarmos o contexto de vida da população carcerária brasileira, que sofre com as más condições das instalações dos presídios e cadeias públicas, serviços de alimentação e saúde precários e superlotação. Considerando que essa população é constituída, em sua esmagadora maioria, por uma parte da população excluída e esquecida pelas políticas públicas de assistência social, emprego, moradia etc. desde a infância, verifica-se um ciclo de pobreza e discriminação que perpetua as graves desigualdades que nos separam.

A partir da reflexão acerca das agruras enfrentadas pela população carcerária brasileira, o presente trabalho propõe discutir a chamada mistanásia, ou morte social, que vitima aqueles que adentram o sistema penal. Tal fenômeno se dá através de diversos fatores, sobretudo por meio de um processo de aculturação e construção de um discurso formado pelos meios de comunicação e por falas politizadas, no intuito de minorar a humanidade desses indivíduos, taxando-os de seres incapazes de se ressocializarem e representativos de um risco permanente de reincidência.

Para iniciar o debate, propomos discutir a situação dos direitos da personalidade em nosso ordenamento pátrio, para, em seguida, conceituar ostracismo e mistanásia. Por fim, passamos a tratar sobre como se dá o anteriormente referido processo de aculturação com o ingresso no sistema penal, para, depois, tratarmos brevemente acerca dos instrumentos utilizados para a construção do processo de morte social dos indivíduos apenados, mesmo depois de sua saída do sistema.

Por certo o debate aqui suscitado não pode ser esgotado em apenas um artigo, mas visa a fomentar a discussão que pode ser instigante para que outros operadores do direito, pesquisadores e acadêmicos prossigam no estudo das referidas questões. Tais indagações são relevantes e podem ser úteis no traçar um panorama de nosso sistema constitucional e penal, e são aptos a nos levar a refletir acerca do que pode ser feito para que se quebre o ciclo de desigualdades e preconceitos no qual vivemos.

2. DIREITOS NA PERSONALIDADE E DIGNIDADE HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos fundamentais são diretrizes gerais, garantias de todo o povo – como sociedade – em se ver livre do poder excessivo do Estado, enquanto os direitos da personalidade são fruto da captação desses valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilística (TARTUCE, 2019, p. 226).

Orlando Gomes, citando Karl Larenz, lembra que, em face do menosprezo e do desapreço à dignidade humana por parte do Estado, somados à multiplicação dos atentados perpetrados contra a personalidade por particulares em razão dos progressos técnicos da era moderna, os tribunais da Alemanha pós-guerra foram incentivados a agir pela proteção da pessoa humana, utilizando-se de artigos da Constituição, em uma forma de "direito geral de personalidade" (GOMES, 1983, pp. 251-252).

Tal atitude adveio em um período posterior à Segunda Guerra Mundial, período de ascensão e florescimento de regimes autoritários e ditatoriais na Europa e em diversas outras regiões do planeta, regimes estes que perseguiram e mataram milhões de pessoas, em atitudes xenófobas e eugenistas legitimadas pelos sistemas legais nacionais. Tal absurdo levou à criação de entidades (como a Organização das Nações Unidas, por exemplo) e diversos mecanismos de refreio ao arbítrio estatal, na tentativa de promover segurança jurídica e resguardar direitos e garantias fundamentais universais dos seres humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1948, já no seu preâmbulo destaca a importância da dignidade humana, "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". A seguir, estabelece em seu artigo 1º: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

Nas palavras de Norberto Bobbio (1992, p. 01),

> O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da paz perpétua, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado.

O Título II de nossa Constituição de 1988, sob a denominação "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", traz as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas são também fundamentais ao ser humano e sem elas a pessoa humana não pode atingir sua plenitude e, por vezes, sequer pode sobreviver. Nunca se pode esquecer a vital importância do art. 5.º da CF/1988 para o nosso ordenamento jurídico, ao consagrar as "cláusulas pétreas", que são direitos fundamentais deferidos à pessoa insuscetíveis de modificações.

Esses preceitos garantem, ainda, que os direitos ali elencados não só estão formalmente reconhecidos, mas também serão concreta e materialmente efetivados.

Dentre os referidos direitos estão os chamados direitos da personalidade. Para Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade "são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)" (DINIZ, 2002, p. 135). Já para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os direitos da personalidade constituem "aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 144).

Outro conceito relevante a considerarmos no presente estudo é o da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República brasileira, confirma a opção do constituinte por tal princípio, como indicador de uma unidade axiológica e legitimadora da ordem jurídica nacional, incluindo os direitos fundamentais (LIMA; RODRIGUES, 2015, p. 340).

Vale transcrever o prólogo do documento "Reflexão ética sobre a dignidade humana", editado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal:

> A dignidade é um princípio moral baseado na finalidade e natureza da espécie humana, que inclui, normalmente, manifestações de racionalidade, liberdade e finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio, pois esse projeto de autorrealização exige, da parte dos outros, reconhecimento, respeito, liberdade de ação e não instrumentalização da pessoa, constituindo o objeto e a razão da dignidade, só possível pela solidariedade ontológica com todos os membros da espécie. Tudo o que somos é devido a outros que se debruçaram sobre nós e nos transmitiram uma língua, uma cultura, uma série de tradições e princípios. Uma vez que fomos constituídos por esta solidariedade ontológica da raça humana e estamos inevitavelmente mergulhados nela, realizamo-nos a nós próprios através da relação e ajuda ao outro. Não respeitaríamos a dignidade dos outros se não a respeitássemos no outro (PORTUGAL, 1999).

O cerne da dignidade humana se resume ao respeito do ser humano por si próprio e pelo outro, que é imprescindível e apregoado pelos grandes mestres da humanidade, pelas religiões e pela filosofia (imperativo categórico kantiano). Mas, embora intrínseca ao ser humano, a dignidade não se materializa por si só. Floresce ou fenece no social, na interação dos homens entre si. Por isso é preciso concordar com Cunha Júnior (2008, p. 340) quando afirma que: "[...] a dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira, artigo 1º, inciso III, é vetor para a identificação material dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais".

Sobre o tema colacionamos o entendimento de Ingo Sarlet (2002, p. 62), que parte de matriz Kantiana e parece mais abrangente:

> Entende-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ingo Sarlet estabelece um conceito capaz de reunir em si dois aspectos fundamentais: uma ação negativa (passiva), por parte do Estado, no sentido de evitar agressões, e uma ação positiva (ativa), no sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos, como preconizado por um projeto constitucional inclusivo.

A dignidade da pessoa humana, na visão de Nunes (*apud* MENDONÇA; SILVA, 2014, p. 156), é considerada o valor constitucional supremo, em torno do qual gravitam todos os direitos fundamentais, conferindo-lhes caráter sistêmico e unitário. Constitui-se, portanto, como núcleo axiológico da Constituição e eixo central de todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo inerente a toda pessoa humana.

Em resumo, podemos afirmar que "os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade" (art. 1.º, III, da CF/1988). Para Rosenvald (2005, p. 03), o princípio da dignidade da pessoa humana está interligado às garantias de liberdade e igualdade e, por estas razões "o ser humano é digno de respeito pela eminência de ser livre".

Pode-se defender, como afirma Silva (2005, p. 38), que o constituinte, ao reconhecer a existência da dignidade da pessoa humana, transformou-a no valor supremo da ordem jurídica e, desta maneira, sendo um valor fundante da República, deixa de ser apenas um princípio de ordem jurídica para ostentar a qualidade de princípio na ordem política, social, econômica e cultural, reunindo em si todos os direitos humanos fundamentais, desde o direito à vida.

Na ordem jurídica brasileira, a partir da atual Constituição, a dignidade da pessoa humana passou a ser o fundamento do sistema, servindo de base, parâmetro e limites de todo ele, ostentando uma superior fundamentalidade com relação aos demais princípios, sem que com isto coloque em descrédito a ausência de hierarquia entre os princípios e a sua superioridade frente às regras.

Para Lima e Rodrigues (2015, p. 344), numa sociedade desigual como a brasileira, conservadora e patrimonialista, com uma indisfarçável dificuldade para reconhecer as diferenças sociais e combatê-las, o princípio da dignidade da pessoa humana é instrumento eficaz para que se impeça a coisificação do homem.

Somado a este fato, tem-se a política neoliberal que, colocando em primazia o mercado, conduz o homem a uma situação em que, premido pela imposição da cultura de massa, este se vê, muitas vezes, oprimido e compelido a desempenhar papéis sociais que não condizem com sua realidade fática, o que gera aumento da delinquência e do número de infrações penais relacionadas a crimes patrimoniais.

Até que ponto os princípios fundamentais de cidadania e dignidade da pessoa humana têm sido respeitados? O Estado os tem garantido ao longo da vida de todos brasileiros ou só de alguns? Que dizer das minorias e populações excluídas, como a carcerária, objeto das reflexões propostas neste trabalho?

Antes de adentrar o tema da chamada "morte social", faz-se necessária a conceituação de identidade e ostracismo, para, enfim, procedermos ao estudo da mistanásia em si.

3. IDENTIDADE E CULTURA DE MASSA

Imaginar que a identidade possa ser fruto de uma definição simples e única, que desconsidere a heterogeneidade dos grupos que formam determinada sociedade, seria "negar que a conceituação de identidade resulta de uma complexa construção social, materializada na identidade nacional, fonte principal da identidade cultural" (LIMA; RODRIGUES, 2015, p. 346).

Os conceitos de identidade e cultura estão intimamente relacionados.

A cultura de massa, traduzida na perda de referências pelo cidadão, conta com a ajuda da grande mídia, pela televisão ou pelos anúncios de publicidade, a induzirem uma homogeneidade de todos, indiferentemente de suas origens, de seus traços culturais, destruindo as particularidades regionais, às vezes nacionais, impondo um determinado padrão de beleza, uniformização do vestuário, padronização das expressões, empalidecendo a referência individual em face de suas origens. O objetivo é o favorecimento ocidental do modo de vida como uma tentativa válida e perene a todo o planeta, definindo-se como arcaico tudo o que a essa concepção for estranho.

Impõe-se uma ideia capitalista de sucesso na vida pessoal, profissional etc., em ditames irreais, muitas vezes inalcançáveis, que geram um sentimento de derrota, ansiedade e incapacidade naqueles que vivem a dita "vida real", onde a ascensão social pelo trabalho é árdua e difícil.

Tal debate reclama uma incursão pelo estudo da criminologia crítica e pela obra referencial de Adorno e Horkheimer, "Dialética do Esclarecimento", publicada em 1947, na qual a expressão "indústria cultural" se utiliza para traduzir a massificação da cultura, proporcionando um aprisionamento da sociedade a fim de fundamentar o modo capitalista de produção.

Para Lima e Rodrigues (2015, p. 350), a cultura de massa ou indústria cultural, como preferem Adorno e Horkheimer, fruto da globalização, é instrumento que mascara a violência social que separa a classe privilegiada do povo, na medida em que vende a ideia de êxito social como uma possibilidade facilmente alcançável por todos que o desejem, lançando às costas do cidadão o ônus pelo seu próprio fracasso, sem considerar a multiplicidade de fatores econômicos, educacionais, sociais etc. que influenciam os destinos humanos.

Uma das expressões do resguardo à identidade e à dignidade da pessoa humana está relacionada à cidadania. Seu conceito está vinculado não apenas à participação política do cidadão, representando um direito seu enquanto indivíduo, mas também ao dever do Estado de ofertar condições mínimas para o exercício desse direito, incluindo, portanto, a proteção ao direito à vida, à educação, à informação, à participação nas decisões públicas. Nas palavras de Dallari (1998, p. 14), "A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social".

Nesse mesmo viés sócio-histórico, Fábio Konder Comparato (2005, p. 09) demonstra que a evolução do conceito de cidadania avançou *pari passu* com a consolidação dos direitos humanos, tornando-se indissociavelmente entrelaçados.

Em síntese, cidadania deixou de ser apenas o direito destinado ao indivíduo de participar ativa e passivamente do processo político. É também o dever do Estado para com o cidadão, dever esse de ofertar o mínimo existencial para lhe garantir a dignidade. Conforme afirmam Mendonça e Silva (2014, p. 164), estabelecido o tripé de direitos complementares e indissociáveis: vida, dignidade e cidadania, cristaliza-se o eixo em torno do qual orbita a essência do ordenamento jurídico brasileiro.

4. CONCEITO DE MISTANÁSIA

A mistanásia, também conhecida por eutanásia social, consiste na ocorrência de mortes precoces causadas por fatores políticos, sociais e econômicos. É a exclusão do indivíduo dos processos de inserção social e construção da cidadania.

Sobre a origem da palavra mistanásia, Vieira Filho explica que ela tem origem no grego: *mis* significa miserável; e *thanatos* significa morte. Dessa forma, mistanásia se refere à morte miserável, infeliz, prematura, fora ou antes do seu tempo. Nas palavras do criador do conceito, Márcio Fabril dos Anjos (1989), "A mistanásia nos faz lembrar os que morrem de fome, cujo número apontado por estatísticas é de estarrecer. Faz lembrar, de modo geral, a morte do empobrecido, amargado pelo abandono e pela falta de recursos os mais primários" (ANJOS *apud* OLIVEIRA, 2018, p. 78).

A mistanásia é uma morte "provocada de forma lenta e sutil por sistemas e estruturas que não favorecem a vida" (PESSINI, 2001, p. 322), como ocorre no sistema de saúde pública e no sistema prisional brasileiro, de forma que ela é uma morte, em sua essência, decorrente de uma situação de miserabilidade social, podendo ser considerada uma morte evitável e precoce

que poderia ser impedida por meio de políticas públicas adequadas, mas que ocorre devido à ação ineficaz ou omissão do estado (VIEIRA FILHO, 2019, p. 32).

Márcia Mendonça e Marco Antônio da Silva (2014, p. 177) falam em duas modalidades possíveis de mistanásia: a ativa e a passiva. A mistanásia ativa é fenômeno proposital de "reificação" e "nadificação" do homem. Neste caso, o indivíduo é submetido a experiências, como se fosse uma cobaia, ou a extermínio. Exemplos deste fenômeno foram a política de purificação racial dos nazistas, o genocídio cambojano provocado pelo Khmer Vermelho, a retirada arbitrária de órgão de adultos e crianças carentes para atender o mercado negro de transplantes etc.

Já a mistanásia passiva ou omissiva é o processo de "nadificação" da pessoa, por meio da antecipação da morte ou o prolongamento de dor ou sofrimento desnecessários, devido à inacessibilidade do indivíduo ao tratamento necessário à preservação de sua vida, ou acessibilidade precária, carente de condições adequadas para o correto tratamento. Os agentes passivos deste processo são as pessoas deficientes, doentes em condição de carência, de exclusão econômica, política ou social.

A mistanásia como fruto da maldade humana se refere aos atos que mesmo não sendo premeditados poderiam ser evitados, mas não o foram. A maldade, assim, não estaria necessariamente ligada ao planejamento do mal, mas à falta de planejamento do bem (ALMEIDA, 2000, p. 165).

Para Faleiros (*apud* MENDONÇA; SILVA, 2014, p. 182), a ênfase da exclusão está na negação da cidadania, na invisibilidade social e no distanciamento de uma vida digna:

> A exclusão é definida como negação da cidadania, da garantia e efetividade de direitos civis, políticos e sociais, ambientais e da equidade de gênero, raça, etnia e território. A exclusão é um processo dialético e histórico, decorrente da exploração e da dominação, com vantagens para uns e desvantagens para outros, estruturante da vida das pessoas e coletividades, diversificada, relacional, multidimensional, e com impactos de disparidade, desigualdade, distanciamento, inferiorização, perda de laços sociais, políticos e familiares, com desqualificação, sofrimento, inacessibilidade a serviços, insustentabilidade e insegurança quanto ao futuro, carência e carenciamentos quanto às necessidades, com invisibilidade social, configurando um distanciamento da vida digna, da identidade desejada e da justiça.

Assim, a mistanásia, ao negar a cidadania e a dignidade humana, ofende os mais caros preceitos constitucionais de proteção e promoção aos direitos humanos.

5. O CÁRCERE E A MORTE SOCIAL

A etapa que antecede a mistanásia é o esquecimento, que é caminho, mas também fim do processo de morte social. Essa etapa de eliminação da memória do sujeito é comumente denominada ostracismo.

O ostracismo, isto é, o desterro social, o esquecimento a que se condena uma pessoa, é uma palavra que vem do latim *ostracismus* e do grego *ostrakhismós*, de sentido mais restrito do que aquele que, por expansão e figuração, a palavra acabaria adquirindo entre nós.

O *ostrakhismós* era o desterro político a que, por voto direto, a democracia ateniense podia condenar qualquer um de seus cidadãos. Durava dez anos e, como observa Houaiss, constituía "Ato de proscrever e a ação desse ato; banimento, desterro ou expulsão" que "não importava ignomínia, desonra nem confiscação de bens" (HOUAISS, 2015). Tratava-se, pelo menos em tese, de uma manobra asséptica e defensiva, destinada a isolar qualquer pessoa que se acreditasse ter a capacidade e a intenção de atentar contra a ordem pública (RODRIGUES, 2017).

Segundo Sônia Maria D'Alkmin e Sérgio Amaral, o caráter seletivo do ostracismo configura "um instrumento 'democrático' exclusivo da maioria, e consequente monopólio da informação política e perdas das alternativas do grupo biológico mais fraco" (D'ALKMIN; AMARAL, 2005, p. 01).

No desterro, o homem era esquecido por todos, tendo seu nome gravado em pedras ou peças de barro que posteriormente eram destruídas, no ato simbólico de apagar a memória do indivíduo, excluindo-o da sociedade.

Em isolamento de suas raízes sociais, o desterrado sofria um processo de aculturação. A aculturação é o nome dado ao processo de troca entre culturas diferentes a partir de sua convivência, de forma que a cultura de um sofre

ou exerce influência sobre a construção cultural do outro.

Semelhantemente ao que ocorria no processo de ostracismo, o apenado é um desterrado social, desligado de suas origens e sua cultura, pungido a se adaptar a um novo estilo de vida, em ambiente hostil, que não favorece sua reintegração; pelo contrário: o lança em um processo da perda de identidade pela degradação do tecido social.

A prisão está fadada ao fracasso da ressocialização pois, ao entrar em uma cela o indivíduo passa por um processo de "desculturação", ou seja, um processo de perda ou destruição total do patrimônio cultural adquirido ao longo de sua vida, até então. Desse modo o apenado sofre um processo inverso, denominado "aculturação", que é a aquisição de uma nova cultura, no caso uma cultura criminosa e estigmatizada.

Castel (*apud* BATACLINE; CORREIA JÚNIOR, 2014, p. 157), por sua vez, utiliza a noção de desfiliação com o intuito de ressaltar a ruptura das relações de sociabilidade que podem chegar ao nível extremo do isolamento social, e acentuar a fragilidade do vínculo social. Essa noção de desfiliação é caracterizada por um modo particular de dissociação social, de ruptura de vínculo social e de pertencimento, ou seja, relações sociais nas quais não existem mais os sentidos pretéritos e originais.

O encarcerado, no Brasil, sofre um processo de aculturação que o despe de seus costumes e crenças sedimentados até então, de forma a adaptá-lo ao novo ambiente e estilo de vida, permitindo-lhe sobreviver em ambiente hostil. É importante salientar que o espaço de aprisionamento causa no indivíduo uma violação de direitos e degradação da pessoa humana, perdendo sua identidade e deixando de ser visto como sujeito de sua própria história.

Conforme demonstra Goffmam (1999), o detento chega ao estabelecimento com uma percepção de si mesmo que se tornou existente por algumas disposições sociais. Ao ingressar, é rapidamente despido de tais disposições. Começando assim, uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu. O seu eu é persistentemente, embora não intencionalmente, mortificado. Os processos pelos quais o eu da pessoa é mortificado são relativamente padronizados nas instituições totais.

Há a necessidade de se sujeitar às circunstâncias, amoldar-se à nova realidade, padronizando-se e reproduzindo comportamentos sociais que naquele ambiente são aceitos como corretos, positivos ou necessários à preservação da vida e da integridade física ou psíquica. Parafraseando o clássico da banda britânica Pink Floyd, é preciso tornar-se "another brick in the wall".

"Sendo assim, o indivíduo passa a ser despido de sua aparência pessoal, bem como equipamentos e serviços com os quais a mantém, o que acarreta desfiguração pessoal. Roupas, pentes, cosméticos, toalha, sabão, recursos de banho, tudo pode ser retirado ou a ele negado" (BATACLINE; CORREIA JÚNIOR, 2014, p. 157).

Esse processo de aculturação e despersonalização por meio da anulação do "eu", constituindo parte da trajetória de morte social do indivíduo, serve a uma miríade de objetivos explícitos e ocultos nutridos por movimentos externos ao ambiente carcerário, de endurecimento do sistema penal como resposta ao crescimento da violência. Constitui tática de alimentação de um discurso político extremista de eugenia e racismo, que associa a criminalidade a tipos humanos específicos. Tal discurso propõe soluções rápidas a problemas estruturais profundos, que não se resolverão sem que tratemos as raízes de nossa sociedade patrimonialista e escravocrata.

A respeito das táticas de endurecimento do sistema penal, evoca-se a teoria de Günter Jakobs relacionada ao Direito Penal do Inimigo, que discorre acerca da tentativa de retirar do apenado o *status* de pessoa, devendo esses indivíduos ser punidos de acordo com sua periculosidade e sem a incidência ou com a relativização dos direitos processuais. Pela tese de Jakobs, quando eleito o inimigo, ocorre o aumento desproporcional de penas pela criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos) e pelo endurecimento sem causa da execução penal.

Nessa mesma linha se incorpora o discurso dos partidários do Movimento da Lei e da Ordem, salientando que a imposição da pena de morte e de longas penas privativas de liberdade, além do advento de legislações severas, seriam os únicos meios realmente eficazes para intimidar e neutralizar criminosos e controlar a crescente criminalidade e terrorismo desenfreado, ao

mesmo tempo em que se faz justiça aos "homens de bem".

O processo se agrava quando estamos diante do clássico ocupante do sistema carcerário brasileiro: jovem, negro, de baixa renda, com parca educação e formação acadêmico-profissional, proveniente de ambientes onde a desigualdade social é gritante, profunda e recorrente – um cidadão, portanto, desde sempre moído pelo maquinário de exclusão da sociedade de consumo, relegado à margem da sociedade capitalista, descartável aos olhos do sistema produtivo porque incapaz de consumir. É indiscutível que a população carcerária no Brasil é formada predominantemente por indivíduos advindos das camadas sociais mais baixas, chegando a prisão a ser qualificada como um "verdadeiro campo de concentração para pobres" (WACQUANT, 2001, p. 11).

É o que Laurindo Dias Minhoto (2006) chama de novíssima *underclass* – uma construção ideológica norte-americana repercutida, em escala global, pelo senso comum criminológico do momento, pelo qual os setores mais vulneráveis da população, como o dos migrantes, dos negros pobres, dos cidadãos sem qualificação profissional e dos habitantes das zonas mais degradadas das cidades (o "refugo" social produzido pela reestruturação capitalista em curso), são convertidos em alvo preferencial da atuação de uma florescente indústria do combate à criminalidade.

Pela associação espúria entre pobreza e imoralidade, degradação socioeconômica e desordem, vulnerabilidade social e anomia, as classes outrora denominadas perigosas vêm sendo redefinidas como classes criminosas, em um contexto de aprofundamento da exclusão social e erosão dos mecanismos regulatórios do *Welfare State*, sobre cujos escombros se delineia um processo perverso de criminalização da miséria e de enfrentamento policialesco da questão social (MINHOTO, 2006, p. 246).

Entenda-se a exclusão social como a dificuldade de acesso a condições dignas de sobrevivência, assistência à saúde, sistema educacional, trabalho digno e remunerado, dentre outros direitos. O encarcerado, mesmo depois de cumprir sua pena e deixar o sistema penitenciário, não chega a se livrar da pecha de ex-detento, que o acompanha pelo resto da vida, como um estigma que põe em xeque seu caráter, ressaltando e agravando o risco de reincidência de condutas delituosas.

A prisão, como instância centralizadora de poder, como "instituição total" nomeada por Erwin Goffman, nas palavras de César Barros Leal (2001, p. 63), funciona como sistema de interação social, onde o preso se desnatura, habitua-se a enganar e mentir, aprende a calar, ao mesmo tempo em que adota o jargão da massa e, sob o jugo dos mais fortes, dos mandantes, torna-se por vezes um robô.

Como afirmou Evandro Lins e Silva (*apud* BARROS LEAL, 2001, p. 65),

> (…) é de conhecimento geral que a cadeia perverte, deforma, avilta e embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. A prisão, essa monstruosa opção, perpetua-se ante a insensibilidade da maioria como uma forma ancestral de castigo. Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou.

Na definição do magistrado João Baptista Herkenhoff (1987, p. 24), "a violência não é um desvio da prisão: é a própria prisão". Para César Barros Leal, tal leitura nos autoriza a reconhecer a inconsistência da ressocialização posta, que permanece pretendida, a qual permeia o discurso mistificador de políticos e administradores: persegui-la é, a falar verdade, tão ilusório quanto tentar ensinar um paraplégico a correr por suas próprias pernas (2001, p. 63).

Laurindo Dias Minhoto (2006, p. 250) associa a expansão da "fábrica de exclusão social" representada no sistema penitenciário à retirada do Estado do campo social. A ausência de políticas públicas para redução das desigualdades gera uma onda de encarceramento em massa, havendo íntima ligação entra a crise do estado de bem-estar social e o *boom* prisional.

Por estar privado de liberdade, o preso se encontra em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, mas isso não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação.

A despeito do resguardo de direitos e garantias fundamentais posto na Lei de Execução Penal (LEP), a distância entre o discurso e a ação é muito grande. A ausência da questão prisional

na lista de prioridades das políticas públicas de nosso país é um dos fatores que dificulta uma necessária mudança de paradigmas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro, que tem como função fundamental garantir e lutar pela dignidade dos seus cidadãos, acaba, direta ou indiretamente, devido à sua inoperância, anuindo e até mesmo institucionalizando o fenômeno da mistanásia. Afronta os direitos fundamentais e negligencia os seus deveres de Estado democrático de Direito (especificamente o de bem-estar social) junto a uma parcela considerável da população, privando-a de uma vida digna.

A exclusão social é um fenômeno expropriador, excludente, alienador da própria condição humana. O homem excluído é o homem destituído de importância econômica e viabilidade no mundo da produção e do consumo. O ser, desconstituído de humanidade, ao se tornar inviável, deixa de existir para a sociedade capitalista. Torna-se invisível, descartável. O indivíduo vive, mas não existe. A mistanásia é a demonstração definitiva da exclusão coletiva e institucionalizada, e constitui uma espécie de morte social dos que são deixados, sem amparo, à espera da morte física.

É certo que o crescimento desenfreado da violência está intimamente relacionado à exclusão social, à falta de investimentos adequados, por muitos anos, nas áreas da educação, saúde e trabalho, dentre outras razões. Por isso, bons resultados das políticas sociais dos governos federal, estaduais e municipais certamente contribuiriam muito para a mudança da situação que nos rodeia.

Há uma grande despreocupação e tolerância, tanto do Estado como da sociedade, quanto ao problema carcerário. A omissão estatal em concretizar os dispositivos positivados na LEP, na Carta Magna e em importantes tratados internacionais, aliada ao fato da indiferença predominante na população, se demonstram, assim, como fatores também cruciais para o agravamento da crise.

No árduo trabalho de transformação dessa realidade, diversas ideias surgem. Para João Batista Herkenhoff (1987), o caminho passa pela redução drástica do aprisionamento como forma eficaz de diminuição da violência da prisão, uma vez constatada a influência negativa desta sobre o recluso. Já Luigi Ferrajoli defende que haja limitação máxima da pena privativa de liberdade a 10 anos, quantidade de tempo que considera humanamente tolerável, representando, dessa forma, um objetivo de todo modo aceitável no que tange à reforma penal e à superação da prisão como resposta principal para os crimes. No entanto, também diz que o caráter privativo da pena não pode ser alterado, posto que é condição de sua legalidade, determinação e certeza (FERRAJOLI, 2002, p. 332).

O êxito em alcançar mudanças positivas na crise do sistema prisional envolve necessariamente a participação ativa da sociedade nesse propósito, como já disciplina o item 24 da Exposição de Motivos da LEP. O ideal de tornar a execução penal mais humana, em condições propícias de reaproximar o condenado à futura vida livre na sociedade, é o sentimento moderno que deve pautar a política criminal brasileira.

Entre as formas de reunir a população em torno de um objetivo comum de transformação do sistema penal brasileiro está a mudança de mentalidade e do imaginário social acerca da pena e do apenado. Crucial um trabalho de rehumanização do indivíduo, de forma que o apenado recupere sua dignidade e tenha resguardado seu direito de existir socialmente.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BARROS LEAL, César. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARROS LEAL, César (org.). Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça. Fortaleza: IBDH, 2006.

BATACLINE, Daniela Helena; CORREIA JÚNIOR, Rubens. Reflexões sobre a exclusão social no sistema prisional e suas consequências na reintegração social. In *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics.* São Paulo, Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos, V. 3, n. 2, 2014, pp. 148-164. Disponível em: https://www.ipebj.com.br/bjfs/index.php/bjfs/article/view/529. Acesso em: 21 abr. 2020.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. 1ª ed. São Paulo: Moderna, 1998.

D'ALKMIN, Sônia Maria; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Ostracismo e os limites do direito fundamental. In ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE, V. 1, n. 1, 2005. *Anais do Encontro Toledo de Iniciação Científica Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé.* Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2005, pp. 01-07. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/947/917. Acesso em: 19 abr. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - Parte geral***.** Vol.1. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES. Orlando. *Direitos da personalidade e responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HERKENHOFF, João Baptista. *Crime: tratamento sem prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

HOUAISS, Antônio. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2015.

LIMA; Martônio Mont'Alverne Barreto; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento para a preservação da identidade cultural. In BARROS LEAL, César; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (orgs.). *O respeito à dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: IBDH, 2015, pp. 339-352.

MENDONÇA, Márcia Helena; SILVA, Marco Antônio Monteiro da. Vida, dignidade e morte: cidadania e mistanásia. In *Iusgentium.* Curitiba, Uninter, V. 9, n. 6, 2014, pp. 151-190. Disponível em: https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/150. Acesso em: 22 abr. 2020.

MINHOTO, Laurindo Dias. A cultura penal da intolerância. In BARROS LEAL, César (org.). *Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça.* Fortaleza: IBDH, 2006, pp. 245-256.

OLIVEIRA, Adriano Cezar. O conceito de mistanásia à luz do conto "Mineirinho", de Clarice Lispector. In *Horizonte Teológico*, Belo Horizonte, Instituto Santo Tomás de Aquino, V. 17, n. 33, janeiro-julho 2018.

PÊCEGO, Antônio José Franco de Souza; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Mistanásia: uma questão de direitos coletivos e cidadania. In I CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, n. 1, 2013. *Anais do I Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2013, pp. 39-42. Disponível em: http://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/258/265. Acesso em: 19 abr. 2020.

PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – CNECV. *Reflexão ética sobre a dignidade humana*. Lisboa: CNECV, 1999. Disponível em: http://www.cnecv.gov.pt. Acesso em: 14 abr. 2020.

RODRIGUES, Sérgio. *O ostracismo e as ostras*. Revista Veja, 18 fev. 2017. Disponível em: https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/o-ostracismo-e-as-ostras/. Acesso em: 19 abr. 2020.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. Vol. 1. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

VIEIRA FILHO, Paulo Dídimo Camurça. *O impacto social e jurídico da mistanásia no Brasil*. 73 f. Monografia - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/49341/1/2019_tcc_pdcvieirafilho.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

LA SEGURIDAD Y EL USO DE LA FUERZA Y ARMAS DE FUEGO. UNA VISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Estelí Martínez Consuegra (autora)
Doctora en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Salomón Augusto Sánchez Sandoval (coautor)
Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Autónoma de México; Profesor de carrera y tiempo completo en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo principal analizar el uso de la fuerza y de las armas de fuego que utilizan las corporaciones militares y policiacas en México, desde la óptica de los derechos humanos.

Lo anterior se realizará mediante el estudio de los conceptos de seguridad nacional, seguridad pública y seguridad humana. La primera categoría fungirá como un hilo conductor que atravesará distintas concepciones teóricas, con la finalidad de distinguir el cómo en el uso de la fuerza que ejerce la autoridad. Ello dependerá de la esfera de seguridad de que se trate.

La reforma constitucional ocurrida en el 2019 confirió nuevas atribuciones a la llamada Guardia Nacional, institución policial que, a pesar de estar parcialmente integrada con elementos pertenecientes al Ejército y a la Marina Armada de México, se encargará específicamente de salvaguardar la seguridad pública a nivel nacional. Una de las herramientas con las que contará para cumplir con sus nuevas atribuciones es la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza.

Se hará una revisión desde la teoría política y la teoría de las relaciones internacionales, con la finalidad de analizar el desarrollo del concepto de seguridad nacional y sus diferencias con la seguridad pública y la seguridad humana.

Palabras clave

Seguridad nacional; seguridad pública; seguridad humana; Ley Nacional sobre el uso de la Fuerza y Guardia Nacional.

ABSTRACT

The main objective of this article is to analyze the use of force and weapons on the part of military and police corporations in Mexico from the point of view of human rights.

This will be done through the review of the concepts of national security, public security, and human security. The first category serves as common thread that will cross different theoretical conceptions with the purpose of distinguishing the how in the use of force that authority exercises. This will depend on the sphere of security in question.

The constitutional reform that took place in 2019 conferred new attributions to the institution called National Guard, police group which, notwithstanding being partially integrated by personnel from both the Mexican army and navy, is to be specifically in charge of safeguarding public security on a national level. One of the tools assigned to this institution to comply with its inherent attributions is the national law on the use of force.

We will review political theory and international relations theory, with the purpose of analyzing the evolution of the concept of national security and its differences as compared to public security and human security.

Keywords

National security; public security; human security; national law on the use of force and National Guard.

1. INTRODUCCIÓN

Las violaciones a los derechos humanos son múltiples cuando la autoridad utiliza la fuerza y las armas de fuego. Si se parte de la premisa de que toda sociedad moderna tiene como aspiración garantizar la seguridad de su población, resulta válido preguntarse: ¿cómo se logra la aspiración de protección si existe el riesgo de violentar los derechos humanos?

La anterior interrogante surge a partir de ciertas problemáticas discursivas que se traducen en un choque entre distintas concepciones teóricas y la forma jurídica en sí misma. Pongamos un ejemplo: desde la postura teórica argumentada por el sociólogo alemán Ulrich Beck, el *riesgo* es ante todo un acontecimiento futuro que puede o no realizarse pero se nos escenifica, esto es, se nos representa en el presente como algo que verdaderamente puede ocurrir, y en ese sentido nos atemoriza y hace que tomemos decisiones para combatirlo cuando aún no ha sucedido; por otro lado, desde la óptica de la forma jurídica, el *riesgo* para un policía en los Estados Unidos de Norteamérica, y en general en cualquier país, se da cuando la persona a la que detiene o pretende someter no le enseña las manos en el momento en que el oficial de seguridad se lo ordena, o hace algún movimiento que el policía o militar considera riesgoso, o la persona se niega a soltar un arma de fuego o una réplica de la misma (como señala la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza en México), después de una advertencia clara; en ese momento, el policía está legitimado y legalmente amparado para disparar. Entonces, mientras las posturas teóricas contemporáneas conciben mayoritariamente al *riesgo* como un acontecimiento futuro e incierto, en la práctica, para un elemento de las fuerzas de seguridad, el *riesgo* se refiere a un escenario concreto establecido en leyes y manuales que enseñan al policía a reaccionar utilizando la fuerza, pudiendo llegar, inclusive, a privar de la vida a la persona que desde su óptica y aprendizaje lo puso en *riesgo*.

Un hilo conductor a través de algunas corrientes de pensamiento nos remite a la vieja dicotomía: libertad/seguridad. Desde el realismo político de Thomas Hobbes, hasta las concepciones teóricas actuales inscritas en el discurso del derecho internacional de los derechos humanos, la discusión continúa siendo válida y vigente. ¿Hasta dónde puede actuar el Estado mermando o trastocando la libertad de las personas en aras de garantizar la/su seguridad?

En este ensayo se abordarán algunas posturas teóricas sobre la seguridad nacional para tener un punto de partida; este hecho nos permitirá referirnos al cambio de óptica en el modelo mexicano de seguridad que actualmente plantea enfocarse a la esfera pública por encima de la nacional.

Cuando hablamos de seguridad, sea pública o nacional, se hace relevante la temática del uso de la fuerza que ejercen las corporaciones policiacas; en el caso particular se analizará a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Nacional mexicana, corporación policial que, de acuerdo con sus nuevas funciones constitucionales, será la encargada de garantizar la seguridad pública a nivel nacional. La Guardia Nacional, que aún se encuentra en proceso de integración, empezó a funcionar mediante la unificación de tres corporaciones (policía militar, policía naval y policía federal); también se incorporaron elementos provenientes de la sociedad civil, y en el terreno práctico actuará de forma conjunta y temporal con las Fuerzas Armadas.

Lo anterior ha generado diversas críticas, toda vez que se estaría utilizando en labores de seguridad pública a elementos militares con adiestramiento especial en funciones de seguridad nacional, es decir, se vulneraría el principio que reserva las labores de seguridad pública a las corporaciones civiles y también se podría abusar del uso de la fuerza en detrimento y vulneración de los derechos humanos de las personas.

2. LA SEGURIDAD NACIONAL DESDE LA TEORÍA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

En el escenario posterior a la Primera Guerra Mundial, existió consenso entre las posturas políticas denominadas *realistas e idealistas* de generar herramientas que permitieran lograr un aprendizaje mundial con la finalidad de que no se repitiera la tragedia de otra guerra, pero la llegada de la Segunda Guerra Mundial y posteriores conflictos armados daban cuenta del fracaso rotundo de aquella aspiración.

a) El realismo político

El realismo político es la corriente de pensamiento que "explica la realidad

internacional a partir del interés primario de los Estados de maximizar su supervivencia, seguridad o poder". Dicho de otra forma, el poder es un instrumento para garantizar la seguridad y la supervivencia del Estado, y su objetivo final es la dominación de otras naciones (Morgenthau 1986). El realismo clásico asimilaba el comportamiento del Estado a la naturaleza del hombre; toda vez que el Estado estaba constituido por hombres y éstos a su vez estaban guiados por sus intereses personales y la búsqueda del poder, el Estado actuaba de igual forma.

Para los realistas, la disertación tenía que ver con el equilibrio del poder en el panorama internacional. Los objetivos eran, primero, que ningún Estado pudiera someter a otro, y segundo, privilegiar la seguridad nacional asociada a la seguridad del Estado, pues ello implicaba su fortaleza ante la comunidad internacional.

La seguridad nacional formó parte esencial de los postulados realistas: el Estado es un ente racional cuyo interés se centra en dos aspectos: garantizar su propia subsistencia y potencializar su poder sin importar el costo de dicho proceso. Bajo esta concepción, la política internacional se concibe como una arena de combate, un escenario altamente caótico donde los Estados luchan por demostrar e imponer su poderío; esto es así porque los postulados realistas se construyeron sobre las bases del pensamiento político de Thomas Hobbes, cuya visión, marcada por el conflicto de las guerras europeas de su época, señalaba que la motivación de los hombres se basaba en la competencia, la desconfianza y la gloria.

En relación con la *competencia*, Hobbes afirmaba que es la causa que impulsa a los hombres a atacarse para lograr un beneficio y adueñarse de las personas; la *desconfianza* era la causa para lograr y defender la seguridad; y la *gloria* permitía ganar reputación recurriendo a la fuerza. Todas las causas hacen uso de la violencia. En el caso de la competencia, lo hace para adueñarse de las personas; en el caso de la desconfianza, para defenderlos; y en el caso de la gloria, recurre a la fuerza por motivos insignificantes como una palabra, una sonrisa o una opinión distinta. Así como los hombres actúan bajo dichas motivaciones, de igual forma se comportarán los Estados. Para Hobbes el Estado es fundamental; sin su existencia la guerra de cada hombre contra cada hombre se convertiría en la condición universal del ser humano.

Por lo anterior es que la seguridad nacional resulta ser tan importante, pues está relacionada con la permanencia y reproducción del Estado-nación. Un Estado que es fuerte en su interior puede reflejar, y en su caso imponer, dicha fortaleza a otros Estados, y para lograrlo necesita del militarismo. Entonces, la seguridad nacional desde la concepción realista no puede más que ser entendida en términos militares. Se concibe a la sociedad internacional como una comunidad hostil; cada Estado prácticamente tiene que sobrevivir y garantizarse su propia seguridad.

Uno de los problemas que empezaban a surgir era la ambigüedad y amplitud del concepto de seguridad nacional, entendido como una justificación perfecta para que los Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Soviética invadieran territorios, sometieran países, expandieran sus zonas de control y aumentaran su poderío militar y armamentista durante el periodo de la Guerra Fría.

Para comprender la evolución del concepto de seguridad nacional, es necesario abordar brevemente la teoría realista de Hans Joachim Morgenthau, quien en 1948 escribió un clásico de las relaciones internacionales, su obra *Politics among Nations.* Basó el desarrollo de su teoría bajo la premisa del *estatocentrismo,* que consideraba al Estado como el actor principal del sistema político internacional; dicho posicionamiento partía de dos categorías de análisis: a) el interés nacional, que se refería a la existencia y supervivencia del Estado-nación, o bien de la formación política que sucediera al Estado-nación, cuando éste se volviera obsoleto y, b) el equilibrio de poder, que se refería al deseo de poder que tienen muchas naciones cuya única pretensión es mantener o destruir el *statu quo,* la naturaleza conflictiva de las relaciones internacionales y la centralidad del poder.

En el pensamiento realista de Morgenthau, la existencia de la paz y la tranquilidad es gracias a la existencia de un Estado que la garantiza. Según este pensador, los conflictos sociopolíticos internacionales se explican por la naturaleza humana; una naturaleza malvada que tiene ánimo de dominación (*animus dominandi*), características que parten de la concepción *hobbesiana* del hombre.

La lucha de Mongenthau para que existiera una disciplina autónoma que analizara y explicara la realidad internacional y la seguridad nacional en términos del estudio del poder fue ampliamente criticada. La seguridad nacional (entendida bajo este esquema), carecía de sujeto y objeto precisos; su guía eran los intereses denominados nacionales y entendidos como expresiones de poder que constituían el objeto de la seguridad nacional. Para el autor, el poder nacional implicaba el dominio de una nación sobre los imaginarios y las acciones de otras naciones, y se fundamentaba en elementos: *tangibles* como los recursos naturales, la tecnología, el liderazgo, la calidad de las fuerzas armadas, la calidad de la población en general etc.; e *intangibles* como el carácter nacional, la moral nacional y la calidad de la diplomacia y del gobierno.

El realismo político basado en la teoría de las relaciones internacionales de Hans Joachim Morgenthau ofreció una explicación relevante sobre el poder; sin embargo, el paradigma realista que hasta ese momento había explicado el contexto internacional de las dos guerras mundiales y la guerra fría, se encontraba ante un nuevo panorama internacional que ya no podía explicar. En los 70´s se derrumbó el famoso acuerdo económico llamado Bretton Woods, las relaciones entre Rusia y Estados Unidos se distendían y los norteamericanos tenían otras preocupaciones como la guerra de Vietnam. Los países en vías de desarrollo reclamaban cambios en el sistema económico internacional y el mercado del petróleo se posicionaba como un agente preponderante en un mundo donde las relaciones internacionales se habían vuelto más complejas; así, la seguridad nacional perdió relevancia ante un nuevo escenario donde ya no reinaba la tensión de aquellos contextos de guerra y posguerra.

Para los realistas el poder constituyó su principal objeto de estudio, específicamente el poder de los Estados que determinaba su posición y fortaleza dentro del contexto internacional y permitía garantizar su interés nacional.

b) El neorrealismo o realismo estructural

Para el neorrealismo, el tema de mayor interés fue el crecimiento de las instituciones internacionales. Mientras los realistas tradicionales concebían un sistema internacional anárquico, negaban los cambios en la estructura del sistema internacional y negaban también la cooperación internacional (salvo contadas excepciones de amenazas comunes), para los neorrealistas las instituciones están alineadas a los intereses del Estado pues son consideradas manifestaciones de su poder y de la forma en que distribuye sus capacidades.

El neorrealismo es también conocido como realismo estructural debido al peso que ciertos autores le imprimieron al concepto de estructura dentro del sistema, entre ellos Kenneth Waltz (considerado el continuador del trabajo de Morgenthau) quien en 1979 publicó su libro *Theory of International Politics*, donde señaló que las estructuras políticas están definidas en virtud de tres aspectos: a) el principio por el cual se organizan y ordenan; b) por la diferenciación de las unidades y la especificación de sus funciones; y c) por la distribución de las capacidades entre las unidades.

La estructura es el todo y las unidades son las partes que integran la estructura.

Podemos señalar las principales características del realismo estructural de la siguiente forma:

- Para el neorrealismo el poder es un medio; lo más importante es la seguridad que guía la actuación de los gobiernos dentro de los Estados, así como las interacciones entre ellos.
- Lo más relevante son las relaciones o interacciones entre las unidades de análisis, esto es, entre los distintos Estados; ello da cuenta de su enfoque sistémico.
- El realismo estructural es una teoría de la política internacional cuyo principal interés es observar cómo los Estados distribuyen sus capacidades; ese hecho les permite ver las relaciones que establecen entre ellos.

La ideal principal que sostiene el neorrealismo es que el conflicto en el sistema internacional se debe a la estructura anárquica del mismo. Los Estados tienen que comunicarse entre sí, buscar alianzas y realizar acuerdos de cooperación. Sólo así podrán evitar la guerra.

c) El idealismo político

El idealismo se debe entender como "el conjunto de teorías o concepciones políticas que consideran que las relaciones internacionales

deben apoyarse en principios éticos-jurídicos cuyos objetivos son: a) evitar la guerra (considerada un mal moral); b) conseguir la paz y la armonía y; c) promover el desarme y reducir el militarismo. El espectro del idealismo, en efecto, y a diferencia del realismo, es más variado pues se relaciona con otros postulados que poseen una identidad propia como el Utopismo, el Humanismo y el Pacifismo. Debe tenerse en cuenta que ningún autor se autocalifica como "idealista"; ésta es una denominación utilizada peyorativamente por el historiador británico Edward Hallet Carr y por otros realistas, a la tendencia que surgió durante el período de entreguerras (1919-1939) y que tuvo como su principal impulsor al presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Woodrow Wilson (idealismo wilsoniano).

El idealismo basa su postura precisamente en ideales como la justicia, la libertad, la igualdad y los derechos humanos; por ello, en el caso de las relaciones internacionales, pugna a favor de la cooperación internacional bajo el entendido de que una forma de evitar la guerra es que los Estados se sometan a normas de Derecho internacional.

Existe un punto de convergencia entre el idealismo y otra corriente del pensamiento político denominada liberalismo, a saber, el tema de la cooperación. El liberalismo como teoría aplicada al estudio de las relaciones internacionales, centra su análisis en ciertas características de los Estados como sus instituciones y su sociedad y no en el equilibrio del poder. La tesis más importante del liberalismo "es la teoría de la paz democrática, la cual afirma que los Estados democráticos no se hacen la guerra entre sí; las democracias son capaces de alcanzar la paz entre ellas porque ejercen la precaución inherente a toda democracia y son capaces de apreciar los derechos internacionales de las repúblicas extranjeras". Para los idealistas, el objetivo es crear normas de conducta que permitan generar relaciones armónicas entre las distintas naciones bajo el amparo del concepto de seguridad colectiva que implica la protección de un conjunto de Estados; atacar a uno implica atacarlos a todos; por eso pugnan por la cooperación y el derecho internacional como resolutor de problemas.

Para los idealistas el objeto de estudio es la paz y su pretensión es lograr un ordenamiento internacional que garantice el orden y que permita la mediación y la solución de los problemas entre los Estados. Su única finalidad radica en evitar la guerra y los conflictos armados.

d) Las teorías críticas

Dentro de la vertiente crítica del realismo político, aparecieron dos teorías que privilegiaron el aspecto filosófico (entendido como una concepción específica de las relaciones internacionales, la historia y la ideología). La primera fue la *teoría transnacional* o también llamada de *interdependencia global* y la segunda, la *teoría de la dependencia*.

Para la *teoría transnacional*, el interés se centró en ciertos desequilibrios económicos y monetarios; ubicó a otros actores (fuera del Estado) como relevantes en el estudio de las relaciones internacionales, a saber, las empresas multinacionales.

Tomando como base el pensamiento liberal, los *transnacionalistas* plantean un panorama internacional de cooperación y orden, conciben una comunidad internacional ligada por intereses comunes de orden económico, político, tecnológico y financiero, entre otros. Las organizaciones internacionales se convierten en agencias de cooperación e integración cuya visión de la comunidad internacional es la de una *sociedad global.*

En el tránsito hacia el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, la idea de una *sociedad global* era fundamental para entender que existían problemas y retos compartidos por toda la comunidad internacional. Con ello, se desdibujaba aún más la categoría de seguridad nacional bajo el entendido de que los verdaderos problemas de seguridad no son aquellos que ponen en peligro el poderío del Erado-nación, sino aquellos que aquejan a la humanidad como la pobreza, la falta de salud, la violencia, la desigualdad social y económica, el desempleo o la discriminación. Así, la atención se trasladará hacia la seguridad humana.

Para la *teoría de la dependencia*, el centro de análisis lo constituyen las relaciones centro-periferia. Su punto central de análisis no es el Estado, sino la estructura económicamente desigual del *sistema-mundo* que permite que los países más desarrollados en el marco internacional sometan a los países periféricos.

Ambas corrientes de pensamiento tienen similitudes y de manera específica podemos señalar dos:

Dejaron de lado la concepción de *high politics (*que hacía alusión a las decisiones diplomático-estratégicas del Estado), con la finalidad de garantizar su supervivencia mediante la seguridad nacional, y se concentraron en las *low politics,* que se refieren a todos los asuntos económicos y sociales que no son vitales para la sobrevivencia del Estado.

Tanto transnacionalistas como dependentistas, negaron importancia al concepto de seguridad nacional.

Las teorías críticas comenzaron a restarle importancia al modelo de análisis estatocéntrico para voltear la cara hacia el estudio de los problemas económicos y sociales.

3. LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS SEGURIDADES NACIONAL, HUMANA Y PÚBLICA

Hasta ahora hemos hablado de la *seguridad nacional* desde la concepción estatista abordada por el realismo y el neorrealismo. Hemos hablado también del papel que juega el Estado en el sistema internacional desde las visiones del idealismo, la dependencia y la interdependencial global. Ahora definiremos los conceptos de seguridad nacional, seguridad pública y seguridad humana, para establecer su relación con los derechos humanos con la finalidad de analizar el uso de la fuerza y las armas de fuego por parte de las corporaciones militares y policiacas en México.

a) Seguridad nacional, seguridad humana y seguridad pública

El concepto de seguridad nacional en México no ha sido analizado con la profundidad que debería ello, de acuerdo con lo señalado por Leonardo Curzio, puede obedecer a tres ideas. La primera, que se le asocia a un origen norteamericano; la segunda, que se le relaciona con represión por parte del Estado; y la tercera, que se le atribuye un indebido uso político.

Para María Cristina Rosas, la seguridad nacional fue considerada desde su origen como la prioridad del Estado, cualquier cosa que pudiera atentar contra él, debería ser enfrentada con todos los medios de que dispone el Estado y en el caso de México equivale a la seguridad del grupo en el poder.

En 2005 se creó la Ley de Seguridad Nacional, en su artículo 3º entiende esta esfera como "las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano". El problema es que las acciones (entendidas como objeto de la seguridad nacional) son amplias y ambiguas.

El catálogo es el siguiente: a) amenazas y riesgos que enfrente el país; b) preservación de la soberanía e independencia nacionales; c) defensa del territorial; d) mantenimiento del orden constitucional; e) fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno; f) mantenimiento de la unidad territorial; y g) preservación de la democracia. Con una lista así cualquier cosa puede ser considerada objeto de seguridad nacional, desde la delincuencia organizada hasta una manifestación por reclamos ciudadanos.

El principal problema es ya viejo, en cada periodo gubernamental se crean programas y planes de seguridad que repiten lo que señala la Ley de Seguridad Nacional, o lo que es peor, aumentan su catálogo de acciones. Fue el caso del Programa de Seguridad Nacional 2009-2012 del expresidente Felipe Calderón Hinojosa, que añadió como temática de seguridad nacional "las amenazas y los riesgos al país causados por el entorno externo". Esta acción dejó la puerta abierta para considerar a la delincuencia transnacional como una problemática de seguridad nacional, pero también para catalogar (en los mismos términos) a otros fenómenos como la migración y las pandillas.

Entonces, la seguridad nacional en México tiene como objetivo predominante de protección al Estado-Nación, y en particular a la estructura de poder dominante y a los intereses del grupo hegemónico que lo controla.

Por ello, la defensa de los derechos humanos, tanto en la convencionalidad internacional como en la práctica nacional, está subordinada a las necesidades de la *seguridad nacional*.

b) Seguridad humana

De acuerdo con el Informe de Desarrollo Humano de 1994, las amenazas a la *seguridad humana* pueden agruparse en siete categorías, a su vez, a cada categoría corresponden amenazas concretas:

1. A la seguridad económica: la pobreza y el desempleo;
2. A la seguridad alimentaria: el hambre y la escasez de alimentos;
3. la seguridad de la salud: la alimentación-desnutrición y las enfermedades mortales;
4. la seguridad ambiental: la degradación ambiental, la contaminación y el agotamiento de los recursos naturales;
5. A la seguridad personal: la violencia, el terrorismo y el trabajo infantil;
6. A la seguridad de la comunidad: los problemas étnicos o religiosos y,
7. A la seguridad política: la represión política y las violaciones a los derechos humanos.

En el año 2003, la Comisión sobre Seguridad Humana de las Naciones Unidas (CHS por sus siglas en inglés), dio a conocer su informe *Human Security Now* (Seguridad Humana Ahora), en el que se refiere a la seguridad humana de la siguiente manera:

> […] consiste en proteger la esencia vital de todas las vidas humanas de una forma que realce las libertades humanas y la plena realización del ser humano. Seguridad humana significa proteger las libertades fundamentales: libertades que constituyen la esencia de la vida. Significa proteger al ser humano contra las situaciones y las amenazas críticas (graves) y omnipresentes (generalizadas). Significa utilizar procesos que se basan en la fortaleza y las aspiraciones del ser humano. Significa la creación de sistemas políticos, sociales, medioambientales, económicos, militares y culturales que en su conjunto brinden al ser humano las piedras angulares de la supervivencia, los medios de vida y la dignidad.

En el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, párrafo 143, los Jefes de Estado y de Gobierno se refirieron a la seguridad humana como: "el derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza y la desesperación. Todas las personas, en particular las que son vulnerables, tienen derecho a vivir libres del temor y la miseria, a disponer de iguales oportunidades para disfrutar de todos sus derechos y a desarrollar plenamente su potencial humano".

A su vez, el informe de seguimiento de los resultados de la Cumbre Mundial 2005, elaborado por el Secretario General de las Naciones Unidas, se refiere a la seguridad humana como un instrumento que le permite a los gobiernos detectar amenazas a su población y a la estabilidad de su soberanía.

Así, hablar de seguridad humana, implica esencialmente hablar de tres libertades:

1. *Libertad para vivir sin temor o miedo;* implica la protección de las personas contra amenazas a su seguridad e integridad. Por ello se debe combatir cualquier tipo de manifestación de violencia (sea externa o interna), provocada por cualquier tipo de agente.
2. *Libertad para vivir sin necesidad o miseria*; consiste en garantizar las condiciones económicas y sociales esenciales para que las personas puedan vivir sin necesidades, en paz y tranquilidad.
3. *Libertad para vivir con dignidad;* se refiere al hecho de mantener a las personas libres de la violencia, la exclusión y la discriminación.

Los gobiernos, para garantizar la seguridad humana, deben velar por la supervivencia y la dignidad de sus ciudadanos procurándoles los medios de vida necesarios que los mantengan libres de la miseria. Es por ello que deben promoverse programas y políticas para hacer frente a las amenazas y para garantizar la seguridad humana, la paz y la estabilidad en todos los niveles: local, nacional, regional e internacional.

c) Seguridad pública

En el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló con relación al concepto de seguridad:

> está asociado a los conceptos de "seguridad nacional", "seguridad interior" o "seguridad pública", los que se utilizan en referencia específica a la seguridad del Estado. En los regímenes democráticos, el concepto de seguridad frente a la amenaza de situaciones delictivas o violentas, se asocia a la "seguridad ciudadana" y se utiliza en referencia a la seguridad primordial de las personas y grupos sociales. […] la seguridad ciudadana se refiere a la seguridad de todas las personas y grupos, tanto en las zonas

> urbanas como rurales. […] el concepto de "seguridad pública", se utiliza ampliamente en los Estados Unidos y Canadá, para hacer referencia también a la seguridad de las personas y grupos que componen la sociedad. Por el contrario, como se ha señalado en los párrafos anteriores, la misma expresión "seguridad pública", en América Latina hace referencia a un concepto diferente que alude a la seguridad construida desde el Estado o, en ocasiones, a la misma seguridad del Estado.

La principal diferencia entre seguridad humana y seguridad pública es su dimensión; mientras la esfera humana es un concepto internacional que impone deberes a los Estados y se refiere a diversas categorías (seguridad económica, alimentaria, de la salud, ambiental, personal, de la comunidad y seguridad política); la seguridad pública, se aplica localmente. El problema es que, dependiendo el país, la seguridad pública puede estar asociada a la seguridad del propio Estado, o bien a la seguridad que debe brindar el Estado en ciertos rubros como la persecución de la delincuencia.

El artículo 21 de la Constitución Política mexicana señala:

> La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes en la materia. La seguridad pública comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

La seguridad pública, tiene a su vez relación con otro tipo de derechos como la vida, la integridad, la seguridad personal, la dignidad y la libertad, además, con las garantías judiciales de protección y debido proceso. La relación entre derechos humanos y seguridad pública es de integración; no se pueden garantizar los derechos fundamentales sin garantizar la paz social.

En relación con lo anterior la seguridad pública, en el caso de México, está claramente enfocada a las personas, no obstante, de una forma mucho más restringida que la seguridad humana; su centro de atención es la prevención, la persecución y la investigación de los hechos delictivos, así como la sanción de las infracciones administrativas con la finalidad de garantizar la paz pública.

La esfera de la seguridad pública no representa problemas en el sistema jurídico mexicano toda vez que se encuentra claramente delimitada. La regla general es que el combate a la delincuencia, de cualquier tipo y con cualesquiera características, debe realizarse por corporaciones policiacas civiles.

Los derechos humanos y la seguridad (nacional, humana y pública).

En el desarrollo teórico e histórico de los derechos humanos el concepto de Estado ha sido fundamental, precisamente porque los derechos fundamentales se han desarrollado a partir de una concepción específica, un entendimiento particular y ciertas características que debe tener dicha abstracción política.

Para el Estado de derecho el punto central de interés es el respeto de los derechos humanos que reconoce y adopta a través de su normatividad. Para este tipo de Estado la categoría primordial será la seguridad humana y no la seguridad nacional.

Una de las tensiones dialécticas de la modernidad -así denominada por Boaventura de Sousa Santos- se presenta entre el Estado nacional y la globalización. "El modelo político de la modernidad occidental es un modelo de Estados nacionales soberanos que coexisten en un sistema internacional de estados igualmente soberanos, el sistema interestatal. El Estado nacional es la escala y la unidad privilegiada de la regulación y la emancipación social. Por una parte, el sistema interestatal siempre ha sido concebido como una sociedad más o menos anárquica, gobernada por una legalidad muy blanda; por la otra, las luchas emancipadoras internacionalistas, a saber, el internacionalismo de la clase trabajadora siempre ha sido más aspiración que realidad. Hoy, la erosión selectiva del Estado nacional debida a la intensificación de la globalización plantea la cuestión de si la

regulación social y emancipación social van a ser desplazadas al nivel global. Hemos comenzado a hablar de una sociedad civil global, del gobierno global, de la igualdad global, de esferas públicas transnacionales. El reconocimiento mundial de la política de los derechos humanos está a la vanguardia de este proceso. La tensión, no obstante, reside en el hecho de que en aspectos muy cruciales la política de los derechos humanos es cultural. Tanto es así que incluso podemos pensar que al final del siglo los derechos humanos simbolizaron el retorno de lo cultural e incluso de lo religioso".

El autor apunta hacia un reto en la interpretación de los derechos humanos precisamente porque lo cultural y lo religioso son aspectos distintos y peculiares en cada Estado; ello generaría un antagonismo entre la política global o la universalidad de los derechos humanos y los límites y diferencias marcadas por lo cultural y lo religioso. Desde esta perspectiva, los derechos humanos deben ser interpretados tomando en cuenta las condiciones particulares de cada Estado, incluyendo las peculiaridades de sus condiciones de existencia o problemáticas sociales.

Las legislaciones internacionales, subordinan los derechos humanos a las necesidades de la seguridad nacional, la seguridad pública y el orden público como ya lo anotamos. Con todo, los Estados de derecho respetuosos del marco internacional de los derechos humanos, deberían restarle peso e importancia al concepto de seguridad nacional y transferirlo al de seguridad humana, ello bajo el entendimiento de que los verdaderos problemas que aquejan a la humanidad son de naturaleza distinta a aquellos que le interesan a la seguridad nacional.

Los conceptos de derechos humanos y seguridad han tenido una unión durante los últimos años; si hablamos de seguridad, *grosso modo*, estamos en presencia de la esfera nacional cuando el enfoque se centra en la subsistencia e integridad del Estado y cuando el enfoque se dirige a la protección de las personas estamos en presencia de la seguridad humana (y también de la seguridad pública).

Gran parte de la problemática se debe a una confusión conceptual. Entre más claridad exista sobre los límites de cada esfera, menores serán los problemas de superposición de funciones militares y civiles. Por regla general, y como se ha dicho en reiteradas ocasiones, la seguridad nacional debe velar por la subsistencia y permanencia del Estado-nación; cuando su enfoque es hacia el exterior no representa mayor problema de entendimiento y se le denomina: defensa exterior; cuando el enfoque se dirige hacia el interior las legislaciones de cada país a veces confieren el control y combate de ciertas conductas delictivas graves (como el narcotráfico y/o el terrorismo) a las instancias militares. Salvo ciertas excepciones el combate a la delincuencia sea común, organizada, interna o transnacional, debe ser atendido por las policías y no por los militares.

Para los derechos humanos la seguridad nacional es irrelevante (y viceversa). El punto central de análisis son las personas, es decir, el único aspecto importante del Estado es que debe garantizar cuidado y protección a sus habitantes. Ahora bien, entre derechos humanos y seguridad humana no existe diferencia; cualquier aspecto protegido por los derechos fundamentales recae en alguna categoría de la seguridad humana.

La principal preocupación de la reforma constitucional es el posible menoscabo o laceración a los derechos humanos que puede ser provocado por dos cuestiones; la primera es que la Guardia Nacional está parcialmente integrada por elementos militares y navales que tienen una capacitación distinta a aquella que debe emplearse para garantizar la seguridad pública; y la segunda es que las Fuerzas Armadas Mexicanas (Ejército, Marina y Fuerza Aérea), auxiliarán a la Guardia Nacional en sus funciones de seguridad pública durante 5 años. La reforma se justificó en virtud del contexto social en México, caracterizado por una marcada escalada de violencia y delincuencia en los últimos 13 años. Dejar de lado el universalismo de los derechos humanos implica tomar en cuenta que ciertas excepciones son posibles, esto es acorde con lo que marcan las normas internacionales, si contribuyen a lograr la disminución de los índices delincuenciales que violentan gravemente los derechos humanos de los habitantes e impiden la seguridad humana. A la sociedad mexicana se le ha negado la libertad para vivir libre de temor (de ello hablaremos con más detalle en el siguiente apartado).

Es necesario aclarar que no se pretende desconocer el ordenamiento internacional de los derechos humanos ni los compromisos asumidos por México; tampoco ocultar los errores o

excesos de la reforma que pudiesen derivar en violaciones constitucionales y/o convencionales. Nuestra postura es clara, apuntamos a rescatar los aciertos de la reforma constitucional en materia de Guardia Nacional y a evidenciar que la intervención de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública es legal y temporalmente necesaria dadas las terribles circunstancias de violencia y delincuencia que aquejan al país. No es baladí que la propuesta fuera sometida a la crítica de distintos grupos sociales (mediante un ejercicio de parlamento abierto) y aprobada ampliamente por la mayoría en el Congreso de la Unión, así como la totalidad de las legislaturas estatales; este consenso (raro en un país con la coyuntura política que existe en México), muestra la enorme preocupación y necesidad de enfrentar a la delincuencia. Es importante insistir que del 2006 al 2018, las decisiones políticas tomadas en materia de seguridad fueron utilizar abiertamente a las Fuerzas Armadas sin ningún límite, sin ningún rumbo y sin ningún fundamento legal; por ello, comparar dicho precedente con la actual reforma constitucional y las tres legislaciones creadas a consecuencia de ella resulta sencillamente inválido.

La tarea central de las políticas emancipadoras o de globalización contrahegemónica consiste precisamente en transformar la conceptualización y práctica de los derechos humanos de un localismo globalizado a un proyecto cosmopolita; esto es, de una práctica global, caracterizada por la universalidad pero que provoca un choque de civilizaciones, a un multiculturalismo que permita un balance entre la competencia global y la legitimidad local. Así, la política de seguridad mexicana debe ser respetuosa de los parámetros internacionales sobre la participación del ejército en labores de seguridad pública y también sobre el uso de la fuerza; por ello la propuesta consiste únicamente en señalar que la interpretación de la reforma no puede atender a los principios del liberalismo occidental bajo los cuales se rige el principio de universalidad, a saber: que existe una naturaleza humana universal que puede ser conocida por medios racionales; que la naturaleza humana es esencialmente diferente de y superior al resto de la realidad; que el individuo tiene una dignidad absoluta e irreducible que debe ser defendida de la sociedad o del Estado y; que la autonomía del individuo requiere que la sociedad sea organizada de una forma no jerárquica, como una suma de individuos libres.

Por lo anterior y de frente a una problemática tan grave como el aumento de la violencia, los índices de homicidios y otros delitos graves, es que la reforma puede ser un reto prometedor. La decisión actual -aun criticada y polémica- dista mucho de las anteriores; bajo ningún supuesto puede compararse una política de seguridad que se fundamentó en una simple jurisprudencia con una reforma constitucional producto del hartazgo social.

Contra el utópico pero legítimo derecho de que todos los habitantes debemos gozar de las condiciones para vivir libres de temor o miedo y para vivir con dignidad, lo antagónico no es la pretensión en sí misma sino la interpretación de ser una libertad universal. No se trata de imponer la problemática de la delincuencia por encima de las libertades que consagra la seguridad humana, ni tampoco de ignorar las reglas establecidas por los distintos organismos nacionales e internacionales en materia de uso de la fuerza. El objetivo sería lograr una injerencia positiva en el tratamiento de la violencia y la delincuencia sin restringirse al principio de universalidad como si fuera una camisa de fuerza.

No es posible negar la tormentosa realidad de inseguridad y violencia en la que viven millones de personas en el mundo desprovistas de todo lo que defiende el discurso liberal de los derechos humanos.

5. LA GUARDIA NACIONAL MEXICANA Y EL USO DE LA FUERZA

En el pasado reciente mexicano se aprobó una reforma constitucional de envergadura y alcances considerables; el 26 de marzo de 2019, después de una amplia discusión que involucró a representantes de la academia y la sociedad civil se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de reforma constitucional en materia de Guardia Nacional. La finalidad de la reforma fue dotar de nuevas facultades a una institución arcaica y en desuso la cual se renovó por completo y de otrora sólo conservó el nombre.

a) La Reforma Constitucional en materia de Guardia Nacional

La Guardia Nacional se creó como una corporación policiaca cuya atribución es garantizar la seguridad pública a nivel nacional. Las críticas y preocupaciones más relevantes

de las que fue objeto se pueden resumir en los siguientes puntos:

1. Su integración está determinada a partir del amalgamamiento de tres corporaciones: la antigua policía federal y las policías militar y naval; esto se hizo con la finalidad de que empezara a operar de forma inmediata. La reforma contempla que se integrarán a la corporación elementos civiles reclutados y capacitados de forma específica en el ámbito de la seguridad pública, hecho que está aconteciendo.
2. El Presidente de la República, de conformidad con las facultades que le confirió la reforma, tiene en su potestad nombrar al titular de la Guardia Nacional pudiendo elegir entre un civil, un militar o un marino; en los dos últimos casos, de ser personal en activo, tendría que solicitar licencia de su cargo. La decisión que tomó Andrés Manuel López Obrador fue nombrar a un militar en proceso de retiro, el General de Brigada Luis Rodríguez Bucio.
3. El órgano máximo de decisión al interior de la Guardia Nacional se denomina Instancia de Coordinación Operativa Interinstitucional, la cual está integrada por representantes de las Secretarías de Seguridad y Protección Ciudadana, de Defensa Nacional y de la Marina Armada de México, con ello existe una mayor representación de las Fuerzas Armadas.
4. En el artículo 5º transitorio constitucional se establece que el Presidente de la República podrá disponer de las Fuerzas Armadas y destinarlas a labores de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, subordinada, fiscalizada y complementaria por un periodo máximo de 5 años, contados a partir de la entrada en vigor del Decreto por el que se creó a la Guardia Nacional, mientras dicha corporación desarrolla su estructura, capacidades e implantación territorial. Este fue y sigue siendo uno de los temas más controvertidos pues el artículo 129 de la Constitución mexicana señala que en tiempos de paz el ejército debe permanecer en sus cuarteles.

El pasado 11 de mayo de 2020 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo Presidencial para operativizar este mandato constitucional. Las inconformidades y críticas han sido las siguientes:

- Omite señalar las bases bajo las cuales se "coordinarán" las Secretarías *de Seguridad Pública, Defensa y Marina para llevar a cabo las labores de seguridad pública.*
- *El acuerdo establece que la actuación de marinos y militares será supervisada por los* órganos *internos de control de las Secretarías* de Defensa Nacional y Marina; con ello, las investigaciones por los posibles abusos y excesos en el uso de la fuerza que pudieran violentar los derechos humanos de las personas no serían independientes. Las Fuerzas Armadas estarían siendo juez y parte.
- Se argumenta que el Presidente de México está haciendo un uso discrecional de las Fuerzas Armadas.
- El acuerdo no justifica el *carácter excepcional, temporal y restringido que deberían tener las Fuerzas Armadas.*

Sin embargo, el artículo quinto transitorio de la reforma constitucional señala:

> Durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto, en tanto la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implantación territorial, el Presidente de la República podrá disponer de la Fuerza Armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria […].

De conformidad con lo anterior, el uso de las Fuerzas Armadas no es arbitrario; por el contrario, se encuentra sujeto a ciertos principios que fueron discutidos y negociados en la reforma constitucional como mecanismos de contención para evitar la discrecionalidad. Los criterios fueron adoptados de la sentencia del caso *Alvarado Espinoza y otros vs. México*, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual señala que la seguridad ciudadana y el orden interno deben estar reservados a las policías civiles y de manera excepcional a las Fuerzas Armadas, mientras su participación sea:

1. Extraordinaria, de manera que toda intervención se encuentre justificada y resulte excepcional, temporal y restringida a lo estrictamente necesario en las circunstancias del caso;

2. Subordinada y complementaria a las labores de las corporaciones civiles; esto es, sin que sus labores puedan extenderse a las facultades propias de las instituciones de procuración de justicia o policía judicial o ministerial;
3. Regulada, mediante mecanismos legales y protocolos sobre el uso de la fuerza y bajo los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y absoluta necesidad, de acuerdo con la respectiva capacitación en la materia, y
4. Fiscalizada, por órganos civiles competentes, independientes y técnicamente capaces.

En el punto 2, la subordinación se refiere a la dependencia de una cosa o persona sobre la otra; a su vez, la acción de complementar se refiere a "añadir" algo con la finalidad de hacerlo mejor, así debería ser la participación de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública. Es verdad que el Acuerdo habla de coordinación, la cual se refiere a la combinación de medios para llevar a cabo una acción común; sin embargo, en ningún momento señala que las Fuerzas Armadas actuarán de forma coordinada con la Guardia Nacional, lo que dice expresamente es lo siguiente:

> **CUARTO:** Se instruye al Secretario de Seguridad y Protección Ciudadana para coordinarse con los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina para definir la forma en que las actividades de la Fuerza Armada permanente complementarán la función de la Guardia Nacional.

Quienes deberán coordinarse son los Secretarios de Estado para definir la manera en la que sus corporaciones van a trabajar. Las Fuerzas Armadas simplemente deberán complementar la actuación de la Guardia Nacional.

Con relación al numeral 4, creemos que este presenta un problema de convencionalidad; con el objetivo de garantizar el principio de fiscalización se debió crear un órgano civil competente, independiente y técnicamente capaz, cuyo objetivo fuera supervisar la actuación excepcional de las Fuerzas Armadas. Éste es un aspecto muy importante que debe atenderse, pues es necesaria la supervisión y fiscalización de las Fuerzas Armadas cuando realizan labores de seguridad pública; un órgano de esta naturaleza debe fungir como medio de contención (y en su caso de sanción), por si existiera un uso excesivo de la fuerza y/o cualquier delito cometido por militares y marinos contra la población civil.

Otras críticas señalan que el titular del poder ejecutivo estaba obligado a justificar en el Acuerdo porqué utilizaría a las Fuerzas Armadas durante los 5 años que le otorgaba la reforma; esto es, pudiendo restringir su uso a una temporalidad menor, el presidente decidió agotar el término máximo. Esta apreciación no es correcta, si bien la reforma constitucional le confirió dicho término, entre su publicación y el Acuerdo ha pasado ya más de un año; por ello el Ejército y la Marina estarán menos de 4 años realizando funciones de seguridad pública en las calles.

Se reclamó también que el Acuerdo no establece los lugares del territorio nacional a los que se enviaría a las Fuerzas Armadas; sin embargo, ni la reforma constitucional es restrictiva en ese sentido, ni las necesidades de combate a la delincuencia pueden guiarse bajo un determinismo a ultranza. Es evidente que las decisiones operativas pueden cambiar súbitamente dependiendo de las necesidades; con todo, parecería ocioso y fuera de lugar pensar que el Ejército, la Marina y la Guardia Nacional, serán enviados a Municipios cuya delincuencia e indicadores pueden ser controlados por las policías estatales o municipales, sin la necesidad de una injerencia especial.

Una crítica final es que Acuerdo no indica si la intervención de las Fuerzas Armadas tiene como finalidad hacer frente a la inseguridad pública, a la emergencia sanitaria por Covid-19 o a las dos. Parecería que quienes esgrimen un argumento de esta naturaleza o no han vivido en México durante los últimos 20 años, o han sido ajenos al incremento de la violencia, los homicidios, las desapariciones y los desplazados. Resulta lógico suponer que la reforma fue motivada por el contexto de inseguridad que vive el país; con independencia de ello, las labores que actualmente y de forma conjunta están llevando a cabo las Fuerzas Armadas y la Guardia Nacional, como el resguardo de instalaciones hospitalarias o el traslado de medicinas y/o productos necesarios para mitigar la pandemia, es coyuntural y obedece a la contingencia sanitaria que no sólo vive México sino el mundo entero; además este tipo de acciones tampoco es ajena al ámbito de la seguridad pública.

a) Ley Nacional Sobre el Uso de la Fuerza

Una de las principales consecuencias de la multicitada reforma constitucional, en materia de Guardia Nacional, fue la creación de tres legislaciones complementarias, entre ellas: la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza (LNUF). La finalidad de esta legislación es regular el uso de la fuerza que ejerzan la Guardia Nacional y las Fuerzas Armadas en el desempeño de sus labores.

Desde que en México se implementó a partir del 2006 una política criminal de terror denominada *Guerra contra la Delincuencia Organizada* que tuvo como principal característica el uso desmedido, irracional, ilegal, y sin dirección alguna de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública, el aumento de la violencia que ha sacudido al país y las múltiples acusaciones de violaciones a los derechos humanos atribuidas al Ejercito y a la Marina, son innegables; sin embargo, no es una problemática exclusiva de las Fuerzas Armadas sino también de las policías en general a las cuales en múltiples ocasiones se les ha acusado de utilizar de forma irracional y brutal su fuerza.

Es triste pero a su vez interesante y alentador lo que está pasando en estos momentos en los Estados Unidos de Norteamérica y en distintas partes del mundo; las protestas de la sociedad civil por la brutalidad militar y policiaca que causó la muerte a George Floyd, en Minneapolis, Minesota y a Rayshard Brooks, en Atlanta, Georgia, han activado nuevamente el movimiento *Black Lives Matter* (Las vidas negras importan), nacido en 2013 después de que fuera absuelto George Zimmerman, el asesino del joven afroamericano de 17 años, Trayvon Martin, en Sanfor, Florida.

En México han habido múltiples manifestaciones por el asesinato el pasado 5 de mayo de 2020 de Giovanni López, a manos de la policía municipal de Ixtlahuacán de los Membrillos, Jalisco; y así, si nos pusiéramos a hacer una revisión profunda de los casos más destacados (en un aspecto negativo), veríamos que las conductas de brutalidad policiaca no son exclusivas de las Fuerzas Armadas. En casos de vergonzosa relevancia internacional, como el de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, estuvieron involucradas todas las policías (municipal, estatal y federal), además del ejército.

Cuando hablamos del uso de la fuerza por parte de las policías y las Fuerzas Armadas (en especial cuando estas últimas realizan labores de seguridad pública), tenemos que referirnos necesariamente a una actuación acotada y limitada; ésa debería de ser la finalidad de cualquier legislación en esa materia.

El artículo cuarto transitorio del decreto de reforma constitucional en materia de Guardia Nacional le impuso al Congreso de la Unión ciertas directrices que debía seguir al momento de legislar sobre uso de la fuerza. La ley en esta materia debería contemplar:

1. La finalidad, alcance y definición del uso de la fuerza pública;
2. Los sujetos obligados al cumplimiento del ordenamiento, y los derechos y obligaciones de los integrantes de instituciones con atribuciones para llevar a cabo el ejercicio de la fuerza pública;
3. La sujeción del uso de la fuerza a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, racionalidad y oportunidad;
4. La previsión del adiestramiento en medios, métodos, técnicas y tácticas del uso de la fuerza mediante el control físico, el empleo de armas incapacitantes, no letales y de armas letales;
5. Los niveles para el uso de la fuerza pública por los servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones para hacer cumplir la ley;
6. La distinción y regulación de las armas e instrumentos incapacitantes, no letales y letales;
7. Las reglas sobre la portación y uso de armas de fuego entre los integrantes de instituciones con atribuciones para llevar a cabo el ejercicio de la fuerza pública, así como sus responsabilidades y sanciones;
8. Las previsiones de actuación de los integrantes de instituciones con atribuciones para llevar a cabo el ejercicio de la fuerza pública, con relación a personas detenidas, bajo su custodia o en manifestaciones públicas;
9. Las normas para la presentación de informes de los servidores públicos que hagan uso de armas de fuego en el desempeño de sus funciones, así como para su sistematización y archivo, y

10. Las reglas básicas de adiestramiento y gestión profesional del uso de la fuerza pública.

A pesar de que la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza y el Acuerdo Presidencial al que nos hemos venido refiriendo señalan la obligación de respetar los derechos humanos y cumplir con las anteriores directrices; la Comisión Nacional de Derechos Humanos interpuso, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una acción de inconstitucionalidad (64/2019), en la que argumentó deficiencias de la legislación relacionadas con los numerales 1, 3, 4, 6 y 9 al considerarla omisa o extralimitada en los siguientes puntos:

- No establece la finalidad del uso de la fuerza;
- No contempla los principios de racionalidad y oportunidad;
- No clasifica de forma correcta las armas e instrumentos incapacitantes, letales y no letales;
- No estipula correctamente las normas de sistematización y archivo de los informes que deben presentar los servidores públicos que utilicen armas de fuego, con motivo de sus funciones;
- No señala de forma específica a qué se refiere en el artículo 6, fracción VI, cuando habla de *fuerza epiletal;* y
- La parte donde habla del uso letal de la fuerza autorizado desde la planeación del operativo.

En efecto, creemos que existen diversos aspectos que ponen en entredicho la constitucionalidad y la convencionalidad de la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza. En primer lugar, el Poder Legislativo no respetó, al momento de legislar sobre el uso de la fuerza, los parámetros que se le impusieron en la reforma constitucional; en segundo lugar, la legislación no contempla ciertos límites y acotamientos establecidos por el marco internacional de los derechos humanos.

Analicemos la legislación punto por punto:

1. Lo primero que nos gustaría señalar es la falta de claridad que tiene la ley; presenta problemas de orden y sistematización tanto de conceptos como de contextos de uso de la fuerza. Este hecho, por sí mismo, dificulta su entendimiento y crea confusión;
2. El artículo 3, fracción III, habla de las armas *menos letales*; señala que son aquellas que disminuyen las funciones corporales de una persona con un riesgo mínimo de causarle lesiones que pongan en peligro su vida. El problema es que la ley no señala que el uso de estas armas, en determinados contextos o con ciertas personas, puede ser de alto riesgo; por ejemplo, un golpe con un tolete cuando se da en la cabeza, una pistola eléctrica usada con alguien que sufre una afección cardiaca o disparos de balas de goma y/o chorros de agua a presión aplicados a una distancia corta.
3. El artículo anterior, pero en su fracción XIV, señala que deberá entenderse por uso de la fuerza la inhibición por medios mecánicos o biomecánicos, de forma momentánea o permanente, de una o más funciones corporales de la persona por parte de un elemento autorizado por el Estado. La fracción es ambigua pues no señala cuáles son los medios mecánicos y cuáles los biomecánicos.
4. El artículo 4, fracción I, habla del uso de la fuerza bajo el principio de absoluta necesidad; señala que ésta debe ser la última alternativa después de que se hayan agotado otros medios para que el agresor se desista de su conducta. El problema es que la fracción no señala cuáles serían los medios que, de forma previa al uso de la fuerza, deberán ser agotados.
5. El anterior artículo, pero en su fracción IV, habla del principio de proporcionalidad; establece que los agentes de seguridad deben aplicar medios y métodos bajo un criterio de uso diferenciado de la fuerza, pero no señala cuáles.
6. El artículo 6 habla del impacto que tiene el uso de la fuerza en las personas; en particular la fracción VI, habla de la lesión grave ocasionada por utilizar la *fuerza epiletal,* a través del uso de armas menos letales o de fuego, con la finalidad de neutralizar a los agresores y con una probabilidad alta de causarles una lesión grave. Esta fracción presenta diversos problemas; primero, no existe en la legislación el concepto de *fuerza epiletal*; segundo, permite el uso de armas menos letales pero también de armas de fuego; y tercero, crea confusión con la fracción VII, que habla de la muerte ocasionada por armas menos letales pero también por armas de fuego.

7. El artículo 7 establece las acciones que serán consideradas como amenazas letales inminentes; el primer problema está en su fracción II, que habla de no soltar un arma de fuego o una réplica después de una advertencia clara; el segundo problema es la fracción V, que se refiere a la acción de portar un explosivo y el tercer problema es la fracción VI, que habla de las acciones tendientes a perturbar objetos y sistemas que puedan tener efectos letales o incapacitantes en una o más personas. En relación con las dos primeras fracciones resulta extralimitado y fuera de lugar considerar que dichas acciones son amenazas letales inminentes, y en la última fracción, no se señala cuáles son los sistemas y objetos cuya perturbación pueda tener efectos letales; por ello la porción legal es ambigua.

8. Con relación al artículo 9, el cual habla de los mecanismos de reacción en el uso de la fuerza en particular la fracción IV, que habla de las *tácticas defensivas*, su redacción es confusa pues señala que su límite superior es el daño de estructuras corporales no vitales; sin embargo, este hecho también se encuentra señalado en la fracción III, que habla de *técnicas de sometimiento o control corporal*.

9. El artículo 10 fracción III, habla de la resistencia de alta peligrosidad; señala que es una conducta cometida por una o varias personas que emplea violencia, amago o amenaza con armas o sin ellas, con la finalidad de causar a otra u otras personas o a miembros de las instituciones de seguridad, lesiones graves o muerte. Contra este tipo de resistencia las autoridades están facultadas para actuar utilizando todos los mecanismos de reacción que contempla el artículo 9 (controles cooperativos, control mediante contacto, técnicas de sometimiento, técnicas defensivas y fuerza letal). El problema principal es que se faculta a las autoridades para utilizar la fuerza letal en un supuesto donde existe una amenaza sin armas. Es decir, ¿cómo podría una persona amenazar a otra con causarle lesiones graves o la muerte sin tener un arma? Bajo esta fracción se puede dar un exceso en el uso de la fuerza además de que el supuesto no se encuentra contemplado en el artículo 7 que habla de las *amenazas letales inminentes*.

10. Con relación a las armas el artículo 15, habla de *incapacitantes menos letales y letales*; sin embargo, el Informe anual 2015 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo IV, apartado B, habla de los medios de protección y empleo del uso de la fuerza, en particular las armas letales y menos letales; ahí se establecen diversos postulados que la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza no cumple, entre ellos:

- La legislación debería establecer claramente el contexto de uso de las armas menos letales ya que su abuso podría resultar en daños graves o incluso en la pérdida de la vida.
- De utilizarse algún tipo de gas o sustancia irritante en aerosol, la legislación debe señalar la prohibición expresa de usarlo en lugares cerrados o donde no exista alguna vía de evacuación.
- La legislación debe establecer a la autoridad la obligación de dar aviso antes de utilizar un arma menos letal con el objetivo de poder evacuar la zona sin causar pánico.
- En la ley o en algún reglamento se deberían establecer los estándares que regulen la concentración de los agentes químicos irritantes que se utilizarán en aerosoles, así como la medida de presión del agua en las mangueras que se emplearán como medidas disuasivas.
- La legislación no contempla normas claras sobre las armas no letales; esto es, un arma es menos letal no sólo por su tipo, sino por el uso que se haga de ella en un contexto determinado y por la persona a la cual se dirige. El arma puede estar categorizada como *menos letal* y aun así causar la muerte; es el caso de las balas de goma cuando se disparan a corta distancia e impactan ciertas partes del cuerpo o las descargas eléctricas provocadas por pistolas especiales cuando el destinatario tiene afecciones cardiacas.
- A la fecha no existe ningún protocolo derivado de esta ley que esclarezca los puntos anteriores o que hable del tipo de capacitación, sobre el uso de la fuerza, que tendrán los elementos de la Guardia Nacional y/o las Fuerzas Armadas cuando realicen labores de seguridad pública.

11. Los artículos 16 y 27 hablan de la obligación que tienen las autoridades de seguridad de crear protocolos de actuación para el uso

de la fuerza y las armas. A la fecha no hay ninguno.

12. El artículo 30 fracción X, establece que es legal grabar los operativos que lleven a cabo las fuerzas de seguridad desde su inicio hasta su fin; sin embargo, lo que debería establecer es la obligación de hacerlo.

Con relación al anterior análisis y de acuerdo con la acción de inconstitucionalidad presentada el pasado 26 de junio de 2019 por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (a la que hicimos referencia en párrafos anteriores), resulta probable suponer que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declarará inconstitucionales varios preceptos de la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza. De ser así, el Congreso de la Unión tendrá otra oportunidad y sobre todo la obligación de corregir aquellas deficiencias que puedan permitir el abuso de la fuerza y violaciones a los derechos humanos.

Finalmente, quisiéramos concluir el artículo señalando que, desde nuestra perspectiva, el único factor que contribuirá a disminuir la violencia y el abuso de la fuerza que ejercen las policías y las Fuerzas Armadas será la voluntad política para hacer cumplir, sin ninguna excepción, el marco normativo de responsabilidades. Esto es, sin dar de baja a los elementos que abusen o cometan delitos para después emplearlos en otra corporación. Una voluntad guiada por la visión de que el uso de la fuerza debe ser la última razón del Estado.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Comparar la reforma constitucional de la Guardia Nacional con una política de seguridad que mantuvo ilegalmente a las Fuerzas Armadas en las calles durante 12 años, resulta ocioso e insostenible. Nuestra postura se inclina por otorgar un voto de confianza a la reforma bajo los siguientes argumentos: a) las circunstancias actuales de violencia y delincuencia justifican medidas excepcionales y temporales; entre ellas, el uso de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública (mientras actúen en colaboración con la Guardia Nacional); b) el 27 de marzo de 2024 concluirá el periodo de actuación de las Fuerzas Armadas y regresarán a sus cuarteles después de haber permitido que la Guardia Nacional se termine de consolidar; c) las funciones de la Guardia Nacional están acotadas jurídicamente; entre las legislaciones que se crearon para regularla se encuentra la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza y Armas de Fuego y; d) los elementos de la Guardia Nacional están excluidos del fuero militar para el caso de que cometan algún delito.

La reforma es como todo perfectible; esperamos que en un futuro no lejano la Guardia Nacional tenga un mando operativo de naturaleza civil y esté completamente apartada del Ejército y la Marina. Mientras tanto, el actual modelo de seguridad es definitivamente mejor que el que ha tenido México en las dos últimas décadas. En la actualidad la Guardia Nacional, a pesar de estar operando, aún se encuentra en proceso de integración, solamente el paso del tiempo nos permitirá evaluar de forma concreta si la reforma constitucional contribuyó o no de forma positiva en la incidencia delictiva sin causar los devastadores daños sociales, antes llamados con desdén y frialdad, colaterales.

La libertad para vivir sin miedo implica vivir con dignidad, pero la dignidad no puede interpretarse a ultranza bajo el principio de universalismo. El riesgo sería caer en el reductivismo de tachar de inconvencional cualquier cambio legal. Nos parece importante defender el poder local y legítimo de la reforma aceptando, por un lado, que el uso de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública ha favorecido el incremento de la violencia y el menoscabo de los derechos humanos; y por el otro, que la situación actual de inseguridad que se vive en México requiere ser atendida a través de medidas excepcionales. La participación de las Fuerzas Armadas es una medida excepcional; era necesario que la reforma constitucional planteara una temporalidad máxima (en este caso de 5 años), durante la cual podrán auxiliar a la Guardia Nacional y cuando fenezca este término deberán regresar de manera definitiva a sus cuarteles.

La reforma constitucional por la que se creó a la Guardia Nacional implica un cambio radical en la forma de combatir a la delincuencia en México. Durante el periodo 2006 al 2018, se actuó bajo el amparo de una jurisprudencia que facultaba a las Fuerzas Armadas a auxiliar a las policías civiles en la realización de sus funciones; este hecho no fue respetado en la práctica pues en lugar de colaborar subordinaron *de facto* a las policías ejecutivas y ejercieron el control de la seguridad en el país.

El nuevo Modelo Nacional de Seguridad Pública en México, además de crear a la Guardia Nacional, contempla la implementación de acciones económicas y sociales en favor de grupos vulnerables con el objetivo de procurar las libertades para vivir sin temor, vivir sin miseria y vivir con dignidad, tal cual lo establece la seguridad humana.

La Guardia Nacional es una corporación distinta a las Fuerzas Armadas y acotada por un marco jurídico específico que consta de tres legislaciones: la Ley de la Guardia Nacional, la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza y la Ley Nacional del Registro de Detenciones. Es una corporación facultada para desempeñar labores de seguridad pública y funcionará como instancia intermedia entre las Fuerzas Armadas y las policías estatales y municipales. El éxito de esta nueva institución en gran medida dependerá de que se cumpla estrictamente el marco jurídico que limita su actuación. Es decir, se deben castigar, sin excepción alguna, todos los casos en donde algún elemento de la Guardia Nacional y/o de las Fuerzas Armadas abuse del uso de la fuerza, cometa un delito o violente los derechos humanos de las personas.

Con la creación de la Guardia Nacional se cumplió con una demanda de la sociedad mexicana y de los Organismos Defensores de los Derechos Humanos (nacionales e internacionales), en el sentido de que las Fuerzas Armadas regresarán a más tardar en cinco años a sus cuarteles. De esta manera sólo permanecerá la Guardia Nacional realizando funciones de seguridad pública y todos sus elementos, sean de origen civil, militar o naval, serán capacitados de manera específica para desempeñar funciones de seguridad pública con respeto a los derechos humanos. Con todo, la Guardia Nacional será un factor determinante para la desmilitarización del país.

Ante el preocupante panorama de violencia que se vive en México, es indispensable fortalecer a las instituciones que combaten la inseguridad pública como las policías estatales y municipales. Sin embargo, por lo urgente de la situación era necesario, además de crear a la Guardia Nacional, utilizar todos los recursos con los que cuenta el Estado (entre ellos las Fuerzas Armadas), en aras de hacerle frente a esta problemática de la mejor forma posible.

La reforma constitucional de la Guardia Nacional fue aprobada por unanimidad en el Congreso de la Unión y por la totalidad de las Asambleas Legislativas de los Estados y la Ciudad de México. Después de múltiples discusiones, en un ejercicio de parlamento abierto, su aprobación se dio con un alto bono de legitimidad.

De acuerdo con los principios de seguridad jurídica y legalidad la autoridad debe justificar su actuar en irrestricto cumplimiento del marco normativo; en este sentido, las múltiples deficiencias que tiene la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza, entre ellas la finalidad y orientación del uso de la fuerza y la clasificación de las armas e instrumentos incapacitantes (letales y no letales), ponen en riesgo a los habitantes de ser vulnerados en sus derechos humanos y de sufrir abusos por parte de la Guardia Nacional y/o las Fuerzas Armadas. El marco jurídico debe fungir como límite de contención para evitar el abuso de la fuerza en detrimento de las personas.

Es fundamental que el Estado mexicano ponga especial atención en la creación de Protocolos sobre el uso de la fuerza y de las armas de fuego. En ellos deberá centrar su enfoque en el tipo de fuerza y no en el tipo de armas; deberá especificar cuáles son las armas incapacitantes menos letales y letales; deberá restringir el uso de cualquier tipo de armas en determinados escenarios (como la utilización de gases lacrimógenos en lugares cerrados), y deberá señalar que el uso de armas menos letales puede causar la pérdida de la vida dependiendo de las circunstancias de uso y las características de la persona a quien se dirige.

OBSERVACIÓN

El presente artículo fue realizado gracias al apoyo de la beca Posdoctoral otorgada por la DGAPA de la UNAM (2018-2020), estancia que me encuentro realizando en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México. Dra. Estelí Martínez Consuegra.

NOTAS

1. Ulrich Beck, La Sociedad del Riesgo Mundial. *En busca de la Seguridad perdida*, España, 2008, Editorial Paidós, p. 27.
2. Sánchez David, Rubén; Rodríguez Morales, Federmán. Seguridad nacional: el realismo y sus contradictores. Revista Desafíos, [S.l.], v. 15, pp. 119-177, abr. 2010. ISSN 2145-5112, Disponible en Portal electrónico de la *Revista Desafíos de la Universidad del Rosario*: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/758, fecha de consulta: 16 febrero de 2020, pp. 124 y 125.
3. Gino Pauselli, *Teorías de Relaciones Internacionales y la Explicación de la ayuda externa,* Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo/Iberoamerican Journal of Development Studies, Volumen 2, Número1 (2013), pp. 80 y 81.
4. Thomas Hobbes, *El Leviatán*, España, Editorial Nacional, 1980, p. 224.
5. Hans Joachim Morgenthau, *La lucha por el poder y por la paz*, Argentina, Editorial Sudamericana, 1963, p. 227.
6. Esther Barbe, El papel del Realismo en las Relaciones Internacionales. (La teoría de la política internacional de Hans Joachim Morgenthau), España, *Revista de Estudios Políticos*, ISSN 0048-7694, No 57, 1987, pp. 149-176, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26941, fecha de consulta: 22 de enero de 2020, pp.154-160.
7. Se denomina Bretton Woods, a la serie de acuerdos económicos que tomaron 44 países de capitalismo desarrollado, en julio de 1944, en un complejo hotelero de la comunidad que lleva el mismo nombre, en New Hampshire, Estados Unidos. Entre los aspectos más relevantes de los acuerdos de Bretton Woods, se encuentra la creación del Fondo Monetario Internacional y del entonces Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (hoy Banco Mundial). También se sustituyó el patrón oro por el patrón dólar, con lo cual se hegemonizó el poderío económico de los Estados Unidos de Norteamérica.
8. José Guadalupe Vargas Hernández, *El realismo y el neorrealismo estructural. Estudios Políticos*. 2009;9(16):113-124., fecha de consulta, 15 de mayo de 2020, ISSN: 0185-1616, disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4264/426439540006.
9. Víctor Toledo, *Introducción al estudio de las relaciones internacionales*. Editorial EUCASA, Argentina, 2006, p. 149.
10. Gino Pauselli, Teorías de relaciones internacionales y la explicación de la ayuda externa, *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo/Iberoamerican Journal of Development Studies*, Volumen/Volume 2, Número/Issue 1 (2013), pp. 72-92. ISSN: 2254-2035, p. 83.
11. José Luis Vergara Ibarra. *La seguridad nacional de México. Hacia una visión integradora*, México, Siglo XXI Editores, 2017, pp. 34-37.
12. Portal electrónico del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ¿Qué es la seguridad humana?, Seguridad Humana Ahora, https://www.iidh.ed.cr/multic/default_12.aspx?contenidoid=8c1a302f-f00e-4f67-b3e6-8a3979cf15cd&Portal=IIDHSeguridad#Ante.
13. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, "Documento Final de la Cumbre Mundial 2005", 20 de septiembre de 2005, Portal electrónico de la Organización Internacional del Trabajo, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/meetingdocument/wcms_079441.pdf.
14. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, "Informe de seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio", 8 de marzo de 2010, https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDHSeguridad/12_2010/7550700d-e07d-4c86-a010-060f1fb383e0.pdf
15. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos 2009, https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADA NA%202009%20ESP.pdf, p. 9.
16. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 21, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf
17. Aravena, Francisco y Soto, Daniel. (2012). Estándares internacionales y seguridad pública, Revista de Derecho Público, 10.5354/0719-5249.2012.30937, https://www.researchgate.

net/publication/310660133_Estandares_internacionales_y_seguridad_publica/link/5b5935bb0f7e9bc79a65698d/download, pp. 442-445.

18. Boaventura de Sousa Santos, *Hacia una concepción multicultural de los Derechos Humanos, El otro Derecho*, número 28, julio de 2002, ILSA, Bogotá, pp. 61 y 62.
19. *Ibid,* pp. 66-69.
20. Jurisprudencia 38/2000, EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN)., Portal electrónico del Semanario Judicial de la Federación, http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/1001/1001284.pdf, fecha de consulta: 20 de octubre de 2018.
21. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional. Portal electrónico del Diario Oficial de la Federación: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5555126&fecha=26/03/2019
22. *Idem.*
23. Acuerdo presidencial por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria. Portal electrónico del Diario Oficial de la Federación: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593105&fecha=11/05/2020.
24. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, *Op. cit.*
25. Portal electrónico de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/documento/accion-de-inconstitucionalidad-642019
26. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 2015. Portal electrónico de la Organización de los Estados Americanos (OEA): https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-fuerza-ES.pdf
27. Portal electrónico de la Cámara de Diputados, Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNUF_270519.pdf.

A FILOSOFIA DOS CUIDADOS PALIATIVOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Geisa Oliveira Daré
Advogada; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Bauru; Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho; Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho.

RESUMO

Os cuidados paliativos têm grande amplitude de conteúdo e são discutidos por diversas outras áreas do conhecimento além do direito. Por isso, o ensaio restringiu-se a enxergar a interconexão dos direitos humanos na filosofia dos cuidados paliativos, eis que estes consistem em uma etapa do direito humano fundamental à saúde e à vida digna. Procurou-se dar resposta às seguintes questões: o que são cuidados paliativos (origens históricas e conceito); qual a filosofia dos cuidados paliativos e sua ligação com os direitos humanos. A definição dos cuidados é resultado um processo histórico e técnico-científico que justifica sua leitura de forma conjuntural. O contexto histórico evidencia o cerne da necessidade humana de cuidados paliativos, não só como serviço médico, mas também como serviço que se presta à humanização da medicina, do paciente e de sua família. Assim, o ensaio foi iniciado com uma abordagem histórica dos cuidados paliativos, seguindo-se para sua conceituação, para filosofia dos cuidados paliativos, finalizando com apontamentos sobre a constituição dos cuidados paliativos como direito humano à luz de sua filosofia *sui generis*. Ao longo do texto também foram feitas algumas considerações sobre o enquadramento teórico da prestação humanizada em tela.

Palavras-chave

Direitos humanos; cuidados paliativos; saúde.

ABSTRACT

Palliative care has a wide range of content and is discussed by several other areas of knowledge besides the law. For this reason, the essay was restricted to seeing the interconnection of human rights in the philosophy of palliative care, since these consist in a stage of the fundamental human right to health and dignified life. We tried to answer the following questions: what is palliative care (historical origins and concept); what is the philosophy of palliative care and its connection with human rights. The definition of care is the result of a historical and technical-scientific process that justifies its reading in a conjunctural way. The historical context highlights the core of the human need for palliative care, not only as a medical service, but also as a service that lends itself to the humanization of medicine, the patient and his family. Thus, the essay started with a historical approach to palliative care, followed by its conceptualization, to the philosophy of palliative care, ending with notes on the constitution of palliative care as a human right in the light of its *sui generis* philosophy. Throughout the text, some considerations were also made about the theoretical framework of the palliative treatment.

Keywords

Human rights; palliative care; health.

1. INTRODUÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CUIDADOS PALIATIVOS

A atual definição de cuidados paliativos é resultado de um processo histórico e técnico-científico. Franklin Santana Santos (2011, p. 3) salienta que as primeiras tentativas de aliviar o sofrimento físico e espiritual das pessoas surgiu nas antigas civilizações hindu, chinesa, caldeia e egípcia, com os xamãs (um arquétipo de sacerdotes). Nas palavras do referido autor:

> É importante lembrar que Egito e Índia antigos possuíam instituições que tinham alguns atributos de hospitais. No ano 2500 a.C., o Egito possuía um sistema de educação médica e cuidados de saúde bem organizado, como pode ser visto em documentos da época, como o Papiro Smith. Com relação ao sistema de saúde indiano, Bennahum informa que, de acordo com a literatura indiana do século VI a.C, Buda designou um médico para cada dez vilas e construiu abrigos para mulheres enfermas e grávidas. Existiram hospitais no Ceilão datados de 437 a.C considerados historicamente significativos por suas similaridades com os atuais hospices […] (SANTOS, 2011, p. 3).

Santos (2011, p. 3) lembra que, apesar de existirem alguns cuidados com os enfermos, com o uso de ervas, unguentos e regimes dietéticos, bem como rituais espirituais, a expectativa de vida na Antiguidade era de apenas duas décadas e que as principais causas da morte eram malária, tuberculose, hanseníase, cólera, peste e pneumonia.

O desenvolvimento da medicina como ciência, tal como conhecemos na atualidade ocidental, teve início na Grécia Antiga, com Hipócrates. A importância do cuidado ao próximo surge a partir do pensamento cristão, que segue o mandamento de Jesus Cristo: "Curai os enfermos, limpai os leprosos, ressuscitai os mortos, expulsai os demônios; de graça recebestes, de graça dai" (Mateus 10:8). Portanto, foi com a expansão do cristianismo que a benevolência se tornou uma espécie de obrigação moral não só para com os semelhantes – como ocorria entre os judeus–, mas uma prática universal e gratuita. Assim surgiram os primeiros hospices, lugares que abrigavam os viajantes, peregrinos e enfermos. Com o passar o tempo, foram criados os primeiros hospitais com finalidade precípua de acolher pessoas enfermas.

Ao longo da história sempre existiram personalidades, sobretudo religiosos, que dedicavam sua vida a cuidar do sofrimento dos moribundos e carentes negligenciados pela sociedade. Contudo, esse tipo de prestação de serviço era totalmente benevolente e sem o conhecimento científico necessário para doenças hoje consideradas de simples tratamento e para o alívio da dor.

Com a estruturação dos hospitais, a morte que antes ocorria em casa passou a acontecer nestes ambientes hospitalares. No entanto, a frieza do ambiente, a falta de uma visão global sobre a dor e a indiferença dos profissionais da saúde não eram suficientes para o tratamento adequado das pessoas que possuíam doenças para as quais a medicina não tinha resposta. Foi com a atuação principal da inglesa Cicely Saunders, e também de médicos como o inglês Alexander Fleming, que contribuíram para a cura de doenças mortais, que tal panorama começou a ser mudado.

Cicely Saunders nasceu em 22 de junho de 1918 na Inglaterra. Estudou na Roedean School de 1932 a 1937. Em 1938, começou a estudar política, filosofia e economia no St Anne's College, em Oxford. Com o início da 2ª Guerra Mundial, sentiu necessidade de se dedicar a algo que pudesse ajudar as pessoas; largou seus estudos e passou a estudar enfermagem no St. Thomas Hospital, concluindo o curso em 1944. Depois da guerra, retornou ao St. Anne's College, onde se dedicou mais um ano para se diplomar em Administração Pública e Social (CÂMARA, 2016). Descobriu seu interesse pelo controle da dor e cuidados dos pacientes terminais quando trabalhava como assistente social e enfermeira voluntária, motivo pelo qual decidiu fazer o curso de medicina, concluindo-o em 1957 pela St. Thomas Medical School. Em 1967 criou o St. Christopher's Hospice, o primeiro hospital destinado a acolher pacientes sem chance de cura. Quando os pacientes eram noticiados de que as doenças eram incuráveis e que nada mais havia a fazer, Cicely Saunders frequentemente repetia a frase "temos muito mais a fazer ainda". Ela enxergava a necessidade de aliar os cuidados médicos e de enfermagem de qualidade a uma visão humanitária (apoio holístico) nas dimensões emocionais, sociais e espirituais (CÂMARA, 2016).

Não obstante, a sensibilidade de Cicely Saunders enxergou que os cuidados deveriam se estender também para a família do paciente. Assim, convidou o famoso psiquiatra britânico Dr. Colin M. Parkes para desenvolver no St. Christopher´s Hospice um serviço de atendimento aos familiares do paciente durante a doença e depois da morte deste, bem como, em 1969, levou equipes para atendimento domiciliar. Mais tarde, o Colégio Real de Médicos consagrou em 1987 os Cuidados Paliativos como uma nova especialidade da medicina. Saunders recebeu vinte e cinco homenagens e honrarias durante sua vida, entre elas o título de Dama do Império britânico em 1980 e a comenda da Ordem do Mérito em 1989. Em 2001, o maior

prêmio humanitário do mundo foi dado ao St. Christipher's Hospice no valor de um milhão de dólares como reconhecimento do trabalho realizado por Dame Cicely Saunders, que faleceu de câncer em 14 de julho de 2005, no St. Christopher's Hospice (CÂMARA, 2016).

Destacamos também a descoberta da Benzilpenicilina (ou Penicilina G), tido como um dos principais avanços da história da medicina moderna pelo médico inglês Alexander Fleming. Fleming regressou da Primeira Guerra Mundial com a esperança de encontrar uma solução para as infecções, um problema muito comum na guerra, causado pela contaminação da bactéria *Staphylococcus Aureus* nas feridas dos soldados, que lhes afligia muita dor e até mesmo a morte. Então, em 1928, no St. Mary's Hospice, passou a estudar a bactéria *Staphylococcus* e, por descuido, acabou deparando-se com o fungo *Penicillium*, o qual secreta uma substância que destrói a bactéria Staphylococcus (FLORENCIO, 2014). Assim foi inventado o primeiro antibiótico, capaz de controlar as infecções que mataram milhares de pessoas até o século XIX. Muitos atribuem o aumento expressivo da expectativa de vida à descoberta ora narrada.

A evolução da medicina nos últimos cinquenta anos fez com que muitas doenças mortais acabassem por se tornar crônicas, acarretando o aumento expressivo da expectativa de vida da população mundial, nomeadamente com a descoberta de novos medicamentos, dentre os quais a Penicilina G e medicamentos antirretrovirais que controlam o vírus HIV/AIDS.

Como alhures salientado, o tempo de vida na Antiguidade girava em torno de duas décadas. Hoje a esperança de vida a nível mundial é 71,4 anos (73,8 para mulheres e 69,1 para homens), sendo que, entre os anos de 2000 e 2015, a expectativa de vida mundial cresceu em média - cinco anos (NAÇÕES UNIDAS, 2016). No Brasil, por exemplo, a média de vida para ambos os sexos no ano 2000 era de 70,5 anos, a contar do nascimento; já em 2015 a expectativa subiu para 75 anos (WORLD HEALTH ORGANIZATION). Vale lembrar que o IBGE (Instituto brasileiro de Geografia e Estatística) registrou entre 1940 a 2016 um aumento de 30,3 anos na expectativa de vida dos brasileiros (de 45,5 anos em 1940 para 75,8 anos em 2016) (IBGE, 2017).

O envelhecimento da população mundial aumenta a prevalência de câncer e outras doenças crônicas, de forma a ressaltar a importância do acesso aos cuidados paliativos e o desenvolvimento desta área da saúde, uma vez que há progressivamente um maior número de pessoas necessitando dos cuidados. Nas palavras de Germana Hunes Grassi Gomes Victor: "Em poucos anos, [...] o número de pessoas com mais de 65 anos será maior do que o número de crianças menores de 5 anos. A expectativa para 2030 é de mais de 1 bilhão de idosos, com aumento mais acentuado nos países em desenvolvimento" (VICTOR, 2016, p. 267-270).

2. CONCEITO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou sua primeira edição de Alívio da Dor no Câncer e Cuidados Paliativos em 1990, no qual definiu cuidados paliativos como sendo o "cuidado ativo e total para pacientes cuja doença não é responsiva a tratamento de cura. O controle da dor, de outros sintomas, e de problemas psicossociais e espirituais é primordial. O objetivo do cuidado paliativo é proporcionar a melhor qualidade de vida possível para pacientes e seus familiares" (WHO, 1990, p. 11). Em 2002, a OMS reformulou o conceito, nos seguintes termos: "Cuidados Paliativos constituem uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e familiares que enfrentam problemas associados a doenças que ameacem a continuidade da vida, através da preservação e alívio do sofrimento por meio da identificação precoce, avaliação correta e tratamento da dor e outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual" (WHO, 2002, p. XV-XVI).

O diagnóstico de pacientes que precisam de cuidados paliativos é bastante complexo e vasto; portanto, de modo geral, haverá a necessidade de cuidados paliativos quando a pessoa apresentar sintomas causados por doença grave, progressiva, que ameace a continuidade da vida e sem possibilidade de cura.

Uma desconstrução de paradigma a que nos incumbe proceder é a de que doenças objeto de cuidados paliativos são sempre aquelas que levam o paciente à morte em poucos meses ou anos, o que não é verdade. Asma, neoplasia, AIDS, diabetes, hipertensão, doenças cardíacas, entre outras doenças, são tidas como incuráveis pela medicina; no entanto, permitem que

o paciente viva até a velhice se elas forem devidamente controladas.

1. A palavra "aliativo" vem do latim *pallium*, que significa "manto, cobertor", algo que protege contra intempéries. Cuidados, segundo o dicionário Michaelis, pode ser entendido como trabalho com técnica aprimorada, ação premeditada, forma de agir com preocupação, atenção que se dedica a alguém, atividade que requer zelo.

2. A medicina paliativa não é sinônimo de cuidados paliativos. Medicina paliativa é área especializada da medicina que se dedica a prestar cuidados terapêuticos a pacientes cancerosos ou com doenças degenerativas, irreversíveis, crônicas, progressivas e fatais, objetivando proporcionar-lhes a maior qualidade de vida possível do diagnóstico até a morte do paciente, bem como prestar assistência a seus familiares, incluindo o luto.

Embora pertença a um ramo de especialidade da área médica, os cuidados paliativos estão situados de forma mais abrangente em toda área da saúde, contemplando a atuação de equipe multiprofissional, tais como: médicos, enfermeiros, psicólogos, nutricionistas, assistentes sociais, fisioterapeutas ocupacionais, religiosos e voluntários. A atividade da equipe multiprofissional pode ocorrer em hospital, clínica e/ou ambiente domiciliar.

3. FILOSOFIA DOS CUIDADOS PALIATIVOS

A filosofia dos cuidados paliativos disciplina toda a sistemática de atuação dos profissionais da área da saúde a partir de premissas básicas e holísticas. Elas são descritas pela Organização Mundial da Saúde (WHO, 2002, p. 84), nos termos abaixo comentados.

3.1. Promover o alívio da dor e outros sintomas angustiantes

Conforme destaca Dalva Yuki Matsumoto (2012, p. 24), *a priori* havia uma crença de que a utilização regular de medicamentos supressores da dor poderia atrapalhar o tratamento ou mesmo prejudicar ainda mais a saúde do paciente. Contudo, em um primeiro estudo com pacientes com câncer entre 1958 a 1965 descobriu-se a falácia do antigo pensamento, assim como a eficácia deste método no real alívio da dor, nas palavras da autora:

> [...] o primeiro estudo sistemático de 1.100 pacientes com câncer avançado no St. Joseph's Hospice entre 1958 e 1965. Um estudo descritivo, qualitativo foi baseado em anotações clínicas e gravações de relatos de pacientes. Este estudo demonstrou o efetivo alívio da dor quando os pacientes foram submetidos a esquema de administração regular de drogas analgésicas em contrapartida de quando recebiam analgésicos "se necessário". Este trabalho publicado por Robert Twycross nos anos 1970 põe por terra mitos sobre os opiáceos. Foram mostradas evidências que os opiáceos não causavam adição nos pacientes com câncer avançado e que a oferta regular destes medicamentos não causava maiores problemas de tolerância. O que se ouvia nos relatos dos pacientes era o alívio real da dor (MATSUMOTO, 2012, p. 24).

Assim, o estudo realizado no St. Joseph Hospice contribui para um dos pilares dos cuidados paliativos ao desmitificar os malefícios do uso de medicamentos contra a dor, promovendo a melhora na qualidade de vida dos pacientes. Vale lembrar que a dor objeto dos cuidados paliativos não é apenas a dor física, ela se refere à "dor total" (dor física, dor espiritual, dor emocional e dor social) que será melhor desenvolvida no item 2.4.

2.2. Afirmar a vida e considerar a morte como um processo normal

Em regra, todos almejamos viver até a velhice com saúde e qualidade de vida. Contudo, existem doenças que são um "banho de água fria", pois, além de diminuírem a expectativa de vida ou até fixar uma possível data da morte, diminuem significativamente a qualidade de vida do paciente e/ou de seus familiares, provocando dor ou outros sintomas que impedem a pessoa de viver plenamente, a medicina não encontrando tratamento ou procedimentos capazes de remediá-la.

Um dos princípios da medicina paliativa é exatamente enxergar que este diagnóstico não é o fim, mas sim o começo de uma caminhada digna para a morte. Cicely Saunders já dizia que: "Você é importante porque você é você. E você é importante até o fim da sua vida. Faremos todo o possível não só para ajudá-lo a morrer em paz, mas também para fazer você viver até o momento de morrer" (CÂMARA, 2016, p. 04).

Por mais que a ciência evolua, a única certeza da vida é a morte, que deve ser encarada como um processo natural.

Além disso, embora atualmente a sociedade use indiscriminadamente medicamentos analgésicos, a dor também é inerente à vida humana, assim como a morte. A dor é um estado natural e inafastável da condição humana; ela indica que algo não vai bem, sintoma relevante para o diagnóstico e tratamento de inúmeras doenças. Já o sofrimento é aquele cunhado por Sanders na definição de "dor total" (já referida no primeiro capítulo), que implica nas consequências psicológicas (emocionais), sociais e espirituais que a perspectiva de morte próxima traz (SANTOS, 2011, pp. 683-695). Portanto, a dor é natural e inevitável, mesmo com o grande avança da medicina; no entanto a erradicação do sofrimento, que propicia maior qualidade de vida à pessoa, é dever intrínseco dos direitos humanos.

2.3. Não acelerar ou adiar a morte

A percepção que muitos têm do "dever" de prolongar a vida até as últimas consequências (distanásia) é, do ponto de vista médico-legal, antiético. Se o paciente estiver com a saúde tão debilitada a ponto do tratamento ou sintomas serem mais dolorosos e menos interessantes do que a qualidade e tempo de vida restantes, o médico deve ponderar sobre proceder à ortotanásia (*Orthos* em grego quer dizer 'correta' e *Thánatos* significa 'morte') (MARTINS, 2013). No direito brasileiro há expressa autorização legislativa para ortotanásia, aprovada na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006, no seguinte sentido: "Art. 1º. É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal". A não observância deste preceito legal não é punível, mas constitui norma ética norteadora da conduta bioética (MARTA, HANNA & SILVA, 2010, p. 50). Nessa linha de raciocínio vale recordar o pensamento kantiano de que o ser humano não deve ser instrumentalizado, mas tratado como um fim em si mesmo. Não obstante, esta "ética da cura" - pautada na dignidade do paciente - também está intimamente ligada ao reconhecimento da morte como processo natural da vida, eis que não o priva de viver sua própria morte.

Não é possível estabelecer uma definição de tratamento fútil que se aplique indistintamente para todos os casos; o quadro clínico do paciente, juntamente com a avaliação do seu médico e o livre consentimento informado do paciente e/ou sua família, é que disporá sobre o cabimento ou não de procedimentos ou tratamentos que prolonguem a vida. Isabel Galriça Neto (2006, pp. 37-38), parafraseando Walker (1999; pp. 162-167), divide a futilidade do tratamento em duas categorias: "a futilidade *a posteriori* (o tratamento/intervenção foi tentada mas falhou; pouco útil para basear a decisão de não recorrer a determinadas medidas) e a futilidade previsível", sendo esta passível de ser suprimida. Em suma, "a integridade individual e o respeito pela escolha do doente devem prevalecer face às tentativas desenfreadas do médico de manter o paciente vivo e/ou sem dor" (NETO, 2013, p. 04).

Importante advertir que a medicina paliativa também não se destina a abreviação da morte. Embora haja muita discussão nos dias atuais sobre a possibilidade da eutanásia ou morte assistida, não iremos adentrar no mérito por motivos de delimitação do tema.

2.4. Integrar os aspectos sociopsicológicos e espirituais do atendimento ao paciente

Dame Cicely Saunders diferenciava dor e sofrimento, definindo a ideia de "dor total" como a junção de dor física, dor espiritual, dor emocional e dor social, ou seja, é a dor analisada sob um viés multidimensional. A dor física é um impulso cerebral que indica que algo do corpo não está bem, implicando limitações funcionais e físicas. A dor física, quando severa, propicia a degradação moral do indivíduo (HENNEMANN KRAUSE, 2012). A *dor emocional* ou psicológica leva à ansiedade, depressão, medo, luto antecipado, isolamento psíquico, desesperança, negação. Nesse sentido, um estudo mundialmente conhecido, desenvolvido pela psiquiatra suíça Elisabeth Kubler-Ross, no livro 'On Death and Dying' (1969), identifica as cinco fases do luto (Modelo de Kübler-Ross), a saber: negação, raiva, negociação ou barganha, depressão e aceitação, que ocorrem não só em doentes terminais, mas também em todo sentimento de luto, ou seja, a percepção de algo significativamente importante para a pessoa foi perdido (AFONSO & MINAYO, 2013).

A *dor social* vem com o medo do isolamento e abandono, da dificuldade de comunicação, da perda do papel social exercido junto à família, aos colegas, e às perdas econômicas. A *dor espiritual é a 'dor da alma';* reflete-se na perda ou descrença do sentido e significado da vida, campo em que o indivíduo se relaciona com Deus ou com o universo. A espiritualidade não deve ser confundida com religiosidade. A espiritualidade está mais ligada às questões de razão, sentido e significado da vida, enquanto a religiosidade se relaciona com as questões de fé e transcendência, mas, nem por isto, menos importante" (HENNEMANN KRAUSE, 2012).

A Organização Mundial da Saúde definiu as dimensões da qualidade de vida nos cuidados paliativos do seguinte modo: nos pacientes há a dimensão física, psicológica e espiritual. No que diz respeito aos familiares, existe a dimensão social, psicológica e espiritual (OMS, 2002, Figura 7.2). Essa diferenciação é importante na medida em que a garantia do acesso às dimensões da qualidade de vida nos cuidados paliativos constitui um direito humano, por incidência direita do macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, os cuidados paliativos se prestam a trabalhar a dor total, a retomar laços, refazer situações, ajudar o paciente a entender a sua existência, perdoar a si mesmo e a se libertar da culpa, ajudando-o a compreender que a morte é um processo pelo qual todos um dia vamos passar e que ninguém tem de enfrentá-lo sozinha.

2.5. Oferecimento de um sistema de apoio que possibilite o paciente viver o mais ativamente possível até sua morte

Quanto a este ponto, enxergamos dois aspectos que devem ser cumpridos para a oferta de um sistema de apoio que possibilite ao paciente viver o mais ativamente possível até a sua morte. O primeiro aspecto é relacionado com as condições de acesso a diagnóstico, tratamento, procedimento, medicamentos, recursos tecnológicos no enfrentamento da doença ou diminuição das restrições que a doença provoca no paciente; e um segundo aspecto relacionado à oferta de profissionais capacitados e ações que direcionem o paciente a enxergar a sua doença não como o fim, mas como uma etapa de sua vida que pode ser vivida e aproveitada ao máximo.

Segundo relatório do *The Economist Intelligence* Unit (2015), encomendado pela Fundação Lien, a qualidade do atendimento depende do acesso aos opioides analgésicos e apoio psicológico; no entanto, somente em 33 dos 80 países pesquisados os analgésicos opioides são disponibilizados e acessíveis. A qualidade dos cuidados paliativos também inclui equipes interdisciplinares que forneçam apoio psicológico e espiritual e médicos atentos às escolhas e preferências dos pacientes na tomada de decisão sobre procedimentos ou tratamentos (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2015, p. 07).

Com relação à vida ativa dos pacientes de cuidados paliativos, um caso que merece destaque é o do físico teórico britânico Stephen Hawking. Aos 21 anos, Hawking foi diagnosticado com Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA), um distúrbio neurodegenerativo sem cura e de origem desconhecida, que causa a paralisia progressiva de todos os músculos esqueléticos do corpo. Em termos práticos, os portadores de ELA têm como principal sintoma a síndrome do encarceramento, em que a mente funciona com plena consciência, mas o corpo não é capaz de fazer nenhum movimento voluntário, portanto a pessoa fica 'presa' em seu próprio corpo. A expectativa de vida para os portadores da referida doença varia em média entre os 3 a 5 anos após o aparecimento do primeiro sintoma, cuja fase final provoca insuficiência respiratória (COSTA, 2016). Todavia, se existir equilíbrio entre o trauma no tronco encefálico e a saúde no resto do sistema nervoso, a expectativa de vida extrapola uma década em 80% dos casos (VIEIRA, 2016). Estima-se que haja de 1 a 2,5 indivíduos portadores para cada 100.000 habitantes/ano.

Os médicos acreditavam que Hawking viveria no máximo até os 25 anos, mas isso não o impediu de continuar a viver. Aos 23 anos se doutorou em cosmologia pela Universidade de Cambridge. Casou-se com Jane Wilde em 1965, com quem teve três filhos. Em 1988 publicou seu mais famoso livro (traduzido para mais de 30 idiomas): "Uma Breve História do Tempo", narrando a origem do universo, bem como mais tarde teorizou sobre a existência de radiação em buracos negros. Divorciou-se de Jane em 1991 e contraiu casamento pela segunda vez de

1995 a 2006 com Elaine Mason. Inspirou várias músicas, entre elas "Keep Talking" da banda "Pink Floyd", o filme "A Teoria de Tudo" (2014); participou de séries como "The Simpsons", "Bing Bang Theory", "Star Trek" etc. Ganhou diversos prêmios, com destaque ao Prêmio Especial de Física Fundamental, de três milhões de dólares. Os cuidados paliativos empregados em Hawking eram diversos, dentre os quais um conjunto de aparelhos que o ajudava a respirar, alimentar-se; por meio de uma cadeira automatizada ele se deslocava desassistido e se comunicava, fazia fisioterapia, acompanhamento nutricional, entre outros (RUPRECHT, 2018).

Nos portadores de ELA também é comum a utilização de medicamentos que diminuam câibras, atenua a dureza muscular e o excesso na produção de saliva, bem como tratamento fonoaudiólogo, a depender da fase e das peculiaridades da manifestação da doença em cada paciente. Stephen Hawking faleceu em 14 de março de 2018 (dia e mês em que nasceu Albert Einstein, a quem foi comparado em sua genialidade), aos 76 anos, superando todas as expectativas e nos levando a refletir ainda mais sobre a importante filosofia e aplicação dos cuidados paliativos.

2.6. Oferecimento de um sistema de apoio e acompanhamento de equipe multiprofissional para atender às necessidades dos pacientes e suas famílias, incluindo suporte no momento de luto

O homem é um ser social, que possui a necessidade de estabelecer relações interpessoais e viver em sociedade. A família é a base da sociedade, eis que o vínculo normalmente mais forte e mais comum que o indivíduo tem é com sua família. Em meados do séc. XX, iniciou-se uma inversão quanto ao local da morte. Antes os enfermos eram tratados e acabavam falecendo em seus próprios domicílios; passando a ser tratados em hospitais, o falecimento acabou, via de regra, acontecendo nos mesmos.

Quando o paciente era tratado em domicílio, estavam acolhidos no seio familiar, onde eram mais entendidos em suas aspirações e frustações por familiares e amigos. O hospital é um ambiente de maior frieza; médicos e demais profissionais da saúde quase sempre não conhecem a vida do paciente ou conhecem muito pouco. Daí a necessidade de oferecer e capacitar uma equipe multiprofissional, apta para lidar com a complexidade e abrangência dos problemas que advêm do diagnóstico e do tratamento de uma doença incurável, como também estabelecer um sistema de apoio efetivo para que a prestação dos serviços em sede de cuidados paliativos seja mais acolhedora e humanizada.

Um exemplo de conduta relacionada ao acompanhamento por equipe multiprofissional em cuidados paliativos é a atuação do assistente social, nas palavras de Marilda Messias Esteves:

> Deve o assistente social, sempre que possível, facilitar as manifestações de sentimentos, os resgates entre paciente e seus familiares, durante o processo de finitude, colaborando para que as relações aconteçam com mais transparência, inclusive com os profissionais da equipe de cuidados paliativos, tendo-se a preocupação de que a morte aconteça mais "humana" – sobretudo quando ocorre no hospital (ESTEVES, 2011, pp. 285-286).

Depois que o paciente falece, o aconselhamento do luto para a família e amigos também é de suma importância. Assim, os cuidados paliativos se preocupam com todos os aspectos das necessidades do paciente e também as necessidades da família, que podem experimentar a dor nas dimensões psíquica, social e espiritual, o que evidencia o caráter humanístico da filosofia dos cuidados paliativos.

2.7. Melhorar a qualidade de vida, eventualmente contribuindo positivamente o rumo da doença

A melhora da qualidade de vida acontece, em primeiro lugar, por meio do reconhecimento da dignidade intrínseca ao ser humano até o momento de sua morte, com a utilização de técnicas que reduzem a dor total do paciente e de seus familiares. Desse modo, do momento em que se conhece uma doença incurável pela medicina até a morte deve priorizar a vida vivida com dignidade, evitando tratamentos fúteis que retirem a qualidade de vida do paciente, eis que, como é sabido, a dor física intensa acaba por esvaziar a dignidade do ser humano, na medida em que acaba por lhe retirar a consciência de seus princípios e valores.

Além disso, é reconhecido em diversos estudos que a melhora da qualidade de vida, por exemplo, com uma melhora nutricional, o

sentimento positivo do paciente em relação à sua doença, os laços familiares estreitados, são fatores salutares que aumentam a resposta ao tratamento do paciente e a expectativa de vida digna.

No primeiro semestre de 2015 foi realizado em São Paulo um estudo no Instituto Brasileiro de Controle do Câncer, Hospital Prof. Dr. Sampaio Góes Jr., que envolveu a análise descritiva qualitativa de 39 pacientes maiores de 18 anos, oncológicos com prognóstico fechado, sem possibilidades de cura, submetidos à quimioterapia, com a consciência preservada, que não estavam impossibilitados de se comunicar verbalmente. Dessa pesquisa qualitativa, concluiu-se o seguinte:

> A comunicação interpessoal comprovou ser importante atributo do cuidado paliativo, evidenciando a atenção dada aos sinais não-verbais do profissional para o estabelecimento do vínculo de confiança, a necessidade da presença compassiva, o desejo de não focar a interação e o relacionamento apenas na doença e morte e a valorização da comunicação verbal alegre, que privilegia o otimismo e o bom humor (ARAÚJO, 2007).

Portanto, há uma clara vantagem em reconhecer e priorizar a qualidade de vida como parâmetro irradiante da conduta bioética.

2.8. Início do tratamento na fase precoce da doença, se possível, e em conjunto com outras terapias destinadas ao prolongamento da vida, e incluir as investigações necessárias para melhor entender e controlar as complicações clínicas angustiantes

O tratamento na fase inicial da doença é primordial para o aumento da expectativa de vida e combate no aparecimento dos sintomas, gerando maior qualidade de vida ao enfermo. Em alguns casos, a fase em que se inicia o tratamento é fator que define a chance de cura da doença. A título de exemplo o câncer de esôfago conta com 90% (noventa por cento) de chance de cura se houver diagnóstico e intervenção médica precoce (G1, 2013).

O relatório do *The Economist Intelligence Unit*, que lista um *ranking* da qualidade dos cuidados paliativos ao redor do mundo, assevera:

> Less wealthy countries can still improve standards of palliative care rapidly. Although many developing countries are still unable to provide basic pain management due to limitations in staff and basic infrastructure, some countries with lower income levels prove to be exceptions, demonstrating the power of innovation and individual initiative. For example, Panama is building palliative care into its primary care services, Mongolia has seen rapid growth in hospice facilities and teaching programmes, and Uganda has made huge advances in the availability of opioids (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2015, p. 07).

Assim, as políticas públicas devem ser voltadas a prevenção e ao tratamento precoce. A alegação de falta de pessoal e de infraestrutura não pode justificar o não fornecimento de tratamento básico para alívio da dor, uma vez que as prioridades dos governantes devem garantir patamares mínimos de direitos fundamentais, nomeadamente o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, que se encontram mais fortemente presentes nos cuidados paliativos.

2.9 Diretrizes dos cuidados paliativos para as crianças

Em que pese estreitamente relacionado aos cuidados paliativos de adultos, os cuidados paliativos voltados às crianças representam um campo especial. Os adultos já estão familiarizados com a dor, já sabem como ela se manifesta e os níveis de intensidade. As crianças não. Por isso, a forma de abordagem dos cuidados paliativos nas crianças deve ser diferenciada, arraigado em uma filosofia própria. Segundo Daniela Bonfietti Rodrigues e Carla Gonçalves Dias (2011, p. 589): "Avaliar a dor na população pediátrica é um desafio para os profissionais da saúde, devido à dificuldade das crianças em processarem, de forma cognitiva, a experiência dolorosa, assim como expressá-la por meio do comportamento e das palavras".

A Organização Mundial da Saúde (2002) conceituou o cuidado paliativo para crianças como o total emprego de cuidado com o corpo da criança, mente e o espírito, envolvendo também

dar apoio à família, bem como estabeleceu as diretrizes aplicáveis a diagnósticos de câncer e outros distúrbios crônicos pediátricos, a saber: a) começa quando a doença é diagnosticada e continua independentemente ou não de uma criança receber tratamento dirigido para a doença; b) os profissionais da saúde provedores devem avaliar e aliviar o desconforto físico, psicológico e social da criança; c) cuidados paliativos eficazes requerem uma ampla abordagem multidisciplinar que inclui a família e faz uso de recursos comunitários disponíveis. Pode ser implementado com êxito mesmo se os recursos são limitados. d) pode ser fornecido em instalações de cuidados terciários, em centros de saúde comunitários e até mesmo nos domicílios das crianças (WHO, 2002, p. 85).

A aplicação prática destas diretrizes pode ser visualizada em questões simples como a designação de enfermeiros, nutricionistas, psicólogos mais amorosos e pacientes para o atendimento da ala pediátrica dos hospitais. Também com a instalação de brinquedotecas e o estabelecimento de prioridade na compra e disponibilização de medicamentos pediátricos pelos governantes.

Além disso, como bem enfatiza Rodrigues e Dias (2011, p. 598): "Na clínica pediátrica, o seu olhar se dirige à criança entendida dentro de uma estrutura familiar com a qual tem uma considerável dependência física e afetiva". O prognóstico fechado de um filho com doença incurável é avassalador em qualquer família, o que evidencia a necessidade de se estender os cuidados para o núcleo familiar da criança enferma, na medida em a qualidade de vida dos seus membros influenciará sobremaneira a qualidade de vida do paciente pediátrico.

2.10. Princípios éticos dos cuidados paliativos

Considerando que os cuidados paliativos constituem uma especialidade da ciência médica, a ela são aplicados todos os princípios bioéticos, como o princípio da veracidade, o princípio da proporcionalidade terapêutica, o princípio do duplo efeito, o princípio da prevenção e da precaução, o princípio da beneficência, o princípio da não maleficência, o princípio da autonomia, o princípio do livre consentimento informado, o princípio do não abandono e tratamento da dor e o privilégio terapêutico.

Em apartada síntese, o princípio da veracidade reza o respeito à verdade, que constitui uma relação de confiança entre médico e paciente. No entanto, existirão casos em que o princípio do privilégio terapêutico imporá a omissão por parte do médico de informações que em sua ponderação mais prejudiquem o bem-estar do paciente do que ajudem. O princípio da proporcionalidade terapêutica pressupõe uma ponderação entre os meios terapêuticos e os resultados esperados, numa relação risco-benefício, utilidade ou inutilidade da medida. De modo semelhante, o princípio do duplo efeito dita a necessidade de se reconhecer os efeitos negativos e positivos para a realização de um processo terapêutico, impedindo que o efeito negativo implique em eutanásia (MARTA; HANNA & SILVA, 2010, p. 58).

O princípio da precaução e da prevenção tem conceitos atrelados, eis que enquanto o primeiro representa o dever de se tentar evitar riscos incertos, o segundo reside em evitar um risco já certo ou conhecido. O princípio da beneficência revela a obrigação de prevenir e reparar os danos existentes e promover o bem, maximizando os benefícios e minimizando os malefícios e os prejuízos. Por outro lado, o princípio da não maleficência denota o dever ético de não causar intencional e diligentemente danos aos pacientes.

O princípio da autonomia constitui o dever de se dar a oportunidade de o paciente decidir o que ele considera melhor para si, com base nas informações que lhe foram passadas, na esteira do princípio do livre consentimento informado. Ainda, deve ser levado em consideração as diretivas antecipadas de vontade produzidas em documento unilateral eventualmente feito pelo paciente enquanto podia se manifestar.

Por fim, o princípio do não abandono é aquele que impede a recusa do médico ou outro profissional da saúde de negligenciar ou abandonar o paciente que se recusa a se submeter ao tratamento aconselhado. Já o princípio do tratamento da dor é por si só autoexplicativo, de modo que o paciente no momento de dor tem direito a adequada medicação álgica (MARTA; HANNA & SILVA, 2010, p. 58).

3. CONCLUSÃO

Considerando que os cuidados paliativos integram o direito a saúde e que na atualidade o aumento da expectativa de vida leva a um aumento significativo do número de pessoas que necessitam de cuidados paliativos, os Estados devem estar preparados e voltar sua atenção a essa área da medicina humanizada. Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde, na 67ª Assembleia Mundial da Saúde, em 24 de maio 2014, firmou a resolução intitulada: "Fortalecimento dos cuidados paliativos como componente dos cuidados abrangentes ao longo da vida". Embora não seja um documento vinculativo, a resolução é um instrumento de *soft law* importante para o estabelecimento de um costume internacional.

Em regra, todos têm a ambição de viver "bem" até a mais extensa velhice. A constatação clínica de que a vida será inafastavelmente limitada e/ou dificultosa por conta de uma doença incurável por si só já é motivo para que haja sensibilidade e fraternidade social para com estes pacientes e sua família. Importante destacar que ninguém vive isolado, o ser humano é um ser social; por isso quando uma pessoa adoece, a sua família, amigos e até vizinhos próximos adoecem com ele, o que justifica o emprego dos cuidados paliativos também a eles.

Toda pessoa possui dignidade desde o seu nascimento até a morte. Cada ser humano é único, completo, complexo e indivisível, o que não é afastado com o diagnóstico de doença grave, incurável, fora da possibilidade de tratamento e controle. Pelo contrário, a pessoa em situação de vulnerabilidade física, psicológica, social ou espiritual deve receber ainda maior proteção em seus direitos, com fulcro no princípio da solidariedade. Cicely Saunders já afirmava que dor não é sinônimo de sofrimento. O que distingue os cuidados paliativos de outras áreas da medicina é a percepção holística do sofrimento como algo a ser afastado e combatido mesmo quando o diagnóstico é desfavorável.

Esta parte especial da ciência biomédica também não se olvida de prestar cuidados às crianças distintamente dos cuidados empregados nos adultos, dada a sua condição peculiar de ser humano em desenvolvimento, com características diferenciadas em relação ao sofrimento.

Dessarte, a filosofia dos cuidados paliativos é *sui generis* e não se confunde com os cuidados biomédicos em geral; posto que mais profunda do que uma mera sintomatologia, ela trabalha e pretende cuidar do sofrimento do paciente e de sua família, dando-lhe tratamento digno em seu processo de finitude. Reconhece como princípio basilar a qualidade de vida do paciente e de sua família e enxerga a necessidade do paciente de viver a própria morte, como fenômeno natural a todos os seres vivos. Estas percepções são indissociáveis dos direitos humanos, pois contemplam primordialmente a dignidade da pessoa humana e o direito a medicina humanizada.

REFERÊNCIAS

Alexander Fleming e a descoberta da penicilina. *JBras Patol Med Lab*, vol. 45, nº 5, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/jbpml/v45n5/v45n5a01.pdf. Acesso em: 26 mar. 2018.

A BÍBLIA. Tradução de João Ferreira Almeida. Rio de Janeiro: King Cross Publicações, 2008. Velho Testamento e Novo Testamento.

AFONSO, Selene; MINAYO, Maria Cecília. Uma releitura da obra de Elisabeth Kübler-Ross. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 18, nº 9, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232013000900028&script=sci_abstract&tln=pt. Acesso em: 27 mar. 2018.

ARAÚJO, Monica Martins Trovo de; SILVA, Maria Júlia Paes da. A comunicação com o paciente em cuidados paliativos: valorizando a alegria e o otimismo. *Rev. Esc Enferm USP*, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v41n4/17. Acesso em: 12 abr. 2018.

CÂMARA, Lauro Arruda. *Dame Cicely Saunders: dedicou-se aos cuidados paliativos*. A voz do coração, veículo de comunicação do hospital do coração, Ano XI, Edição nº 122, 2016. Disponível em: http://hospitaldocoracao.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Voz-do-Cora%C3%A7%C3%A3o-mar%C3%A7o-2016.pdf. Acesso em: 26 mar. 2018.

COSTA, Rachel. *O dramático diagnóstico da ELA*. Isto é, Medicina & Bem-estar, 04 nov. 2016. Disponível em: https://istoe.com.br/81748_O+DRAMATICO+DIAGNOSTICO+DA+ELA/. Acesso em: 27 mar. 2018.

RODRIGUES, Daniela Bonfietti; DIAS, Carla Gonçalves. Avaliação da Dor em Crianças. In: Franklin Santana Santos (Dir.), *Cuidados Paliativos: diretrizes, humanização e alívio de sintomas*. São Paulo: Atheneu, 2011.

Dicionário online Michaelis, s/d. Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cuidado/. Acesso em: 11 abr. 2018.

ESTEVES, Marilda Messias. Cuidar – Paciente, Família e Equipe Multiprofissional sob a Visão do Assistente Social Atuante em Cuidados Paliativos. In: Franklin Santana Santos (Dir.), *Cuidados Paliativos: diretrizes, humanização e alívio de sintomas*. São Paulo: Atheneu, 2011.

FLORENCIO, Antônio. *Antibióticos... como a "sorte" ajudou a salvar milhões de vidas*. Ensinando e aprendendo, Química do dia-a-dia, 05 jun. 2014. Disponível em: http://www.ensinandoeaprendendo.com.br/quimica/antibioticos-penicilina/. Acesso em: 27 mar. 2018.

G1. Câncer de esôfago tem 90% de cura se tiver diagnóstico precoce. *G1, 17 abr. 2013. Disponível em: http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/04/cancer-de-esofago-tem-90-de-cura-se-tiver-diagnostico-precoce.html. Acesso em: 12 abr. 2018.*

HENNEMANN KRAUSE, Lilian. Dor no fim da vida: avaliar para tratar. *Revista Hospital Universitário Pedro Ernesto*, Vol. 11, n. 2 – Cuidados Paliativos, Abr/Jun, 2012. Disponível em: http://revista.hupe.uerj.br/detalhe_artigo.asp?id=323. Acesso em 26 mar. 2018.

IBGE. *Em 2016, expectativa de vida era de 75,8 anos*. Agência de notícias IBGE, Estatísticas Sociais, 2017. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/18470-em-2016-expectativa-de-vida-era-de-75-8-anos.html. Acesso em: 27 mar. 2018.

MATSUMOTO, Dalva Yuki. Cuidados Paliativos: conceito, fundamento e princípios. In: Carvalho, R. T; Parsons H. A., *Manual de Cuidados Paliativos ANCP*. Academia Nacional de Cuidados Paliativos, Vol. 2, 2012.

MARTA, Gustavo Nader; HANNA, Samir Adbdallah e SILVA, João Luis Fernandes da. *Cuidados paliativos e ortotanásia*. Departamento de Radioterapia do Centro de Oncologia do Hospital Sírio-Libanês, CEP, v. 1308, 2010. Disponível em: http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2010/v15n2/a58-60.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018.

MARTINS. Carlos Eduardo. *Prolongamento da vida: ordenamento jurídico brasileiro aceita ortotanásia*. Conjur, Consultor Jurídico, 17 set. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-set-17/carlos-martins-ortotanasia-aceita-nosso-ordenamento-juridico. Acesso em: 27/03/2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *OMS: expectativa de vida sobre 5 anos de 2000 a 2015 no mundo, mas desigualdades persistem*. ONUBR, 24 maio 2016. Disponível em: https://nacoesunidas.

org/oms-expectativa-de-vida-sobe-5-anos-de-2000-a-2015-no-mundo-mas-desigualdades-persistem/. Acesso em: 27 mar. 2018.

NETO, Ana Dias. Ética nas decisões sobre o fim da vida – a importância dos cuidados paliativos. *Nascer e Crescer*, Vol. 22, nº 4, 2013.

RUPRECHT, Theo. *Esclerose lateral amiotrófica, a doença do físico Stephen Hawking*. Abril – Saúde, 14/03/2018. Disponível em: https://saude.abril.com.br/medicina/esclerose-lateral-amiotrofica-a-doenca-do-fisico-stephen-hawking/. Acesso em: 16 maio 2018.

SANTOS, Franklin Santana. O Desenvolvimento Histórico dos Cuidados Paliativos e a Filosofia Hospice. In: Franklin Santana Santos (Dir.), *Cuidados Paliativos: diretrizes, humanização e alívio de sintomas*. São Paulo: Atheneu, 2011.

SANTOS, Franklin Santana. O Desenvolvimento Histórico dos Cuidados Paliativos e a Filosofia Hospice. In: Franklin Santana Santos (Dir.), *Cuidados Paliativos: diretrizes, humanização e alívio de sintomas*. São Paulo: Atheneu, 2011.

SANTOS, Franklin Santana. Para Além da Dor Física – Trabalhando com a Dor Total, Cap. 27. In: Franklin Santana Santos (Org.), *Cuidados Paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer*. São Paulo: Atheneu, 2009.

SANTOS, Otavio Marambia dos. Sofrimento e dor em cuidados paliativos: reflexões éticas. *Revista Bioética*, v. 19, nº 3, 2011. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/671/703. Acesso em: 27 abr. 2018.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *The 2015 Quality of Death Index*, 2015. Disponível em: http://www.eiuperspectives.economist.com/sites/default/files/2015%20EIU%20Quality%20of%20Death%20Index%20Oct%2029%20FINAL_0.pdf. Acesso em: 01 abr. 2018.

VICTOR, Germana Hunes Grassi Gomes, Cuidados Paliativos no Mundo. *Revista Brasileira Cancerologia*, 2016.

VIEIRA, Willian. *Corpo – Encarcerados pelo corpo*. Super interessante, 31 out. 2016. Disponível em: https://super.abril.com.br/historia/corpo-encarcerados-pelo-corpo/. Acesso em: 27 abr. 2018.

WALKER RM. Ethical issues in end-of-life care. Cancer Control. 1999; 6(2): 162-167 apud Isabel Galriça Neto, *Manual de Cuidados Paliativos*. Núcleo de Cuidados Paliativos, Centro de Biotética. Lisboa: 2006, Faculdade de Medicina de Lisboa.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Life expectancy at birth (years), 2000-2015, both sexes*. Disponível em: http://gamapserver.who.int/gho/interactive_charts/mbd/life_expectancy/atlas.html. Acesso em: 27 abr. 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Cancer pain relief and palliative care*. WHO, Geneva, 1990. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39524/WHO_TRS_804.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 27 abr. 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *National Cancer Control Programmes: Policies and managerial guidelines*. WHO, 2ª ed., Geneva, 2002. Disponível em: http://www.who.int/cancer/media/en/408.pdf. Acesso em: 27 abr. 2018.

PRISÃO, AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E TORTURA: A IMAGEM DO OUROBORO E A REPETIÇÃO DA HISTÓRIA – UMA LEITURA À LUZ DA OBRA DE LUCIANO OLIVEIRA

Guilherme Graciliano Araújo Lima
Doutorando e Mestre em Direito pela UFPE; Promotor de Justiça em Pernambuco;
Professor de ensino superior em Direito.

RESUMO

O presente ensaio busca lançar algumas reflexões sobre a figura da prisão, seja como estabelecimento de confinamento e segregação, seja como ato jurídico, e relacioná-la ao mecanismo de combate ao suplício físico direcionado ao preso, concluindo que se um lado a instituição da prisão visava a reduzir as práticas de tortura, por outro a prática cotidiana demonstrou que o hábito de violação de direitos básicos e fundamentais do indivíduo preso continua a existir.

Palavras-chave

Prisão; tortura; audiência de custódia.

ABSTRACT

The present essay seeks to launch some reflections on the figure of the prison, either as an establishment of confinement and segregation, or as a legal act, and to relate it to the mechanism to combat physical torture directed at the prisoner, concluding that if one side the institution of the prison aimed at reducing torture practices, on the other hand, daily practice demonstrated that the habit of violating the basic and fundamental rights of the prisoner continues to exist.

Keywords

Prison; torture; custody hearing.

1. APRESENTAÇÃO INTRODUTÓRIA

O presente ensaio busca tecer alguns comentários breves sobre a figura da prisão, em especial a prisão em flagrante, passando ainda sobre a tortura e sua contextualização na sistemática da audiência de custódia.

Nessa senda de ideias, não se pode olvidar de buscar entendimentos mais comedidos e contextuais para se compreender a figura da prisão, seja como instituto jurídico, seja como espaços físicos de encarceramento, que buscou substituir as penas comuns até o século XVIII consistentes nos martírios corpóreos e açoites nos indivíduos acusados da prática de crimes.

Após inicial contextualização irei tratar, de maneira breve, da audiência de custódia e suas origens nos tratados internacionais de direitos humanos até a sua prática mais recente no direito brasileiro, a partir do julgamento da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – n. 347, em setembro de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, destacando suas funções principais quando da sua instituição.

Finalmente, na última parte, tem-se uma discussão mais sucinta acerca da tortura como marca ainda presente no cotidiano da sociedade moderna brasileira, e como tem o instituto da audiência de custódia importância para verificar casos de crimes praticados contra aqueles que cometem crimes e são presos em flagrante delito.

2. PRISÃO HUMANITÁRIA EM FACE DO SUPLÍCIO CORPORAL SANCIONADOR

Os debates aqui havidos surgiram das profícuas discussões no Programa de Pós-Graduação em Direito, *stricto sensu*, da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE –, por ocasião da realização, no segundo semestre de 2019, do minicurso intitulado "O enigma da prisão", ministrado pelo Ilmo. Professor Luciano Oliveira, de quem tive a honra de ser aluno desde

a época da graduação, na disciplina Sociologia Jurídica, no longínquo e saudoso ano de 2008, na Faculdade de Direito do Recife, também na UFPE.

O contexto para escrever o presente artigo surge da problemática sobre a figura da prisão, como instituto jurídico e local de recolhimento para cumprimento de sanção penal, apto para representar a pena por excelência no direito penal, com finalidade, em tese, punitiva e preventiva, destinando-se ainda a ser um mecanismo de tutela repressiva e ressocializadora, simultaneamente.

O ponto a que, pretensiosamente, busco chegar é permitir a compreensão no leitor do seguinte fenômeno: a prisão como medida judicial cautelar ou como pena, em substituição ao suplício corporal dos séculos passados, na atualidade continua permitindo a manutenção de suplícios físicos, açoites e maus cuidados, mormente através da figura da tortura e dos maus tratos, e a instituição da audiência de custódia não conseguiu eliminar esse mal arraigado no viver cotidiano da sociedade brasileira, embora tenha sido instituto jurídico introjetado no ordenamento também com a finalidade de apurar a ocorrência de tais condutas agressivas praticadas em face das pessoas detidas em flagrante delito ou em razão do cumprimento de mandado de prisão expedido por autoridade judicial competente.

Explico aqui, em tempo, que não irei abordar as questões sociológicas nem as questões antropológicas que, com certeza, revolvem o tema e poderiam ajudar a compreendê-lo de maneira bem mais significativa porque os indivíduos, e, em atenção mais valorada, os agentes estatais que representam os órgãos de segurança pública, ainda praticam atos de violência física, ilegítima, contra pessoas que cometem crime.

Também não se pode olvidar desse mesmo debate, e com certa dose de lucidez reflexiva, que pessoas comuns do povo igualmente cometem esse tipo de atos violentos em face de pessoas detidas, geralmente através de linchamentos e espancamentos, mecanismos igualmente ilegítimos e ilegais, em especial quando se lembra que o Estado é o principal detentor da prerrogativa de aplicação da violência legítima, exceto os casos menos comuns de legítima defesa, excludentes de ilicitudes ou outras hipóteses abarcadas pela lei, tais como os casos de desforço imediato, figura clássica do direito civil brasileiro.

A hipótese, portanto, assemelha-se à figura do ouroboro, fenômeno biológico e mitológico, tanto quanto comum no mundo natural, cuja forma assemelha-se a uma figura geométrica circular que me faz pensar em uma situação de eterna repetição.

Segundo Wikipédia, a palavra, também conhecida como oroboro ou ainda uróboro, é um conceito representado pelo símbolo de uma serpente que morde a própria cauda. O nome vem do grego antigo: οὐρά (oura) significa "cauda" e βόρος (boros), que significa "devora". Assim, a palavra designa "aquele que devora a própria cauda". E essa mordida acaba gerando normalmente uma figura geométrica circular, sem meio, sem começo e sem fim, que me remete a uma espécie de *loop*, um giro completo de 360°, que faz voltar exatamente ao mesmo lugar, e que me faz pensar no problema físico-filosófico do eterno retorno.

No que me interessa nesse pequeno ensaio: quando a cobra, representada aqui pelo sistema de justiça criminal que buscou, séculos atrás, instituir a pena de prisão para impedir as práticas de penas corpóreas e a prática de tortura por agentes do Estado ou por particulares maculados do desejo de vingança, morde o próprio rabo, mordida essa representada aqui pela permanência das hipóteses de vários casos (para não dizer os mesmos casos) de prática de tortura e linchamentos no momento da prisão, principalmente quando se trata da prisão em flagrante, além dos casos de violação de direitos ocorridos dentro da própria prisão, acaba se formando um círculo vicioso, referencialmente aqui tomado pela figura do ouroboro, e a história, com muitas e muitas ressalvas e ponderações, mas ao menos neste ponto em específico, parece se repetir.

Volto à questão da prisão humanitária.

Esse momento muito devo às leituras que refiz dos artigos e livros do professor Luciano, em especial, "Relendo 'Vigiar e punir'", ensaio publicado em 2011 pelo periódico Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social, que foi a pedra de toque do minicurso anteriormente citado. Aqui, a abordagem que o sociólogo jurídico de Aracaju aplica nos rememoriza a importância da obra de Michel Foucault conhecida e estudada em abundância no Brasil das últimas décadas.

O ponto que daí interessa é a análise sobre a prisão moderna, chamada por Luciano em suas

aulas de "prisão puritana", que surge depois das reflexões dos humanistas preocupados com os abusos físicos e psicológicos perpetrados contra pessoas que cometiam crimes. O caso célebre do livro de Foucault, citado no início da obra, é o martírio de Damiens, sujeito com problemas mentais, torturado em praça pública por ter atentado contra a figura do monarca soberano da época.

Aqui vale o primeiro alerta da obra de Foucault que retiro das leituras que fiz de Luciano: "a prisão, como pena em si mesma – e, com mais razão, como a pena por excelência – de forma alguma figurava entre os projetos dos reformadores penais do século XVIII, aqueles que inauguraram o que ficou conhecido como 'humanismo penal'". (OLIVEIRA, 2018b, p. 124)

Segundo Oliveira, *Vigiar e punir* tem como objetivo precípuo desfazer o suposto humanismo dos reformadores penais que analisaram a substituição dos suplícios físicos e psíquicos pela prisão como método punitivo e ressocializador de delinquentes, pois, para o autor francês, a substituição das penas corporais por meios menos sanguinários não constitui senão um subproduto da emergência da sociedade disciplinar, representada por dispositivos específicos, além da escola, do hospital, do quartel e das fábricas (OLIVEIRA, 2011b, p. 311).

Destaco dois pontos da referida leitura de Luciano sobre Foucault. Primeiro, Foucault é um ativista dos direitos humanos e crítico do humanismo penal ilustrado típico do século XVIII, talvez melhor representado por Beccaria, justamente por entender o autor francês as falhas do regime prisional adotado para substituir o martírio corporal. Em segundo lugar, para Luciano, qualquer leitura de *Vigiar e punir* como amparo a projetos de reforma da prisão é desautorizada pelo próprio Foucault (OLIVEIRA, 2011b, p. 314).

As conclusões a que pretendo chegar, de maneira outra, parece-me já terem sido ensaiadas por Luciano no texto retromencionado, pois, para ele, na sociedade atual em que vivemos, "práticas punitivas oficiais, emanadas de um estado muito pouco eficiente nos mais variados domínios, continuaram, quando ocorriam, repercutindo simplesmente a brutalidade dos controles sociais e domésticos típicos de uma sociedade hierarquizada e autoritária." (OLIVEIRA, 2011b, p. 322).

Ainda em alusão ao pensamento foucaultiano sobre o tema da prisão, seus objetivos e a sua tendência humanista de querer substituir as penas do suplício corporal, Oliveira destaca em outra obra:

Alhures ou aqui, definitivamente, a *história é sempre a mesma*, e a observação de Foucault de que a prisão e a constatação do seu fracasso já vieram juntas, válida com mais razão também entre nós, dispensa outras citações que apenas irão tornar este capítulo mais redundante. Ainda assim vale a pena realçar certos traços da realidade brasileira que só robustecem tal evidência. Um deles, certamente o mais perverso, é que a adoção de princípios modernos pela cultura jurídica e mesmo pelo legislador brasileiro foi – como em boa medida ainda continua sendo – algo irrelevante frente aos usos e costumes vigentes no mundo da repressão penal no nosso país, onde a violência escancarada sempre foi método de investigação policial por excelência quando se trata de reprimir os mais pobres (OLIVEIRA, 2017, p. 72, grifos meus).

Desse modo, fica evidente que já é ínsita a ideia no autor francês, e nesse ponto Luciano parece concordar, de que a substituição da pena de prisão como mecanismo de repressão ao crime e de prevenção, substituindo a degradação física e psicológica do apenado, foi um fracasso, e isso, de alguma forma, constitui uma repetição fracassada de evitar crueldades para aqueles que cometem crimes. Um rotundo fracasso, nas palavras do professor brasileiro. (OLIVEIRA, 2018b, p. 126)

A análise sobre o fenômeno da prisão em Foucault não pode ser desassociada do pensamento do filósofo/sociólogo francês acerca do papel do direito como forma de expressão do poder, porquanto a prisão expressa senão a sanção penal por excelência do século XX e XXI e essa sanção é forma de aplicação da violência legítima (legitimidade essa conferida sobretudo pelo direito) por parte do Estado.

Inobstante a profundidade que esse tópico de abordagem necessita e o fato de que estou longe de ser grande conhecedor da obra de Foucault, trago a lume as impressões de Josué Pereira da Silva, professor da Universidade Estadual de Campinas, em artigo sobre o tema. É que, segundo Silva, no ponto que aqui pretendo desenvolver, Foucault não está preocupado com o poder enquanto tal, mas com os "modos de

objetificação que transformam seres humanos em objetos." (SILVA, 2016, p. 150)

Por minha vez, a interpretação que faço dessas leituras é que a prisão, como mecanismo de punição da repressão estatal, que deveria em tese substituir as práticas da sevícia, acabou transformando os seres humanos em autênticos objetos, e essa preocupação parece (e digo "parece" por não ser conhecedor profundo da obra foucaultiana, repito) que estava inserida no pensamento do autor francês, havendo um elo forte entre direito e poder.

Em verdade, para Silva, essa relação formada pela conexão de regras de direito, mecanismos de poder e efeitos de verdade – tema central de *Vigiar e punir* – configura, de fato, o tema central das preocupações de Foucault, sendo presente em toda a história acerca do suplício de Damiens, como análise sobre a produção ou reprodução da criminalidade em/pela prisão, passando pelas críticas da reforma humanista de Beccaria e o desenvolvimento do poder disciplinar, idealizado no panóptico de Jeremy Bentham, todos esses configurando a história dessa relação de poder, direito e verdade. (SILVA, 2016, p. 152)

Nesse exato sentido é possível compreender que *Vigiar e Punir* configura uma genealogia do sujeito individual moderno, cujo corpo dócil e mudo, apto a sofrer com a clausura, em vez de suplícios físicos e psicológicos, reflete a interconexão de poder disciplinar, exercido pelo Estado, e ciência social normativa, representado pelo direito. A ênfase nestas duas palavras é importante pelo fato de que disciplina e normalização são relevantes para Foucault caracterizar a sociedade moderna (SILVA, 2016, p. 155). Aqui entendo que, quando olhamos para o caso da sociedade brasileira, especificamente, se trata daquela mesma sociedade que Luciano Oliveira alhures chamou de "indisciplinar".

Citando o filósofo e sociólogo humanista francês, Silva esclarece que os humanistas do século XVIII entenderam que era necessário, então, mudar a forma de punição. Em vez do sistema da tortura soberana, criticada ao mesmo tempo por seu excesso e por sua insuficiência, o novo sistema proposto pelos reformadores humanistas tentou combinar indulgência com eficiência.

O espírito utilitário moderno dos pensadores humanistas do século XVIII e suas críticas ao poder de punir estatal podem ser identificados em Bentham e Beccaria, especialmente a partir de suas ponderações, diretas ou indiretas, à inútil desumanidade das práticas penais de seu tempo, pois, para Beccaria, por exemplo, a finalidade das penas não poderia estar em aniquilar o sujeito que praticou o delito, como no contexto do suplício, mas também não estaria atrelada ao intento de desfazer o crime passado, o que logicamente seria impossível. (DEVOS; VÉRAS NETO, 2019, p. 13)

Citando Beccaria, Devos e Véras Neto defendem que, com o intuito de que a pena surta o efeito dissuasório esperado, basta que o mal causado vá além do bem que o culpado ofendeu, de modo que qualquer excesso de severidade tornaria o castigo uma medida desnecessária e, portanto, tirânica, sendo que o efeito principal da pena não estaria necessariamente no grau de sofrimento da dor imposta ao infrator, mas, antes, na certeza da punição que deveria vir inexoravelmente após o ato criminoso. (DEVOS; VÉRAS NETO, 2019, p. 14)

O novo sistema desejado deveria reduzir os custos econômicos e políticos da punição, e, ao mesmo tempo, deveria aumentar sua eficiência assim como universalizar o seu espectro de abrangência. (SILVA, 2016, p. 158)

Deveria, mas, como sabemos, não reduziu.

Desse insucesso exsurgiram teóricos críticos, desde o século XVIII até os dias atuais, debatendo a prisão como pena e seus consecutivos fracassos em relação aos fins a que o instituto se destinou em seu nascedouro, onde se pode destacar o abolicionismo penal, tal como imaginado por Louk Hulsman, que buscou o desmantelamento do sistema punitivo estatal, ou como Alessandro Baratta, defensor da máxima contração e até mesmo a superação do sistema punitivo penal, ou ainda, em uma perspectiva mais realista, a aplicação do minimalismo penal, corrente defendida por Raúl Zaffaroni, destacando que este último, doutrinador e humanista argentino do século XXI, adota um modelo que pode ser qualificado de "realista marginal", que tem uma pretensão que excede os objetivos do abolicionismo penal, pois, de fato, busca ser uma teoria racional, não legitimante, mas que possa pautar a tomada de decisões judiciais em um contexto de disputa da hegemonia no interior do saber jurídico-penal. (DEVOS; VÉRAS NETO, 2019, p. 29)

Embora não pretenda discorrer sobre as correntes do abolicionismo no sentido *lato*, como o abolicionismo penal, o abolicionismo

carcerário, o minimalismo penal entre outros, cito acima os referidos autores para esclarecer que essas críticas ao sistema prisional foram nas últimas décadas se avolumando à medida que o tempo se passava e a prisão não conseguia pacificar a sociedade, ressocializar o infrator nem prevenir o crime.

Sobre os abolicionistas, Emma Mendoza Bremauntz distingue-os dos justificacionistas, que se posicionam a favor do Direito Penal, justificando sua existência em razão de suas finalidades e função moral, que teria natureza irrenunciável, enquanto aqueles *no reconocen justificación alguna al Derecho Penal y propugnan por su eliminación, bien porque impugnan de raíz su fundamento éticopolítico, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al costo de la triple construcción que produce.*(BREMAUNTZ, 2008, p. 72)

Oliveira, de seu turno, apregoa a tese do abolicionismo carcerário e reconhece que "nenhuma sociedade vive sem interditos e, portanto, sem sanção. A questão é: que tipo de interdito e que tipo de sanção." (OLIVEIRA, 2018b, 110)

Note o leitor que Luciano tem especial preocupação para aquilo que ele chama em seus textos de "crimes violentos" e os ares, quase que naturais, de reação e de punição que nascem nas pessoas vítimas desses delitos em face do autor do crime, sendo que, ao fim e ao cabo, reconhece o sociólogo que a prática da sanção punitiva, em essência, apenas acrescenta "um mal a mais no mundo". Entretanto, em relação à prisão (que para Luciano, como pena por excelência, trata-se de uma insensatez), embora o autor reconheça a necessidade de sua substituição, não nos deu o deleite de apontar uma solução prática alternativa para a mesma, deixando essa tarefa árdua para a "imaginação criadora de penalistas e criminólogos arejados" (OLIVEIRA, 2018b, p. 130-131)

Respeitando as opiniões dos criminólogos críticos, dos abolicionistas, carcerários ou penais, o fato é que a prisão continua sendo uma realidade, no mundo e no Brasil, e assombra deveras aqueles que com ela trabalham e aqueles que sobre ela refletem, e, ao que parece, deve continuar sendo assim por um bom tempo, embora o sistema prisional não esteja imune de críticas, ou melhor, não esteja repleto de virtudes.

Ao menos em relação às torturas, maus tratos e linchamentos, no caso brasileiro, um instituto jurídico, mais recente, cuidou de tratar: as audiências de custódia, também chamadas de audiências de apresentação. É sobre isso que irei tratar na próxima parte desse texto.

3. PRISÃO EM FLAGRANTE E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE COMBATE À TORTURA

A realidade das audiências de custódia no sistema jurídico brasileiro se tornou uma situação recente nos casos de prisão em flagrante delito no país, e gerou, e continua gerando, inquietação nos estudiosos das ciências humanas curiosos e incomodados com a temática.

Citada situação consolidou-se com a edição da resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de 15 de dezembro de 2015, e, nos âmbitos locais, com a edição dos respectivos atos normativos reguladores do tema pelos tribunais regionais e pelos tribunais de justiça no país, onde a principal finalidade do ato judicial é a apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente, em prazo exíguo, a fim de constatar as condições e circunstâncias em que ocorreu a prisão, especialmente se houve a prática de tortura, maus tratos, abuso de autoridade, linchamento entre outros.

Antes da resolução do CNJ, é necessário ressaltar, as audiências de custódia foram viabilizadas a partir do julgamento da medida cautelar na ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – n. 347, em setembro de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que o tribunal declarou que o sistema carcerário brasileiro configura-se em um autêntico estado de coisas inconstitucional e uma das medidas para combatê-lo seria a realização das multimencionadas audiências.

O fundamento normativo da audiência de custódia se encontra no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

O Pacto referido apregoa no seu art. 9°:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida,

sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

A referida convenção internacional, que foi oficialmente recepcionada no direito brasileiro com a promulgação do decreto executivo nº 678/1992, estabelece no seu art. 7º, item 3:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Ademais, na audiência de apresentação será possível constatar, visível e diretamente, eventuais lesões e sintomas de agressão que possam evidenciar possíveis causas de tortura e de maus tratos, praticadas por agentes responsáveis pela prisão, por terceiros, geralmente populares através dos sempre polêmicos e não menos censuráveis linchamentos ou espancamentos, ou até mesmo pelo próprio autuado contra si mesmo, ou em razão de uma resistência violenta à sua prisão, ou pela eventual vítima do infrator no desenrolar de um possível ato de legítima defesa.

Insta acentuar que a audiência de apresentação é acompanhada por uma concepção humanitária do processo penal, democrático e não inquisitorial, em que o acusado – sujeito de direitos – merece o tratamento digno e humanitário, no qual lhes sejam garantidos os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos desde o primeiro momento da restrição da liberdade. (GIACOMOLLI; GALICIA, 2017, p. 7)

Também vale destacar que no referido ato de apresentação é necessário que o auto de prisão em flagrante seja acompanhado do laudo médico a que deve ser submetido o preso a fim de que possa ser averiguada a sua integridade física. No Distrito Federal, pelo menos no ano de 2016, quando então passaram a ser realizadas as audiências de custódia, o ato judicial era feito sem o laudo médico, o que pode dificultar a investigação e constatação de atos de tortura e sevícias (FERREIRA; DIVAN, 2018, p. 542).

Ferreira e Divan ainda nos esclarecem que, lá no Distrito Federal – DF -, quando os relatos de tortura eram mais robustos e verossímeis, que geralmente ocorrem quando o preso apresentava marcas físicas, hematomas, equimoses ou lesões visíveis, os juízes encaminhavam expedientes às corregedorias competentes, mas quando as lesões não eram aparentes e os relatos dos presos sobre os abusos lhes acometidos eram apenas verbais, não havia nenhum tipo de encaminhamento da questão. Além disso, os dados quantitativos apurados pelos autores referentes à amostra de audiências de custódia do primeiro trimestre de 2016 no DF apontam que, em relação a um total de 455 casos relatados, em 22,9% deles, as pessoas presas reportaram tortura ou maus tratos no momento da prisão, sendo que nesses mesmos casos 72,3% reportaram as práticas a policiais militares, 16,8% a policiais civis e 13,9% a civis que contiveram as pessoas presas em flagrante até a chegada dos policiais, com a prática do famoso linchamento. (FERREIRA; DIVAN, 2018, p. 541)

Analisando números das audiências de custódia em estados brasileiros, Flávio Andrade afirma, em estudo sobre o tema, que a audiência de custódia funciona como uma "medida que humaniza a decisão judicial acerca da legalidade e da necessidade da prisão, permitindo ainda a rápida adoção de providências nos casos em que houver denúncia de constrangimentos e espancamentos." (ANDRADE, 2016, p. 10)

Nesse contexto, as audiências de custódia surgiram como mecanismo de apurar as condições em que ocorreu a prisão, a fim de evitar flagrantes forjados ou preparados, constatando se a situação fática se amolda a alguma das hipóteses descritas no art. 302 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses em que alguém pode ser preso em flagrante. Além disso, as audiências de apresentação surgem para possibilitar uma análise mais acurada e próxima da prática de tortura, maus tratos, linchamentos entre outros crimes e atos degradantes perpetrados em face dos criminosos presos e levados perante a autoridade judicial.

Evidentemente o estabelecimento de uma audiência dessa natureza não extirpou a prática

de tortura policial nem dos linchamentos e a realidade prática demonstra que a sociedade indisciplinar brasileira ainda está muito longe de se ver livre de práticas nocivas de tal monta.

Desse modo chego à melancólica conclusão de que a prisão, como mecanismo idealizado para dar cabo às sevícias e martírios ocorridos no decorrer do século XVIII e anteriores, não foi capaz de fazer cessar as práticas de infligir dores e violações à integridade física e psíquica do preso. Mas também a audiência de custódia, que tem o escopo de apurar tais espécies de violações e, dessa forma, consequentemente, inibir tais práticas, também deixa a desejar e não cumpre com satisfação a sua função, ao menos no caráter preventivo e inibidor, pois se espera, ao menos, que a partir de relatos e indícios de violações de direitos, possam as autoridades competentes tomar as providências cabíveis para sancionar os responsáveis.

4. TORTURA NO CONTEXTO DA PRISÃO E A FIGURA DO OUROBORO

A partir de então, o presente trabalho vai versar um pouco sobre a tortura.

O próprio Luciano Oliveira já relata uma experiência preocupante que foi bem observada por Efrem Filho, em ensaio sobre o livro de Oliveira que versa sobre Foucault e a episteme, denominado "O aquário e o samurai: uma leitura de Michel Foucault".

Em artigo sobre essa obra, Efrem vai aduzir, tendo em consideração o tema da tortura e do pensamento humanista que Oliveira, assim como Foucault, critica em sua obra, que a partir da ruptura baseada em uma *vivência* de uma experiência extrema, tal como a tortura e a violência, decorre a imperatividade da afirmação dos direitos humanos, bem como decorre o incômodo de Luciano Oliveira diante da acepção foucaultiana de que as considerações dos reformadores penais do século XVIII, sobretudo Cesare Beccaria, contra a tortura, o suplício e as demais formas violentas e corporais de aplicação da pena não passavam de uma retórica a dissimular o projeto de uma "sociedade disciplinar" (EFREM FILHO, 2018, p. 1985).

Em sua obra, Oliveira não esconde suas impressões sobre a atuação policial frente às prisões de pessoas menos favorecidas e pouco ilustradas, como demonstrado em linhas acima, mas é de se convir que para o sociólogo da Casa de Tobias, essas considerações acerca da qualidade do "serviço" prestado pela força policial não é recente. Nesse sentido destaco que Luciano, no longínquo ano 2000, já pensava dessa forma, aduzindo que para os presos comuns, os de condição socioeconômica desfavorável, sempre se percebeu uma atuação classista nas práticas repressivas das forças policiais, onde os "desclassificados" que saíssem da linha sempre foram tratados na base da repressão física mais escancarada (OLIVEIRA, 2000, p. 242).

No mesmo ensaio Oliveira destaca talvez aquele que seja o maior problema para efetivação e respeito aos direitos humanos no Brasil que é o aumento vertiginoso da criminalidade violenta no país e a lógica igualmente humanista segundo a qual o cidadão comum também tem direito à segurança, prestada e garantida como dever do Estado, e é justamente essa insegurança promovida pela criminalidade que gera um terreno propício para a aceitação das violações de direitos mais básicos do cidadão, como sua integridade, por exemplo, por parte do Estado (OLIVEIRA, 2000, p. 246).

Ainda nesse mesmo ensaio, Luciano comprova sua hipótese a partir de uma simples pesquisa que fez com estudantes da Faculdade do Direito do Recife que apregoavam o açoite como meio legítimo de punição contra jovens que acabaram de pichar as paredes da histórica e centenária Casa de Tobias Barreto, situada no centro da cidade do Recife, no ano de 1994, e que, com o passar do tempo, afastando-se da data do fato criminoso, menor era o percentual de estudantes que concordavam com a punição corporal para reprimir tal delito (OLIVEIRA, 2000, p. 252).

Sobre direitos humanos, no tópico em questão, parece evidente que sua concretização deve perpassar também pela postura do Estado, através da verificação do papel do ente público estatal na obtenção do máximo de efetividade dos direitos, assim como o máximo de adequação ou resultado ótimo dos conteúdos que lhe são próprios. Lado outro, a concretização dos direitos humanos também perpassa pela atuação da sociedade, através de um conjunto de estratégias das quais a sociedade civil deveria lançar mão para verem materializadas as políticas humanitárias, erigidas pelo Estado ou não. (MORAIS, 2011, p. 99-102)

Ocorre que, inobstante as reflexões de Morais, em matéria de direitos humanos,

tortura e maus tratos para indivíduos que cometem crimes, nem o Estado nem a sociedade civil organizada parecem estar em consonância com a garantia e a efetividade de direitos de tal matiz, conforme se depreende das passagens mais acima.

Essas reflexões deixam margem para a ideia de que as práticas de tortura e de maus tratos têm apoio e certo grau de aceite no consciente, ou inconsciente, popular, sobretudo quando se trata de crimes recentes e chocantes, fato esse que vai, ainda que indiretamente, refletir-se na atuação das forças estatais e na atuação de muitos indivíduos da sociedade civil também através das práticas de tortura e de linchamentos.

Vale destacar nessa toada que a figura da tortura, como conhecemos atualmente, já vem refletida de tempos remotos como sendo uma resposta do soberano em face da prática de um crime, o que tornava a tortura um ritual político, nos meados do século XVI até o século XVIII. "Tortura torna-se um ritual político: porque a lei violada pelo criminoso representava a vontade do soberano, o crime era entendido como um ataque ao rei" e como "o rei incorporava a lei através de seu poder, violar a lei significava um ataque ao corpo do rei." (SILVA, 2016, p. 156)

Dedicarei as próximas passagens desse singelo ensaio agora às considerações sobre a tortura no contexto das prisões até chegar nas audiências de custódia, também conhecidas como audiências de apresentação, como instituto jurídico voltado para a constatação desse tipo de delito contra a pessoa detida.

E para falar sobre tortura, volto mais uma vez a Luciano Oliveira.

Uma das marcas dos escritos de Oliveira sobre esse ponto é destacar que a prática da tortura, no Brasil, esteve presente de há muito, e não se apresenta marca exclusiva do governo militar, como podem pensar alguns dos ativistas mais modernos de direitos humanos, talvez ainda pouco informados.

Partindo da análise do caso conhecido do pedreiro carioca Amarildo, sequestrado, torturado e morto em 2013 no Rio de Janeiro por agentes policiais, Luciano apaga a ideia de que a tortura é uma espécie de "herança maldita" de governos militares, sendo sua hipótese a de que as sevícias praticadas por agentes estatais em face de pessoas menos esclarecidas, pertencentes às classes populares da sociedade, antecedem o regime militar, sendo encontradas nele também e após a ele.

Desde o caso de "Nego Sete", alcunha de Antônio de Souza Campos, "delinquente" da periferia de São Paulo, assassinado em novembro de 1968 por agentes policiais na porta de sua casa, numa missão de vingança pela morte de um policial assassinado num confronto com uma quadrilha da qual Nego Sete supostamente fazia parte (OLIVEIRA, 2018a, p. 205), até o caso Amarildo, passando pelo caso do renomado jornalista Rubens Paiva, desaparecido no regime militar brasileiro, Oliveira trabalha a hipótese de que a versão da "herança maldita" repousa mais em argumentos retóricos do que na análise acurada os fatos (OLIVEIRA, 2018a, p. 208).

Para Oliveira (2018a, p. 214), o que de novo ocorre a partir do golpe militar de 1964, mas, sobretudo, depois de 1968 com o AI-5, é o fato de que a tortura passa a atingir segmentos da população normalmente protegidos pelas imunidades sociais inerentes a sua condição, quais sejam, estudantes, jornalistas, políticos, advogados etc. Essa situação é que provoca a impressão de que foram os militares no regime duro da década de sessenta e setenta que iniciaram uma atuação estatal repressiva baseada na força da tortura e dos maus tratos.

Nos anos logo após que seguiram o regime militar no Brasil, as práticas ilícitas de sevícias perpetradas por militares continuaram no território nacional e, como não seria diferente, em São Paulo o mesmo ocorre. Sobre o caso paulista, vale destacar que o jornalista Caco Barcellos elaborou projeto audacioso e muito esclarecedor para identificar naquele estado da federação um grupo de agentes da Polícia Militar paulista, destacados na ROTA – Ronda Ostensiva *Tobias* de *Aguiar* – como principal suspeito de diversas execuções de presos e detidos, após práticas constantes de tortura. Na referida obra Barcellos destaca que à medida que mais parentes de vítimas da Polícia Militar eram entrevistados, mais ficava fortalecida a tese de que muitos tiroteios eram forjados para esconder massacres perpetrados pelos agentes militares, coletando um conjunto de informações que levaram o jornalista a apontar a existência de um verdadeiro esquadrão da morte oficial (BARCELLOS, 2017, p. 154).

Ainda sobre esse tipo de atuação policial, concordo com Braga Júnior (2008, p. 457) ao aduzir que as instituições públicas policiais,

inobstante suas investidas de reformulação administrativa, reaparelhamento, revisão tática-operacional, por permanecerem inseridas em uma situação de policiamento constante e saturado, inserido em um contexto de sociedade em crise, "sofrem a dupla via de censura: ora por sua incapacidade no combate ao crime, ora por seu excesso repressivo, na atuação que turva os objetivos de proteção ou que se inclina à guarda de interesses dominantes ou escusos."

Essas críticas à atuação policial são pertinentes e não podem ser olvidadas pelos estudiosos do direito ou da sociologia que se debruçam sobre o tema dos excessos e dos abusos da atividade policial. Contudo, uma realidade precisa ser esclarecida: a repressão da Polícia Militar cresce também em razão da complexidade e do avanço, da modernização e da ousadia dos agentes criminosos, sobretudo pela atuação nefasta da figura do crime organizado.

Nesse sentido, em razão do avanço do crime organizado, aparelhado, estruturado e espalhado pelos numerosos contextos comunitários, em contrapartida, para se equiparar no patamar da ofensiva, essa circularidade transforma os agentes policiais em uma organização deslocada e muitas vezes afastada da sociedade civil, indo muito além da sua prática de mera vigilância e repressão, para alcançar a esfera da agressão e do extermínio, "em manifesta contradição à racionalidade jurídica que a justifica, como forma – primeiramente – de se proteger, bem como de coibir e, afinal, revidar o avanço do crime." (BRAGA JÚNIOR, 2008, p. 467)

Vale destacar, ainda nessa toada sobre a tortura e os excessos dos agentes estatais de Polícia, que a prática de sevícias e a utilização de métodos pouco ortodoxos de punição de presos está longe de ser uma exclusividade da Polícia ou das forças armadas brasileiras.

Depois do fatídico 11 de setembro de 2001 a noção de prisões secretas, desaparecimentos duvidosos e práticas de abusos se tornou uma certa prática rotineira no trato de pessoas detidas e presas na condição de suspeita de terrorismo nos Estados Unidos, sendo os "créditos" dessa prática atribuídos na maioria das vezes a militares ou agentes de inteligência norte-americanos. Segundo Emma Bremauntz, a partir daí a prática de prisões secretas tiveram uma utilidade específica para impedir resgates violentos e para impedir que grupos terroristas praticassem sequestros de civis, geralmente jornalistas, em troca da liberação de agentes suspeitos de terror, detidos pelas forças militares do governo americano (BREMAUNTZ, 2010, p. 74)

Consoante afirmam Martins e Kilian (2008, p. 98-99), nesse tempo construiu-se nos Estados Unidos, por assim dizer, uma atuação de inteligência denominada "teia de aranha global", que buscava identificar, mirar, acompanhar, seguir, apreender e deter pessoas que pudessem ser consideradas terroristas, e boa parte dessas detenções eram realizadas em unidades secretas e de difícil acesso tais como a base área de Bagram, no Afaganistão, conhecida também como *Salt Pit*, como a prisão de Abu Ghraib, *o Camp Bucca* e o *Camp Cropper*, todos no Iraque, além de outras prisões em países como a Jordânia e o Paquistão, além da famosa prisão de Guantánamo. E, acrescido ao fato de se tratarem de unidades secretas, nelas ficaram conhecidos diversos e famosos casos de abusos, tortura, sevícias e maus tratos.

Ficaram conhecidos os casos de Binyam Habashi, Mustafa Ait Idir, Maher Arar, entre outros presos, suspeitos de práticas terroristas. (MARTINS; KILIAN, 2008, p. 101-103)

Voltando ao pensamento da doutrina brasileira sobre o tema, em outro artigo, o professor aposentado de sociologia jurídica da UFPE trata novamente sobre o tema da tortura. Analisando o contexto geral da América Latina, nos anos de chumbo das décadas de sessenta e setenta, Oliveira escreve que a "guerra suja" ocorrida no período militar deflagrado nesses anos demonstrou que "os vencidos podem ter a última palavra, quando os vencedores ganham a guerra valendo-se de métodos que cobrem de vergonha aqueles que os empregam, perdendo com isso os louros da glória e a legitimidade para narrar seus feitos." (OLIVEIRA, 2011a, p. 14) Prossegue o autor

A condenação moderna a crueldade da tortura vai além do simples ato de consciência individual, na medida em que a repulsa que a envolve possui uma dimensão social atestada pelo opróbrio que, de um modo geral, recai sobre aqueles que a praticam. Nesse caso, a condenação da tortura é um fato social. (OLIVEIRA, 2011a, p. 20)

Percebe-se dessas colocações que as práticas de tortura e maus tratos, como elementos caracterizadores de violações de direitos humanos são antigas, mas também modernas,

como no caso da guerra ao terror, e vão além do Brasil, e neste não se circunscreveu ao regime militar, ao contrário, ocorreu antes, durante e depois desse, e as condições da prisão (como ato ou como estabelecimento prisional), que em um primeiro momento deveria servir para extirpar as sevícias e conspurcar os maus tratos contra os presos, pouco mudaram a realidade de degradação e desumanidade que era até então comum nos castigos presentes até o século XVIII na Europa e pelo resto do mundo.

E a mesma prisão, que aqui refiro ora como instituto jurídico, ato cautelar, como a prisão em flagrante ou a prisão preventiva, ou como sanção, ou ainda como estabelecimento físico de cumprimento de penas criminais, surgiu para evitar as sevícias e práticas degradantes em face de criminosos. Ocorre que essa substituição ocorreu de maneira falha e capenga, e as práticas de tortura e atos degradantes continuam a existir, sejam elas perpetradas por agentes estatais (as polícias e forças armadas que torturam), por particulares (os vizinhos, familiares ou vítimas que lincham e espancam) ou pelas próprias características físicas dos estabelecimentos prisionais (as cadeias e presídios superlotados que degradam e humilham).

As audiências de apresentação, previstas em tratados internacionais de direitos humanos, cuja realização foi determinada pelo STF quando do julgamento da cautelar na ADPF 347 a todos os tribunais brasileiros, que tem por uma de suas finalidades a repressão e prevenção de atos de tortura, também não conseguiu mudar a realidade que, no Brasil, e em alguns lugares do mundo, o ato de prender uma pessoa pode, muitas vezes, estar associado a algum tipo de violação a bem jurídico protegido, bem esse não só pertencente à vítima inicial, mas também ao próprio sujeito criminoso.

Assim, o mal que a prisão buscou evitar, continua existindo, seja porque ela foi incapaz de impedir de se espraiar, seja porque ela mesma cuidou de gerar novos tipos de males, ou seja, a cobra come a cauda e a história se repete, que nem as audiências de custódia, nem a criminologia crítica, nem os maiores esforços dos humanistas da atualidade e do século passado foi capaz de mudar. Pelo menos até agora, porque uma boa dose de otimismo e de esperança não fazem mal a ninguém.

5. CONCLUSÃO

Em sede de alegações finais, importa destacar que a presente escrita se deu de maneira despretensiosa, posto que as conclusões parecem simples e claras: a prisão veio para substituir os suplícios corpóreos tão comuns nas praças públicas até o século XVIII, sobretudo quando se fala de Europa. Entretanto, a realidade, do Brasil inclusive, demonstra que a prisão, como ato, como pena ou como estabelecimento físico, agride o próprio agressor, muitas vezes através de práticas de tortura, velha conhecida no território nacional, e recebeu um toque "animador" de militares e agentes de inteligência dos países desenvolvidos vítimas de atos terroristas.

Assim, a cobra come o próprio rabo e a história se repete: a prisão não extinguiu as degradações ao preso nem a tortura. As audiências de custódia também não. Pelo contrário, os relatos de tortura crescem, o número de presos e situações de violação a direitos humanos igualmente cresce. Mas, como diria Humberto Gessinger: e eu? O que faço com esses números?

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de Custódia ou de Apresentação do Preso: Instrumento Destinado ao Controle Mais Humano e Preciso das Prisões Cautelares e à Inibição da Violência Policial no Brasil. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal***.** Nº 73, Ago/Set, 2016.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66***.** Rio de Janeiro: Record, 2017.

BRAGA JÚNIOR, Marcos. O conceito de polícia e a noção de segurança no contexto atual dos direitos humanos. *In*: BITTAR, Eduardo C. B (org.). *Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.*

BRASIL. Decreto executivo federal nº 592/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.> Acesso em: 04/abril/2018.

BREMAUNTZ, Emma Mendoza. *Humanitarismo penal y criminología*. *Revista do Instituto Brasileiro dos Direitos Humanos,* v. 10, n. 10, 2010.

_____. *Justicia penal y derechos humanos. Revista do Instituto Brasileiro dos Direitos Humanos,* v. 08, n. 08, 2008.

DEVOS, Bryan Alves; VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Trajetória e mutações do utilitarismo jurídico-penal: um ensaio de história das ideias. *Revista Direito GV,* v. 15, n. 2, 2019.

EFREM FILHO, Roberto. A recusa e o incômodo: uma leitura da leitura de Luciano Oliveira sobre Michel Foucault. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 3, pp. 1982-2000, 2018.

FERREIRA, Carolina Costa; DIVAN, Gabriel Antinolfi. As audiências de custódia no Brasil: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 1, pp. 530-549, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José; GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Audiência de custódia: a concretização da utopia. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, pp. 1-12, set/dez. 2017.

LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na América Latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização legal no Brasil, *Revista Brasileira de Ciências Criminais***,** ano 26, n. 147, pp. 311-331, 2018.

MARTINS, Isabela Maia Mesquita; KILIAN, Juliana Nicola. Direitos Humanos no 3º Milênio: Captura, Transferências Ilegais, Torturas e Prisões Secretas, Revista do Instituto Brasileiro dos Direitos Humanos, v. 08, n. 08, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.

OLIVEIRA, Luciano. De Rubens Paiva a Amarildo. E "Nego Sete"? O regime militar e as violações de direitos humanos no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 1, pp. 202-225, 2018.

_____. *E se o crime existir? Teoria da rotulação, abolicionismo penal e criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

_____. Ditadura militar, tortura e história. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 26, n. 75, fevereiro, 2011.

_____. *O Aquário e o samurai: uma leitura de Michel Foucault*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. Relendo "Vigiar e punir". *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social***,** Vol. 4, n.2, ABR/MAI/JUN, pp. 309-338, 2011.

_____. Segurança: um direito humano para ser levado a sério. *Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito, UFPE, Recife, n. 11*, pp. *241-254, 2000.*

SILVA, Josué Pereira da. Poder e direito em Foucault: relendo Vigiar e punir 40 anos depois. *Lua Nova,* São Paulo, 97, pp. 139-171, 2016.

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA: EL DR. P. MIGUEL VILLORO TORANZO Y EL LIC. EFRAÍN GONZÁLEZ MORFÍN

Jaime Ruiz fe Santiago
Doctor en Filosofía y en Derecho; Profesor del Departamento de Estudios Generales del ITAM, Ciudad de México; ex Funcionario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) durante 25 años

RESUMEN

Se presentan algunos rasgos biográficos de los autores estudiados y algunos puntos sobresalientes de su aportación a la Filosofía del Derecho. Estos se destacan por el planteamiento integral del Derecho como sistema racional de normas sociales de conducta que regulan autoritativamente las relaciones del hombre con sus semejantes y como solución a los problemas que plantea la realidad histórica, al igual que por la clarificación de la Teoría del Derecho y sus consecuencias prácticas en la estructuración del Departamento de Derecho (Miguel Villoro). Igualmente se analiza el analogado principal del concepto de Derecho y se postula que éste se da en la facultad moral de la persona sobre lo suyo. Concepción personalista del Derecho con aplicación en la realización de la persona y de la sociedad (Efraín González Morfín).

Palabras clave

Derecho; normas; conducta; teoría; analogado; facultad; persona.

ABSTRACT

Some biographical features of the studied authors and some relevant points of their contribution to the Philosophy of Law are presented. These characteristics stand out for their integral approach to the Law, as a rational system of social norms of conduct that regulate the relationship of man with society. Moreover, in the structuring of the Department of Law (Miguel Villoro), the solution to problems posed by historical reality as well as for the understanding of the Theory of Law, both must merge to consider its practical consequences. Likewise, it is postulated that is in the moral authority of the person over his own that the main analogue of the concept of Law is realized. This personalistic conception of the Law should be applied to the different fields relating to person and society (Efraín González Morfín).

Keywords

Law; norms; conduct; theory; analogous; faculty; person.

Al celebrar el Departamento de Derecho de la UIA sus 70 años no se puede menos de tener presente que de su seno han brotado dos poderosos pensadores de la Filosofía del Derecho, quienes han ayudado igualmente a la consolidación y prestigio del mismo: tales son los autores cuyo recuerdo se propone en estas páginas.

La persona del P. Miguel Villoro Toranzo (1920-1990) continúa estando indeleblemente presente en el recuerdo de muchas generaciones que tuvieron la fortuna de conocerle y recibir sus enseñanzas, su obra continúa enriqueciendo las reflexiones jurídicas en nuestros días. Su presencia resultó fundamental el año de 1960, cuando, habiendo llegado el año anterior a la UIA, se enfrentó a la ardua tarea de "resucitar la casi moribunda carrera de Leyes" (Ernesto Meneses). Para ello hubo de reclutar alumnos y conseguir buenos maestros: a ello le ayudaron las relaciones que había entablado durante sus estudios de licenciatura en Derecho en la Escuela Libre de Derecho y su pasantía ejercida en conocida firma de abogados. Al hacerse cargo como Director de la Escuela de Derecho de la UIA (1961-66), ya contaba con la colaboración de

grandes juristas, entre los cuales Luis Recaséns Siches, Manuel y Francisco Borja, Armando Chávez, Mariano Azuela, Alfonso Noriega, Manuel Herrera Lasso, Javier de Cervantes, Héctor González Uribe, y muchos más. Con ello constituyó un Consejo Consultivo de la Escuela al modo de los Consejos Técnicos de la UNAM, que se abocó a la tarea de mejorar la enseñanza impartida en las diversas aulas, revisar los programas, dar vida a una clínica jurídica, acortar la brecha entre la enseñanza teórica y la práctica del Derecho, etc. Por todo ello es totalmente cierto que, "con objetividad y con justicia debe considerarse al Padre Miguel Villoro Toranzo, S. J. como el constructor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana".

Por otra parte, el P. Villoro había finalizado sus estudios de Filosofía en el entonces Centro Cultural Universitario, antecedente la UIA, donde tuvo la credencial no. 1, y, al terminar su puesto como Director de Derecho (1966) pudo continuar y finalizar sus estudios de Doctorado de Derecho en la UNAM (1973). Su enseñanza en el Departamento de Derecho se ejerció en distintas materias (en especial en la Introducción al Estudio del Derecho, Metodología Jurídica y, más tarde, en Deontología Jurídica y Teoría General del Derecho).

Todo ello le sirvió como preparación para abordar la Reforma Académica que se comenzó a gestar en la UIA a partir de 1969 y culminó en 1973, teniendo como uno de sus más importantes precedentes la crisis en el mundo universitario que se realizó en el mundo y en México a partir del año 1967. Emergía una nueva concepción de la estructura de la universidad en general y de los estudios de la carrera de Derecho en particular. Inmensa tarea que requería los mejores esfuerzos de quienes se dedicaban a la enseñanza superior en México. El P. Villoro y el equipo de maestros del Departamento de Derecho se entregaron a una tarea de importancia decisiva para el futuro.

Con el liderazgo del rector, P. Ernesto Meneses, se trataba de dejar atrás el llamado 'modelo napoleónico' de universidad, en el cual las diferentes 'Escuelas' o 'Facultades' constituían unidades monolíticas, sujetas a programas semestrales o anuales que constituían bloques cerrados y hacían de la universidad una unidad cerrada, casi intemporal, con muy poca –si alguna- interacción interna, y refractaria a los cambios requeridos por las nuevas circunstancias históricas.

Se buscaba un modelo dinámico de universidad, flexible en sus diversas *currícula*, que permitiese responder a los nuevos problemas presentados con el correr de los tiempos, en que los diversos 'Departamentos' estuviesen presentes en la estructuración de las diversas carreras y que facilitasen la interdisciplinariedad y el diálogo entre los conocimientos. "La organización departamental hace desaparecer el sistema de paquetes [de materias] rígidos e inflexibles, deja a un lado el factor tiempo para regular los estudios del alumno y despierta una actitud más activa en el estudiante. Este sistema computa los estudios a base de las unidades llamadas créditos, que deben ser, en cuanto al tiempo, similares y que para ser seleccionadas requieren de la ayuda de una asesoría adecuada. A través de estas modalidades se procuran establecer las condiciones ideales para facilitar el aprendizaje, lo que constituye el fin de cualquier institución de enseñanza". A esta idea se abocó el Departamento de Derecho, cuyo Director a partir de 1966 y hasta el año 1974, fue el Lic. Manuel Borja Soriano.

El nuevo Director del Departamento, con la decisiva ayuda del P. Villoro, se dio a la tarea de poner en existencias las nuevas ideas, que implicaban la reforma profunda del plan de estudios de la carrera de Derecho, y que habían sido decididas en numerosas reuniones que contaron con la activa participación de grandes juristas integrantes del cuerpo magisterial de este Departamento. En estas reuniones, y en la realización de las nuevas concepciones de esta universidad, el P. Villoro desempeñó un papel cuya importancia fue decisiva. Para ello aplicó las lecciones de la experiencia adquirida en los años pasados, una inteligencia brillante y conocedora de las ideas que se buscaban y de los problemas prácticos que era necesario resolver, una enorme capacidad para dialogar y entusiasmar a profesores y alumnos que eran requeridos para participar activamente en los proyectos decididos y una sonrisa acogedora que invitaba a la confianza y al compromiso serio e inteligente.

En esos años se había fundado la Revista *Jurídica*, órgano de expresión del Departamento de Derecho, se amplió el número de profesores de tiempo, se creó la sección de Historia del Derecho en el Instituto de Investigaciones Humanísticas fundado por el P. Dr. Héctor González Uribe,

se fundó la Maestría de Derecho y se creó un espíritu propio en el propio Departamento. En 1971 el P. Villoro consiguió que se contratara como profesor de tiempo al Lic. Efraín González Morfín, quien habría de seguir como Director del Departamento de Derecho al terminar en 1974 en ese puesto el Lic. Manuel Borja Soriano. Al año siguiente el Lic. González Morfín renunció al puesto y en su lugar fue designado el Lic. Jorge Díaz Estrada como Director (1975-1980). El dinamismo impreso a la reforma universitaria pudo así continuar de manera idónea.

A lo largo de estos años el P. Villoro, a la par de sus ingentes tareas en la UIA, realizó una importante tarea de investigación jurídica que se plasmó en diversas obras. Entre las más importante cabe mencionar su tesis de licenciatura sobre *El racionalismo jurídico* (1946), que fue seguida por las *Lecciones de Filosofía del Derecho* (1973), *Las relaciones jurídicas (*1976), *La justicia como vivencia* (1979), una *Metodología del trabajo jurídico* (1982), al igual que una *Deontología Jurídica* (1987), la *Teoría General del Derecho* (1989) y su último libro intitulado *Del derecho hebreo al derecho soviético* publicado un año antes de su fallecimiento ocurrido en 1990. Al lado de estos libros el P. Villoro fue autor de numerosos artículos, aparecidos en la Revista *Jurídica* y en otras revistas especializadas.

El P. Villoro vivió todos estos años dedicando lo mejor de su tiempo a la consolidación del Departamento de Derecho, lo que fue especialmente importante tras el sismo de 1979 que acabó con el plantel de la Universidad Iberoamericana y obligó a trasladarse a instalaciones provisionales durante algunos años hasta que en 1990 se pudo instalar en los nuevos edificios de Santa Fe.

El P. Villoro siguió siempre de cerca los cambios profundos vividos en el seno de la UIA y, al morir repentinamente el 28 de septiembre de 1990, se advirtió de inmediato que su persona había sido siempre la de un ser lleno de vida, de optimismo, de empeño y dedicación, testimonio elocuente de un poderoso intelectual comprometido con la investigación, de un jurista de fuerte agudeza intelectual, de un auténtico jesuita que vivió con toda seriedad y dedicación el ideal de entrega a los seres humanos, animado por el amor a Jesucristo y a su Iglesia.

De los múltiples rasgos que caracterizan el pensamiento jus-filosófico del P. Villoro, nos interesa destacar dos de ellos que marcan en profundidad la reflexión propia de la Filosofía del Derecho, dimensión para la cual estaba seriamente preparado y a la que consagró una buena parte de su investigación. El primero está constituida por la definición misma de lo que es el Derecho, tema fundamental que, desde los albores de la reflexión jurídica, constituye tema de investigación. El segundo se encuentra representado por la reflexión que realizó acerca de la Teoría General del Derecho, tema en torno al cual se trató de renovar el mismo Departamento de Derecho. Esta última aparece como una exigencia siempre presente en el Departamento de Derecho de la UIA.

Acerca de la definición de lo que es el Derecho, el P. Villoro llegó a poder establecerla tras una larga reflexión intelectual, que pudo realizar tras meditar no solamente acerca de lo afirmado por diferentes pensadores a lo largo de diversas épocas, sino también tras profundizar en lo que resultaba del conocimiento de diversos sistemas jurídicos. Ello se revela en los diferentes escritos que dedicó, por ejemplo, al sistema jurídico hebreo y al romano, al realismo jurídico escandinavo, al sistema soviético y al sistema jurídico norteamericano unido a la reflexión relativa al sentido de la norma jurídica, a la justicia como vivencia y a la justicia como criterio de distinción de las ramas del derecho.

El concepto del Derecho que el P. Villoro establece, y que ha sido aprendido y meditado por numerosas generaciones de estudiosos de la materia, constituye la primera parte de su clásica *Introducción al estudio del Derecho*, que se integra por los diferentes capítulos dedicados al planteamiento del problema de la noción del derecho y las distintas concepciones del mismo: las nociones moralistas del Derecho, las nociones racionalistas, las empíricas y finalmente las voluntaristas, para terminar estableciendo la que representa la definición del Derecho que propone nuestro autor, que sintetiza lo que considera elementos válidos de las concepciones previamente establecidas.

De este modo el P. Villoro concibe al Derecho ante todo como un conjunto orgánico o *sistema,* que se encuentra establecido de manera *racional*, que contiene *normas de conducta*, que han sido *declaradas obligatorias por la autoridad,* en la medida en que ésta las *consideradas soluciones justas*, frente a los *problemas* que se presenta *la realidad histórica* .

El P. Villoro concibe de este modo lo que representa el Derecho objetivo, es decir, al conjunto de normas que nacen a partir de problemas concretos planteados por los diferentes momentos históricos, que se presenta como constituyendo un auténtico sistema organizado por la razón, que la autoridad establece considerando no solamente los problemas hechos presentes en diferentes momentos históricos, que originan normas de carácter social que se presentan como obligatorias y que se asumen como respuestas justas a fin de solucionar de manera adecuada los problemas existentes.

Ello explica que existan diferentes sistemas de derecho, que responden a diversos lugares y a diversos tiempos, que son declaradas obligatorias en los diferentes sistemas políticos de gobierno, como posibles soluciones justas a la pluralidad de situaciones problemáticas que existen en los diversos momentos de la historia.

El Derecho se integra por normas que son jurídicas al ser dictadas como obligatorias por la autoridad, que no responden a la voluntad arbitraria de la misma, sino que son consideradas como soluciones justas a los problemas del momento histórico que se vive. Así se presentan las diferentes causas necesarias para entender cualquier realidad: la formal, la eficiente, la material y la final.

La autoridad tiene que estar sumamente atenta a una realidad que, hoy más que nunca, es enormemente cambiante, que presenta nuevos problemas, que requiere ser comprendida lo mejor posible a fin de dictar aquellas normas obligatorias, que se refieren sobre todo a la conducta externa de las personas que integran la sociedad pero que también pueden referirse a su dimensión interna, y que se considera responden a las exigencias de la justicia a fin de dar una debida solución a la compleja realidad considerada.

Se destacan así los elementos variados que comprende el Derecho como sistema de normas sociales: su carácter social, su naturaleza obligatoria, su respuesta a la realidad del momento, su búsqueda de que este sistema se encuentre inspirado en la justicia y que por ello contribuya al logro del bien común y de la paz.

El autor reconoce que "es el enfoque voluntarista el que predomina en el Positivismo Jurídico. Su aportación más constructiva es el haber destacado la necesidad de que el Derecho sea obligatoriamente impuesto por una autoridad debidamente reconocida por todos", aunque esto no elimina la importancia que posee el Empirismo Jurídico, que considera "al Derecho como un producto de las fuerzas a las que está sujeta la sociedad", que debe poseer una estructura formal propia que se caracteriza por establecer una obligatoriedad a la conducta humana, apareciendo el Derecho como "un sistema coactivo de normas escalonadas en graduación jerárquica, en la que cada una funda su validez en la anterior hasta llegar a una ley suprema, la Constitución, que sirve de base de juridicidad a todo el edificio", lo que es subrayado por el racionalismo jurídico, teniendo especial importancia la posición adoptada por Hans Kelsen, aunque sin olvidar que todo lo anterior debe responder a exigencias de justicia, a tal punto que "en el momento en que desaparece la pretensión de Justicia en la conducta de un Estado, desaparece el orden jurídico y se inicia la tiranía". De este modo la justicia aparece "como un criterio valorador, al cual se sujetan tanto las autoridades como los súbditos, según el cual la solución injusta no debe ser Derecho".

La importancia de las ideas del P. Villoro encuentra reflejo en la más moderna doctrina y jurisprudencia, tal y como aparece, por ejemplo, en algunos de los más recientes cursos impartidos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Es el caso de aquel curso general dictado por el Juez Dr. Antonio Augusto Cançado Trindade en 2005, en el cual se refirió ya desde el principio a esa esa concepción ampliamente difundida en el siglo XIX según la cual las relaciones jurídicas se encontraban determinadas por "la soberana y arbitraria voluntad de los Estados". Pero tal concepción, frente a las características de las nuevas exigencias de nuestra época, ha sido ampliamente superada y con toda razón se habla de "la falacia del positivismo voluntarista" . Tales ideas fueron también tema central en el curso que impartí en la misma Academia de Derecho Internacional en 2015 relativo a los *aspectos jurídicos de los movimientos forzados de personas.*

El día de hoy adquieren así toda su actualidad la doctrinas de los padres fundadores del Derecho Internacional, tales como Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Hugo Grocio, quienes hablaban ya de del *Totus orbis* o de la *civitas maxima gentium*, que brota de la *recta ratio* y es percibida por la "conciencia jurídica

universal" como expresión de una justicia objetiva.

Estas exigencias de la justicia objetiva han sido plasmadas en la jurisprudencia internacional. A modo de ejemplos concretos aparecen las dos Opiniones Consultivas que fueron solicitadas precisamente por México a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica) y que produjeron resultados de enorme trascendencia. Ante todo, la Opinión Consultiva 16 relativa al derecho humano básico para recibir la protección consular exigida por el debido proceso legal (*due process of law);* la segunda fue la Opinión Consultiva 18 concerniente a los derechos fundamentales que poseen los migrantes irregulares o indocumentados

En la primera de ellas el Juez Cançado Trindade señala en su voto concurrente que "las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos" y que los nuevos tratados de derechos humanos acompañan la evolución de los tiempos y la emergencia de nuevas exigencias de protección a la persona humana. Porque el centro del Derecho radica en la dignidad propia del ser humano que debe ser protegido contra el autoritarismo estatal tan propiciado por el positivismo jurídico. "Con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del Derecho Internacional general en la conciencia jurídica universal, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho universal, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno".

En la segunda de ellas el mismo autor establece que "si es cierto que el drama de los numerosos refugiados, desplazados y migrantes indocumentados representa hoy un enorme desafío a la labor de la protección internacional de los derechos de la persona humana, también es cierto que las reacciones a las violaciones de sus derechos fundamentales son hoy inmediatas y contundentes, en razón precisamente del despertar de la conciencia jurídica universal para la necesidad de la prevalencia de la dignidad de la persona humana en cualquier circunstancia".

Esta posición es mantenida el día de hoy por la Corte Internacional de Justicia en diversas sentencias y opiniones consultivas. Baste referirse a la Opinión Consultiva producida recientemente el 25 de febrero de 2019 sobre las *Consecuencias legales de la Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio*.

De este modo como se comprende que las posiciones mantenidas por el P. Miguel Villoro encuentran hoy día confirmación y una aplicación de enorme trascendencia.

Lo mismo acontece respecto del segundo tema de su reflexión jus-filosófica que posee incidencia práctica indudable: su posición relativa a la Teoría General del Derecho.

Este tema parecería ser consecuencia lógica de los presupuestos del positivismo jurídico, pues ellos implicarían la negación de una posible Filosofía del Derecho. Ello aparece desde las posiciones del mismo Augusto Comte, quien juzgaba que la etapa filosófica o metafísica del conocimiento debería alcanzar su superación con la etapa positiva. Pero esto obedece a prejuicios inaceptables en cualquier reflexión seriamente filosófica, y por ello el P. Villoro trata de plantear el estatuto gnoseológico que debe tener una seria Teoría General del Derecho no contaminada por prejuicios positivistas.

El tema la interesó en diversos momentos de su reflexión jus-filosófica, pero alcanzó su última maduración en el libro dedicado a la *Teoría general de Derecho*, publicada un año antes de su fallecimiento.

Desde el principio de la obra destaca el autor una característica esencial de la concepción estudiada: "Si a algo se opone la TGD [Teoría General del Derecho] es a lo arbitrario, a lo caótico, a lo carente de racionalidad… tiene la pretensión de proponer un orden racional apto a servir de instrumento para entender la multiplicidad de los fenómenos jurídicos bajo un punto de vista que subraye lo que tienen en común, la coherencia que los relaciona, la subyacente estructura lógica que le sirve de enlace".

La distinción que existe entre la Filosofía del Derecho y la Teoría General del Derecho (TGD) es claramente filosófica: la primera atiende a las causas últimas del Derecho, en tanto la segunda se interesa por sus causas próximas, por lo que son dos análisis del mismo objeto material, el Derecho, pero con diferentes objetos formales.

Por ello, por pretender sistematizar u ordenar tan solo las causas próximas del Derecho, se debe decir que la TGD "es mucho menos ambiciosa… ciertamente se quiere en contacto directo con el Derecho positivo pero se distancia un tanto de él para contemplar el orden racional latente en la globalidad de los Derechos positivos". Por otra parte, la TGD se distingue del Arte jurídico en el sentido que la primera tiene un carácter descriptivo, analítico o especulativo, en tanto que el segundo es más bien práctico y se encuentra ordenado próximamente a dirigir o construir en la existencia el Derecho que debe ser.

Por tratarse de conocimientos 'por causas' se entiende que poseen el carácter de 'ciencia' en el sentido tradicional, de modo que en "El sentido genérico de la Ciencia del Derecho se pueden distinguir tres sentidos específicos, que vienen a ser como ramas del tronco común: la Sistemática jurídica, la Historia del Derecho y la TGD".

El punto de partida de la Ciencia del Derecho en ese sentido amplio no puede ser otra realidad que la misma experiencia jurídica, comprendida como "la confluencia, en una situación concreta de las dos fuentes que alimentan el entendimiento humano: sus tendencias y estructuras innatas y la realidad del universo en que vive". A la experiencia o vivencia jurídica, que es análoga a la experiencia moral, a la experiencia estética, al igual que a la misma experiencia del ser, había dedicado anteriormente nuestro autor una amplia obra de enorme importancia.

Los elementos integradores de la experiencia jurídica son privilegiados en las diferentes interpretaciones que originan las variadas posiciones jus-filosóficas: el voluntarismo jurídico, el empirismo jurídico, el racionalismo jurídico y las concepciones morales del Derecho, las cuales son estudiadas con las características que les distinguen. Para el P. Villoro la referencia a la justicia por parte del Derecho le es esencial. Es lo que aparece en las *Instituciones* de Justiniano que define a la Jurisprudencia como "la ciencia de lo justo y de lo injusto". Por ello "un Derecho sin justicia sería tan absurdo como unos anteojos que no permitieran ver o un barco incapaz de navegar".

El Derecho debe ser integral en el sentido que debe recoger en una síntesis adecuada los diferentes aportes positivos de cada una de esas interpretaciones. Es el esfuerzo que realiza el autor, como ya vimos, en la *Introducción al estudio del Derecho.* También la experiencia jurídica debe ser integral y no olvidar ninguno de los elementos que en ella intervienen.

A la TGD corresponde desarrollar, atendiendo a las regulaciones jurídicas de los diferentes sistemas jurídicos positivos, los conceptos jurídicos fundamentales, estableciendo los conceptos generales comunes a los diversos órdenes jurídicos. A tal orden pertenecen conceptos como sujeto de derecho, derecho subjetivo, deber jurídico, relación jurídica, derecho real y personal, antijuridicidad, responsabilidad, Derecho público y privado, etc. Esta misma concepción se encuentra en autores como Heinrich Henkel o Evgeny B. Pasukanis. De este modo, dice nuestro autor, la TGD consiste en "el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales en cuanto que ellos son los instrumentos por medio de los cuales podemos llegar al orden racional subyacente a todos los fenómenos jurídicos".

El método propio de la TGD integra un elemento deductivo y otro inductivo, en el sentido que parte de los principios generales del ser y del conocer y los aplica a los distintos conceptos jurídicos que se encuentran en los diversos sistemas jurídico positivos. Pero pasar del primero al segundo nivel se requiere de "un puente que los vincula intrínsecamente: la experiencia humana y su sentido de la justicia".

Es así como la TDG tiene como objeto de estudio las constantes racionales del Derecho, tomado éste en su integridad, es decir, como una respuesta a las exigencias de justicia. Y, así como la ciencia nace de una opción radical de inteligibilidad o no inteligibilidad del universo, del mismo modo, establece el P. Villoro, el mismo Derecho nace de una opción fundamental que lo abre a las exigencias del bien humano integral (bien moral) o lo cierra a las mismas. Estas precisiones que orientan la TGD resultan fundamentales para cualquier consideración relativa al Derecho, a su teoría y práctica, a quienes lo estudian y a quienes se dedican a aplicarlo, a quienes lo establecen y a todos cuantos se encuentran concernidos por sus preocupaciones fundamentales. Y así "la ciencia jurídica va progresando al observar el resultado producido en la realidad cambiante por las diferentes soluciones justas. Eso es lo que la hace tan atractiva. Nos obliga a abrirnos al estudio de la realidad y del eterno esfuerzo

del hombre por ordenarla cada vez mejor según justicia. La TGD no hace más que construir racionalmente las grandes constantes que estructuran ese esfuerzo".

Que el Derecho sea inseparable de la Justicia, y que ésta debe acompañar siempre y en toda circunstancia al ser humano viviendo en sociedad representa una posición sostenida y mantenida siempre por un auténtico jurista, por un verdadero humanista: tal fue precisamente el P. Miguel Villoro.

***

Los años que transcurrieron entre 1963 –en el cual se iniciaron las actividades universitarias en las nuevas instalaciones situadas en la Avenida de las Torres- y 1979 -cuando ocurrió el fatal sismo que destruyó las mismas- fueron, para el Departamento de Derecho de la UIA, un período de especial esplendor. En él fueron ciertamente decisivos los Directores que tuvieron a su cargo tal Departamento, pero igualmente lo fueron la verdadera pléyade de grandes profesores y juristas que participaron en esa obra común. Porque no se puede decir que haya sido la obra de unas pocas personas, sino que más bien se tuvo la oportunidad de participar activamente en una obra común cuyos resultados fueron especialmente felices.

La obra escrita por el Dr. José de Jesús Ledesma, a la que ya hemos hecho referencia, señala algunos de los nombres de quienes participaron en esa obra, y cuyas personas son muy claramente recordadas por quienes fueron testigos y beneficiados de sus enseñanzas, pero aquí nos baste decir que ese esfuerzo cubrió prácticamente todas las ramas del Derecho, tanto del Derecho Privado como del Público. En ese contexto cobra toda su fuerza la presencia del Lic. Efraín González Morfín, quien había participado en años anteriores a su actividad en la UIA en la contienda presidencial que le hizo competir por la Presidencia de la República con el Lic. Luis Echeverría Álvarez.

Entre la persona del P. Villoro y aquella del Lic. Efraín González Morfín se presentaban características comunes, fundadas seguramente en valores en los cuales se identificaban: una sonrisa amistosa siempre acogedora, la voluntad de prestar ayuda a quienquiera se acercase en busca de la misma, una inteligencia viva y que analizaba con agudeza y profundidad las posiciones y argumentos que se les exponían, la voluntad firme y resuelta por sostener la dignidad del ser humano y lo que, con razón, debe denominarse una indudable caridad intelectual. A ello se añadía, en la persona del Lic. Efraín, un interés y una enorme capacidad para actuar en causas que involucrasen un elemento político.

Tal interés es explicable por haber sido su padre el Lic. Efraín González Luna, fundador del Partido de Acción Nacional (PAN), del cual había heredado esa preocupación por la acción política que estuvo presente a todo lo largo de su fecunda existencia.

Nacido en Guadalajara el 5 de junio de 1929 en Guadalajara, Jalisco, su madre fue Dña. Amparo Morín. Realizó sus primeros estudios en esa misma ciudad y en el año de 1945 ingresó en la Compañía de Jesús. Estudió Letras clásicas en el Instituto Libre de Estudios Superiores en el seminario de San Cayetano, Santiago Tianguistengo, y en 1951 realizó los estudios de Ciencias (Física, Química y Biología) en Isleta College, en El Paso, Texas. Los estudios de Filosofía los llevó a cabo entre 1952 y 1955 y pronto destacó por su capacidad en el manejo del latín y del griego clásicos. Entre 1955 y 1956 enseñó en el Instituto Carlos Pereyra de la ciudad de Torreón y posteriormente en el Seminario jesuítico de Puente Grande. Más tarde fue trasladado al Seminario Mexicano Interdiocesano de Montezuma, Nuevo México, donde estuvo a cargo de las cátedras de Lógica, Crítica y Metafísica. El año de 1958 lo encontró haciendo los estudios de Teología en Innsbruck, Austria, y fue en ese punto que decidió dejar la vida jesuita, decisión por la cual, como lo dijo él mismo más tarde, "abandonó la vida de religioso, no la vida religiosa".

Al retornar a México, cursó los estudios de Derecho primeramente en la Escuela Libre de Derecho y más tarde en la UNAM. Trabajó en el Departamento de Estudios Económicos del Banco de Londres y pudo culminar sus estudios jurídicos en la Universidad Iberoamericana, en la cual presentó su tesis que tendría gran importancia intitulada "Analogía. Ser del del Derecho y Ser de la Sociedad".

Más tarde, habiéndose afiliado al PAN, fue Diputado federal, dirigente del mismo partido y finalmente candidato presidencial en la contienda electoral del año 1969. A causa de estas decisiones políticas fue despedido del Banco de Londres en el cual había trabajado.

En 1971 se incorporó al Departamento de Derecho de la UIA como maestro de tiempo completo, donde habría de permanecer hasta el año de 1978. Entre los años de 1974 y 1975 desempeñó el cargo de Director del mismo Departamento, que dejó por un período de tres años por haber sido elegido Presidente nacional del PAN. En 1978 se reintegró a la UIA y continuó colaborando muy activamente en la nueva organización departamental emprendida por la universidad. Su participación e inteligente labor estuvo siempre coordinada con aquella de sus colegas, entre quienes se contaban el Lic. Manuel Borja Martínez, el Lic. Jorge Díaz Estrada, el Lic. Fernando Vázquez Pando, el Dr. José de Jesús Ledesma, el Lic. Mariano Azuela Huitrón, el Lic. Alberto Facha, el Lic. Raúl González Schmal, el Lic. José Sánchez González y muchos más.

En febrero de 1984 dejó la UIA y la ciudad de México y se trasladó con su familia a la ciudad de Guadalajara, Jalisco, donde fungió como asesor jurídico de la Cámara Nacional de Comercio de Guadalajara, antes de ser miembro fundador de la Escuela de Derecho del ITESO, con lo cual volvió a estar a cargo de diversas cátedras como Teoría General del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho de las Obligaciones, Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público y otras.

Entre 1990 y 1992 fue catedrático en la Facultad de Derecho y maestro investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas en la Universidad de Guadalajara. Ahí tuvo constante colaboraciones en la *Revista Jurídica Jalisciense*, al igual que las había tenido en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. 1994 fue el año en el cual fue catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana (UP) campus Guadalajara, donde, además de estar a cargo de diversas cátedras, fungió como secretario académico. En 1995 desempeñó la delicada tarea de Secretario de Educación del Estado de Jalisco, a la cual renunció en diciembre de 1998.

Fue el 13 de noviembre de 1996 que la Comunidad de Abogados de Jalisco y la Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara le entregaron el reconocimiento al mejor abogado de Jalisco, y a finales 1998 la República de Francia le otorgó la Cruz de Honor en grado de caballero. El 28 de enero de 2002 se le dio el Doctorado *Honoris causa* por el Sistema UIA-ITESO y el 16 de diciembre de 2008 se le confirió el Premio Jalisco. Todos estos reconocimientos se sumaron a la *Cruz Pro Ecclesie et Pontifice* con la cual el Papa Juan Pablo II lo había distinguido el 15 de mayo de 1991 con ocasión del Primer centenario de la encíclica *Rerum Novarum*.

Tras su renuncia a la Secretaría de Educación del Estado de Jalisco a fines de 1998, el Lic. Efraín había vuelto a sus añoradas cátedras en las diversas Universidades en las cuales se había desempeñado. El 21 de octubre de 2012 falleció en la ciudad de Guadalajara, rodeado de su familia y de numerosos amigos.

A lo largo de su existencia, tan entregada a diversas actividades, pero caracterizada por una inteligencia brillante que se mostraba siempre profunda a la vez que sencilla y llena de simpatía humana, el Lic. Efraín produjo una obra escrita muy vasta y que se realizó en algunos libros y sobre todo a través de numerosas revistas y publicaciones. La que más interesa a nuestro propósito es la que lleva como título *Temas de Filosofía del Derecho*, aunque se encuentran también desarrollos importantes en otras obras, como *Formar personas. Sugerencias y caminos de un pensador* (2002), *La educación: visión y mensaje* (2000), *Tesis y actitudes sociales* (1974), *Por la educación* (1997), *Cuestiones económicas fundamentales* (1989), y numerosos artículos dedicados a diversas cuestiones del Derecho, a la naturaleza y fines de la política, a la importancia de la conciencia en la realización moral y política del ser humano, a la interpretación jurídica, a los derechos humanos, a la educación, al solidarismo como realidad exigida en el quehacer social y político, y otros numerosos temas.

Quienes tuvieron la oportunidad de tener un contacto personal con el Lic. Efraín tendrán un recuerdo imborrable de sus grandes cualidades humanas tales como su siempre acogedora recepción, su inteligencia aguda y penetrante, sus análisis esclarecedores y brillantes, su humor fino comprensivo de las cualidades humanas, su interés por las grandes cuestiones jurídicas, políticas y sociales, su visión humana y cristiana que le permitían tener una visión integral del ser humano, de su ser y de su destino. Alumnos y colegas lo recordaremos siempre por tales cualidades, por su sonrisa franca y abierta, por su integridad como hombre y como cristiano, por su honradez a toda prueba, por su dedicación a su familia, a las instituciones en las cuales le

tocó desempeñarse, por su infatigable búsqueda para construir un México mejor.

Su aportación a la Filosofía del Derecho se realiza en el centro mismo de esta importante materia: en el ser mismo del Derecho. Este constituye un concepto que se revela como análogo, pues se puede predicar de múltiples sujetos: así "derecho es un término que se predica en forma análoga de varias realidades, como la norma o derecho objetivo, la facultad o derecho subjetivo, el ideal ético de justicia o la ciencia del derecho".

Las palabras, que se emplean para expresar ideas o conceptos, pueden ser también unívocas si se aplican a diversos individuos en sentido idéntico, poseyendo el mismo contenido, por ejemplo ser humano, que se aplica a Juan, a Pedro, a María y a otros sujetos, pero también la palabra puede ser equívoca si se aplica a diversos individuos en sentidos diversos, por ejemplo la palabra gato que designa a un animal o a un instrumento mecánico, al igual que la palabra león que se aplica a una constelación o a un animal. Por último, las palabras e ideas análogas, de gran importancia en la Filosofía, se aplican a diversos seres, en sentido en parte idéntico y en parte diverso. Pues bien, por lo explicado, la palabra y el concepto de derecho se caracterizan por poseer una naturaleza análoga.

Mas, recuerda el Lic. Efraín, existen fundamentalmente dos tipos de analogía: la primera es aquella en la cual se distingue un analogado principal y diversos analogados secundarios. Los analogados son los seres a los cuales el concepto análogo se aplica. El analogado principal es el ser en el cual las perfecciones contenidas en el analogado principal se realizan intrínsecamente, en tanto que en los analogados secundarios tales perfecciones no se realizan intrínsecamente, aunque a ellos también se les aplica el concepto análogo. El ejemplo clásico es aquel de la salud, que se aplica propiamente a un organismo en tanto que se aplica análogamente a un clima, a un alimento, al color de una persona o a una lectura, etc. Es claro que solo en el caso del organismo la salud se realiza propiamente, en tanto en los otros casos sólo se realiza de manera impropia o metafórica. Y a ellos se aplica por la relación que tienen con ella, ya sea que la produzcan (caso del clima o del alimento) o que la manifiesten (caso del color). En todo caso, si llegase a desaparecer el analogado principal dejaría de aplicarse a los analogados secundarios.

La segunda clase de analogía es la de proporcionalidad, la que designa una proporción o relación que se realiza de manera propia o intrínseca tanto en el analogado principal como en los analogados secundarios. El ejemplo que recuerda el Lic. Efraín es el concepto de ser que implica una relación entre la esencia (essentia) de un ser (ente) con su propia existencia (esse). Y de este modo la criatura es a su ser lo que Dios es a su ser; la substancia es a su ser lo que el accidente es al suyo. En este caso las diferentes significaciones no están ligadas por fuera, gracias a un acercamiento accidental, sino por dentro, en virtud de la correspondencia de su estructura. Así el ser (ente) dice siempre el ejercicio, por un sujeto, del existir (esse) que le conviene, esto es, proporción de esencia (essentia) y existir (esse), se concibe que su significación varíe, puesto que, en cada caso, el existir (esse) está en adecuación con el sujeto.

Lo anterior permite afirmar que el término y el concepto de Derecho se caracterizan por poseer una analogía de atribución. Aquello que constituye la razón por la cual existen diversas interpretaciones del Derecho es precisamente en razón de aquello que se considera el analogado principal del mismo, pues solamente en él éste se realiza propiamente, en tanto que en los analogados secundarios sólo se presenta de manera impropia o metafórica, por su relación con el analogado principal. "Quienes sostienen que la norma jurídica es el analogado principal deben considerar que en ella se da la esencia del derecho y sólo ella es el derecho; la facultad, la ciencia y la justicia no son derechos, sino que se relacionan con él. De manera semejante, los que consideran que lo justo es el analogado principal atribuyen a este *ius* objetivo la esencia del derecho y conciben la norma, la ciencia y la justicia como relacionados con el derecho, pero sin serlo".

La respuesta que se da a esta importante decisión permite recordar que, si se tiene presente la manera como la generalidad de los seres humanos tiene relación con el derecho, aquello que se descubre en esta vivencia común del ser humano apunta hacia el derecho como facultad de cada quien sobre lo suyo, hacia la justicia como respeto recíproco a esa facultad. Este dato de la experiencia común es fundamental, pues una filosofía realista se caracteriza por no ser otra cosa sino la confirmación razonada y crítica de lo que el sentido común nos entrega. Otras

posiciones intelectuales llevarán a cambiar ese dato fundamental y, sobre todo si se encuentran instaladas en una concepción idealista, se tenderá a afirmar la primacía de la norma jurídica como analogado principal y "de la cual se derivan, *more geométrico,* los demás derechos en un teorema exageradamente racional y deductivo, con escasa consideración de los hechos reales de la vida".

Una posición diferente es aquella que sostiene que lo justo objetivo es el analogado principal del derecho, es decir, la situación objetiva justa, pero "la justicia *(ius)* en cuanto tal no se puede predicar más que de los actos justos de una persona o de la persona que hace tales actos, pero no de una situación objetiva que no puede ser sujeto de virtud".

Por ello el Lic. González Morfín sostiene que el analogado principal del concepto de derecho sólo se da propiamente en la persona, en la misma potestad o facultad jurídica de la persona, única que tiene la capacidad para exigir de manera auténtica algo a otras personas. Ello "prohíbe llamar exigencias en sentido adecuado a los 'clamores de justicia' que broten de situaciones impersonales".El derecho tiene un carácter eminentemente personal y esto abre la vía a una visión antropológica de hondas consecuencias.

Ante todo, una concepción de la persona en la cual ésta es considerada como una realidad espiritual unida de manera profunda, substancial, a *la* materia, de manera que le corresponden como propios una serie no sólo de bienes físicos o materiales, sino de todos aquellos también de naturaleza espiritual que requiere el ser humano para realizar sus capacidades y poder alcanzar su fin. Todos estos bienes los debe lograr en sociedad, en la medida en que su ser es naturalmente social, viviendo ordenadamente y con normas reguladoras que permitan alcanzar, a la sociedad y al hombre en sociedad, aquellos que son sus bienes o perfecciones propias.

Por otra parte, al estar atravesado radicalmente por la temporalidad, el ser humano es esencialmente un ser histórico y debe vivir y alcanzar su perfección en el tiempo. Sólo a través de una atenta percepción de aquello que se le revela en el tiempo como exigido por su propio ser y finalidad podrá el ser humano realizar su destino.

Ello significa que la norma jurídica no puede ser algo únicamente formal, sujeta y caracterizada únicamente por una forma determinada, sino que debe integrar propiamente elementos materiales que se revelan en el curso del tiempo y de la historia. El mundo de la norma jurídica no puede ser aquel de la vacía intemporalidad, sino que debe reflejar las características y exigencia de justicia que sólo se descubren en el transcurrir de la historia.

Claro que esto significa, en una visión realista, que no es el ser humano el que crea o produce los objetos de su conocimiento, sino que estos objetos de la actividad cognoscitiva le son independientes y existen con su consistencia propia. El ser humano necesita producir aquellos pensamientos que le permiten conocer la realidad que le rodea, pero tales pensamientos producidos por el sujeto cognoscente no pueden ser identificados con los objetos conocidos.

Es de este modo que el derecho como facultad moral de la persona sobre lo suyo sirve de base al orden de prioridades establecidas en derecho.

Por todo ello, "si se sostiene que el *princeps analogatum* es la norma, se hace posible el riesgo de proponer un esquema finalista impersonal y despersonalizador del universo y de la existencia humana. La persona humana quedaría al servicio de formulaciones normativas, en las cuales no se percibe con claridad decisiva la presencia de la persona, autora y destinataria del orden jurídico en la sociedad. La lógica interna de tal posición desconectaría las normas y las personas y podría proponer una finalización racionalista e inhumana de la existencia. Por otra parte, no se ve cómo podría vitalizarse este esquema del derecho mediante datos de la realidad humana e histórica para sujetar la norma al servicio de la solución de los problemas humanos".

Por otra parte, al considerar la aspiración del derecho a la realización de la justicia, es necesario recordar que ésta es, ante todo, una virtud o perfección propia del ser humano. A ella hace referencia la clásica definición que señala que es una voluntad constante y permanente de dar a cado quien lo suyo, lo que le corresponde. Las normas jurídicas, "elaboradas por las personas justas y encaminadas a promover la realización de la justicia en la conductas personales y en la sociedad son justas en cuanto expresan los requerimientos del comportamiento justo, pero en sí misma no son propiamente justas, es decir, no tienen la justicia como constitutivo de su esencia".

La posición consistente en afirmar a la norma jurídica como único analogado en el cual el derecho se realiza propia o intrínsecamente, puede llegar, y ha llegado, a concebir a la norma jurídica no sólo por su forma sino a negar cualquier especie de relación necesaria entre la misma y la justicia. En ese caso se considera que la justicia es 'meta jurídica', no tiene nada que ver necesariamente con la justicia. "Por ello, cuando alguien hace la opción fundamental en favor de la justicia, decide ejercitar justamente la potestad moral sobre lo suyo, obedecer las normas justas y configurar lo justo objetivo como situación existencial concreta del mundo humano".

La posición tomada en favor del derecho concebido ante todo como facultad del individuo conduce a consideraciones prácticas. La primera de permite ver que la posición adoptada por el Li. González Morfín se encuentra en plena consonancia con los desarrollos contemporáneos del derecho Internacional. A ello se hace referencia cuando dice que "el problema [de la determinación del analogado principal del concepto de derecho] se manifiesta con perfiles especiales en el derecho internacional público, obligado a afirmar tanto la base de naturaleza humana común como la relación social concreta con el consiguiente orden jurídico". Es lo que sostiene el juez de la Corte Internacional de Justicia, D. Antonio A. Cançado Trindade al afirmar que "las consideraciones básicas de humanidad están, de hecho, omnipresentes en la totalidad del *corpus juris* del Derecho Internacional contemporáneo".

Aplicación igualmente concreta y práctica se vio en la vida del Lic. Efraín González Morfín, que le llevó a desarrollar una práctica política en la cual afirmó siempre que, en la vida social y política de los pueblos "los conflictos deben estar siempre regidos por principios superiores de justicia y de bien común. No es pues, el conflicto por el conflicto lo que vale. Es que, dada la naturaleza humana, origen de discrepancias legítimas, el conflicto brota como resultado espontáneo de la vida en ejercicio y con igual naturalidad debemos reconocer la personalidad de los contrincantes y defender la justicia, la equidad y el bien común en la lucha política, social y económica".

De manera semejante, en las diferentes posiciones relativas a la naturaleza y papel de la Economía en la vida humana, su afirmación fundamental fue siempre la misma: "La economía (…) no puede tener otro fin sino la realización del ser humano, sujeto y destinatario de la economía, mediante la satisfacción ordenada de necesidades humanas…(y) si no tenemos noción de la naturaleza y del destino del ser humano, no podemos tener una idea adecuada de la necesidad humana, que debe ser satisfecha por la economía".

Esta visión integral del ser humano le sostuvo en la importante labor dedicada a la educación, ya que "la tarea educativa, actualización de capacidades humanas, carece de orientación y rumbo, si no parte de determinada concepción de naturaleza, origen y destino de los seres humanos".

Como se ve, la Filosofía del Derecho así asumida es radicalmente humanista: tiene al ser humano como inicio y fin de sus consideraciones, un ser material y espiritual, inserto y actuante en la historia, abierto y en relación vital con sus semejantes y con Dios.

Tal es el mensaje que el Lic. Efraín González Morfín ha dejado como rico legado a su familia, amigos, colegas y a México en general. Tales son algunas de las doctrinas sostenidas por el P. Dr. Miguel Villoro Toranzo y Efraín González Morfín que constituyen tesoros que deben estar siempre presentes en la labor de la Universidad Iberoamericana.

BIBLIOGRAFÍA

Cançado Trindade Antonio Augusto, *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium,* Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2ª ed., 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 16 (OC-16) del 1 de octubre de 1999 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18 (OC-18) del 17 de septiembre de 2003 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*.

Enciclopedia UDG, artículo Efraín González Luna Morfín, tomó V, Los universitarios contemporáneos (1925-2017), http://enciclopedia.udg.mx/biografías/gonzalez-luna-morfin-efrain, fecha de consulta 28 noviembre 2019.

González Morfín Efraín *Temas de Filosofía del Derecho,* México, 2ª ed., Limusa, UIA-Noriega, 2004.

-------- *Solidarismo,* México, Ediciones de Acción Nacional, 1974.

-------- *Cuestiones Económicas Fundamentales,* México, Limusa, 1989.

-------- *La Educación, Visión y Mensaje,* Guadalajara, Secretaría de Educación del Estado de Jalisco, 2000.

Henkel Heinrich, *Introducción a la Filosofía del Derecho,* Madrid, Taurus, 1968.

Ledesma Uribe José de Jesús, *La historia del Departamento de Derecho de la UIA,* en *50 Años. La enseñanza del Derecho en la Universidad Iberoamericana,* México, UIA, 2002.

Maritain Jacques, *Les Degrés du Savoir* en Oeuvres Complètes, vol. III, Fribourg Suisse, Editions Universitaires, 1983.

Montagnes Bernard, *La doctrine de l'analogie de l'être d'après Saint Thomas d'Aquin,* Louvain/Paris, Publications Universitaires/Beatrice-Nauwelaerts, 1963.

Pasukanis Evgeny B., *La théorie générale du droit et le marxisme,* Barcelona, Labor, 1977.

Ruiz de Santiago Jaime, *Aspects juridiques des mouvements forcés de personnes*, Recueil des Cours 393. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2018;

-------- *La evolución de la enseñanza del Derecho en la última década. El testimonio de la Universidad Iberoamericana,* en *50 Años. La enseñanza del Derecho en la Universidad Iberoamericana,* México, UIA, 2002;

Varios, *Homenaje al Dr. Miguel Villoro Toranzo,* México, Universidad Iberoamericana, 1991;

Villoro Toranzo Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2ª ed., 1974;

-------- *Las relaciones jurídicas*, México, Jus, 1976;

-------- *La Justicia como vivencia,* México, Jus, 1979.

-------- *El artículo 1 del anteproyecto del código civil ante la teoría del derecho,* México, UIA, Revista Jurídica, n. 11, 1979.

-------- *Concepto del derecho y teoría general del derecho,* México, Revista de la Facultad de Derecho de México, vol. 28 (ns. 127-129), 1983.

-------- *Teoría general del derecho*, México, Porrúa, 1989.

José de Jesús Ledesma Uribe, *La historia del Departamento de Derecho de la UIA,* en *50 Años. La enseñanza del Derecho en la Universidad Iberoamericana (*México, UIA, 2002), 62.

Jaime Ruiz de Santiago, *La evolución de la enseñanza del Derecho en la última década. El testimonio de la Universidad Iberoamericana,* en *op. cit.*, 107.

Hay diversas obras que narran este importante proceso, entre las cuales me limito a mencionar la de José de Jesús Ledesma, *op. cit.*, 17-94, y Jaime Ruiz de Santiago, *op. cit.*, 97-118.

Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del Derecho* (México, Porrúa, 2ª ed., 1974).

Miguel Villoro Toranzo, cit., 3-127.

Idem, 127-130.

Idem, 106.

Idem, 67.

Idem, 59.

Idem, 128.

Idem, 129.

El texto del curso ha sido recogido y profundizado en la obra del mismo autor, Antonio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium* (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2ª ed. 2013).

Antonio Augusto Cançado Trindade, *op. cit.*, 16.

Jaime Ruiz de Santiago, *Aspects juridiques des mouvements forcés de personnes*, 393 Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2018), sobre todo 439 ss.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 16 (OC-16) del 1 de octubre de 1999 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18 (OC-18) del 17 de septiembre de 2003 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados.*

OC-16, voto concurrente del Juez Antonio A. Cançado Trindade, núm. 5.

Idem, núm. 14.

OC-18, voto concurrente del Juez Antonio A. Cançado Trindade, núm., 28.

Lo que aparece por ejemplo en su artículo *El artículo 1 del anteproyecto del código civil ante la teoría del derecho,* (México, UIA, Revista Jurídica, No. 11, 1979), 443-454, al igual que en *Concepto del derecho y teoría general del derecho,* (México, Revista de la Facultad de Derecho de México, vol. 28 (Nos. 127-129), 1983), 355-379.

Miguel Villoro Toranzo, *Teoría general de Derecho (*México, Porrúa, 1989).

Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, 1.

Idem, 7.

Idem, 11.

Idem, 19.

Miguel Villoro Toranzo, *La Justicia como vivencia* (México, Jus, 1979).

L. I, I, 1.

Miguel Villoro Toranzo, *Teoría General del Derecho*, *op. cit.*, 56.

Heinrich Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid, Taurus, 1968).

Evgeny B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme* (Barcelona, Labor, 1977).

Miguel Villoro Toranzo, *Teoría general del derecho, op. cit.*, 78.

Idem, 119.

Idem, 163.

José de Jesús Ledesma Uribe, *op. cit.*

Temas de Filosofía del Derecho (México, *2ª* ed., Limusa, UIA-Noriega, 2004).

Efraín González Morfín, *Analogía. Ser del Derecho y Ser de la Sociedad,* en *Temas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, 123.

Idem, 124.

Idem, 126.

Idem, 128.

Idem, 129.

Idem, 136-137.

Idem, 137.

Idem, 138.

Idem, 158.

."Basic considerations of humanity are, in fact, omnipresent in the whole *corpus juris* of contemporary International Law". Más adelante el autor precisa que "The cultivation of basic considerations of humanity, as an early step in the construction of a new *jus gentium* restoring to human beings and humankind the central position that is theirs, is bound gradually to equip International Law so as to be able to respond to contemporary challenges that it is faced with". Cfr. Antonio A. Cançado Trindade en la obra ya citada que recoge y amplía el curso impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 2005, *op. cit.*,. 395.

Efraín González Morfín, (México, *Solidarismo,* Ediciones de Acción Nacional), 1974, 14.

Efraín González Morfín, *Cuestiones Económicas Fundamentales* (México, Limusa, 1989), 23.

Efraín González Morfín, *La Educación, Visión y Mensaje* (Guadalajara, Secretaría de Educación del Estado de Jalisco, 2000), 27. José de Jesús Ledesma Uribe, *La historia del Departamento de Derecho de la UIA,* en *50 Años. La enseñanza del Derecho en la Universidad Iberoamericana (*México, UIA, 2002), 62.

Jaime Ruiz de Santiago, *La evolución de la enseñanza del Derecho en la última década. El testimonio de la Universidad Iberoamericana,* en *op. cit.*, 107.

Hay diversas obras que narran este importante proceso, entre las cuales me limito a mencionar

la de José de Jesús Ledesma, *op. cit.,* 17-94, y Jaime Ruiz de Santiago, *op. cit.*, 97-118.

Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del Derecho* (México, Porrúa, 2ª ed., 1974).

Miguel Villoro Toranzo, cit., 3-127.

Idem, 127-130.

Idem, 106.

Idem, 67.

Idem, 59.

Idem, 128.

Idem, 129.

El texto del curso ha sido recogido y profundizado en la obra del mismo autor, Antonio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium* (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2ª ed. 2013).

Antonio Augusto Cançado Trindade, *op. cit.*, 16.

Jaime Ruiz de Santiago, *Aspects juridiques des mouvements forcés de personnes*, 393 Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2018), sobre todo 439 ss.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 16 (OC-16) del 1 de octubre de 1999 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18 (OC-18) del 17 de septiembre de 2003 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados.*

OC-16, voto concurrente del Juez Antonio A. Cançado Trindade, núm. 5.

Idem, núm. 14.

OC-18, voto concurrente del Juez Antonio A. Cançado Trindade, núm., 28.

Lo que aparece por ejemplo en su artículo *El artículo 1 del anteproyecto del código civil ante la teoría del derecho,* (México, UIA, Revista Jurídica, No. 11, 1979), 443-454, al igual que en *Concepto del derecho y teoría general del derecho,* (México, Revista de la Facultad de Derecho de México, vol. 28 (Nos. 127-129), 1983),355-379.

Miguel Villoro Toranzo, *Teoría general de Derecho (*México, Porrúa, 1989).

Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, 1.

Idem, 7.

Idem, 11.

Idem, 19.

Miguel Villoro Toranzo, *La Justicia como vivencia* (México, Jus, 1979).

L. I, I, 1.

Miguel Villoro Toranzo, *Teoría General del Derecho*, *op. cit.*, 56.

Heinrich Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid, Taurus, 1968).

Evgeny B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme* (Barcelona, Labor, 1977).

Miguel Villoro Toranzo, *Teoría general del derecho, op. cit.*, 78.

Idem, 119.

Idem, 163.

José de Jesús Ledesma Uribe, *op. cit.*

Temas de Filosofía del Derecho (México, *2ª* ed., Limusa, UIA-Noriega, 2004).

Efraín González Morfín, *Analogía. Ser del Derecho y Ser de la Sociedad,* en *Temas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, 123.

Idem, 124.

Idem, 126.

Idem, 128.

Idem, 129.

Idem, 136-137.

Idem, 137.

Idem, 138.

Idem, 158.

."Basic considerations of humanity are, in fact, omnipresent in the whole *corpus juris* of contemporary International Law". Más adelante el autor precisa que "The cultivation of basic considerations of humanity, as an early step in the construction of a new *jus gentium* restoring to human beings and humankind the central position that is theirs, is bound gradually to equip International Law so as to be able to respond to contemporary challenges that it is faced with". Cfr. Antonio A. Cançado Trindade en la obra ya citada que recoge y amplía el curso impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 2005, *op. cit.,*. 395.

Efraín González Morfín, (México, *Solidarismo,* Ediciones de Acción Nacional), 1974, 14.

Efraín González Morfín, *Cuestiones Económicas Fundamentales* (México, Limusa, 1989), 23.

Efraín González Morfín, *La Educación, Visión y Mensaje* (Guadalajara, Secretaría de Educación del Estado de Jalisco, 2000), 27.

NOTAS

1. José de Jesús Ledesma Uribe, *La historia del Departamento de Derecho de la UIA,* en *50 Años. La enseñanza del Derecho en la Universidad Iberoamericana (*México, UIA, 2002), 62.
2. Jaime Ruiz de Santiago, *La evolución de la enseñanza del Derecho en la última década. El testimonio de la Universidad Iberoamericana,* en *op. cit.*, 107.
2. Hay diversas obras que narran este importante proceso, entre las cuales me limito a mencionar la de José de Jesús Ledesma, op. c*it.,* 17-94, y Jaime Ruiz de Santiago, *op. cit.*, 97-118.
4. Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del Derecho* (México, Porrúa, 2ª ed., 1974).
5. Miguel Villoro Toranzo, cit., 3-127.
6. Idem, 127-130.
7. Idem, 106.
8. Idem, 67.
9. Idem, 59.
10. Idem, 128.
11. Idem, 129.
12. El texto del curso ha sido recogido y profundizado en la obra del mismo autor, Antonio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium* (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2ª ed. 2013).
12. Antonio Augusto Cançado Trindade, *op. cit.*, 16.
13. Jaime Ruiz de Santiago, *Aspects juridiques des mouvements forcés de personnes*, 393 Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2018), sobre todo 439 ss.
14. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 16 (OC-16) del 1 de octubre de 1999 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.*
15. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18 (OC-18) del 17 de septiembre de 2003 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados.*
16. OC-16, voto concurrente del Juez Antonio A. Cançado Trindade, núm. 5.
17. Idem, núm. 14.
18. OC-18, voto concurrente del Juez Antonio A. Cançado Trindade, núm., 28.
19. Lo que aparece por ejemplo en su artículo *El artículo 1 del anteproyecto del código civil ante la teoría del derecho,* (México, UIA, Revista Jurídica, No. 11, 1979), 443-454, al igual que en *Concepto del derecho y teoría general del derecho,* (México, Revista de la Facultad de Derecho de México, vol. 28 (Nos. 127-129), 1983),355-379.
10. Miguel Villoro Toranzo, *Teoría general de Derecho (*México, Porrúa, 1989).
21. Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, 1.
22. Idem, 7.
23. Idem, 11.
24. Idem, 19.
25. Miguel Villoro Toranzo, *La Justicia como vivencia* (México, Jus, 1979).
26. L. I, I, 1.
27. Miguel Villoro Toranzo, *Teoría General del Derecho*, *op. cit.*, 56.
28. Heinrich Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid, Taurus, 1968).
29. Evgeny B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme* (Barcelona, Labor, 1977).
30. Miguel Villoro Toranzo, *Teoría general del derecho, op. cit.*, 78.
31. Idem, 119.
32. Idem, 163.
33. José de Jesús Ledesma Uribe, *op. cit.*
34. *Temas de Filosofía del Derecho* (México, *2ª* ed., Limusa, UIA-Noriega, 2004).
35. Efraín González Morfín, *Analogía. Ser del Derecho y Ser de la Sociedad,* en *Temas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, 123.
36. Idem, 124.
37. Idem, 126.
38. Idem, 128.
38. Idem, 129.
40. Idem, 136-137.
41. Idem, 137.
42. Idem, 138.
43. Idem, 158.

44. "Basic considerations of humanity are, in fact, omnipresent in the whole *corpus juris* of contemporary International Law". Más adelante el autor precisa que "The cultivation of basic considerations of humanity, as an early step in the construction of a new *jus gentium* restoring to human beings and humankind the central position that is theirs, is bound gradually to equip International Law so as to be able to respond to contemporary challenges that it is faced with". Cfr. Antonio A. Cançado Trindade en la obra ya citada que recoge y amplía el curso impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 2005, *op. cit.*,. 395.
45. Efraín González Morfín, (México, *Solidarismo,* Ediciones de Acción Nacional), 1974, 14.
46. Efraín González Morfín, *Cuestiones Económicas Fundamentales* (México, Limusa, 1989), 23.
47. Efraín González Morfín, *La Educación, Visión y Mensaje* (Guadalajara, Secretaría de Educación del Estado de Jalisco, 2000), 27.

NATURE CONSERVATION IN TRADITIONAL LANDS: RECONCILING ENVIRONMENTAL CONCERNS WITH THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES

Luísa Helena Lemos da Cruz
LL.M. in Public International Law from Leiden University; B.A. in International Relations from the University of Brasília.

ABSTRACT

This article analyses the apparent conflict between environmental protection and the interests of indigenous peoples generated by the pillars of the fortress approach to nature conservation areas. This approach has historically forced the displacement of indigenous peoples from their lands, therefore violating their rights, especially the rights to property and development. This article demonstrates that the African Court of Human Rights and the Inter-American human rights mechanisms have already asserted the compatibility between the concerns with environmental protection materialized in the creation of conservation areas and the rights of indigenous peoples since they carry out a respectful and sustainable relationship with the land and with natural resources. This rationale has permeated international policy regarding environmental protection, provoking a shift to a conservation approach concerned with the rights of indigenous peoples.

Keywords

Indigenous peoples; conservation areas; environmental protection; right to property; right to development; regional human rights mechanisms; sustainable development.

1. CONSERVATION AREAS: THE NEGATIVE IMPACTS OF A TRADITIONAL APPROACH

The World Commission on Environment and Development underscored in 1987 the trend of unsound exploitation of natural resources causing undesirable impacts on the environment. This pattern of development, which ignores the limits of the environment to absorb human activities and recover itself, could not be infinitely maintained.

In this scenario, the international community has engaged in formulating a new concept that could overcome the tensions arising from a pattern of economic growth which has been undermining social advances and ecological preservation. Under the framework of sustainable development, environmental concerns and development have been interconnected as they depend on each other to significantly contribute to human welfare. In that sense, the preservation of the environment is indispensable for the achievement of a reasonable social and economic development.

Regarding that "environmental protection is thus inherent in the concept of sustainable development", conservation measures are essential for safeguarding the sustainability of natural resources and underpinning vital life processes that are essential for the maintenance of ecosystems. A priority dimension of conservation efforts has been the protection of biodiversity.

On the occasion of the Conference on Environment and Development in 1992, the international community agreed to establish an international legal framework to address the imperative concern with biodiversity protection, consolidated in the Convention on Biological Diversity. Among many strategic measures to preserve the environment, protected areas stand out as one the Convention encourages the state parties to undertake to advance the protection of natural diversity. Within the

scope of this international treaty, a protected area comprises "a geographically defined area which is designated or regulated and managed to achieve specific conservation objectives". This international treaty determines that state parties shall implement conservation areas in order to protect biological diversity within their territories.

The Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity adopted in 2010 the revised Strategic Plan for Biodiversity. It provides twenty targets that should be met by States until 2020. As Target 11, States must coordinate conservation measures involving the establishment of protected areas to preserve "17 percent of territorial and inland water areas". Protected areas were also incorporated into targets of the Sustainable Development Goal 15 which addresses the issue of sustainable use of natural resources and protection of ecosystems.

In this sense, States have commonly resorted to the establishment of conservation areas as a strategic measure to meet their commitment to the protection of the environment. Albeit these initiatives are advanced to preserve features of the Earth's ecosystems, their implementation has not been immune to provoking negative consequences, especially due to the manner States have managed to institute these protected areas.

The establishment of conservation areas is a recent practice, though it became a central measure within conservation policy. Since the establishment of the first protected area – the Yosemite Park in 1864 -, a traditional paradigm, known as 'fortress conservation', has prevailed, which considers that a protected area needs to be isolated from any kind of human activity due to its harmful character. This approach does not take into consideration the beneficial role of indigenous people in environmental preservation. Historically, lands targeted to become conversation areas have been expropriated, involving the forced displacement of indigenous people, and placed under State management. Such perception over conservation efforts has caused serious infringements to the rights of indigenous peoples.

The institution of protected areas without due concern to indigenous peoples who live in these territories has prejudicially interfered with their relationship with traditional lands. These reserves have constantly forced indigenous communities to leave their ancestral lands. Without access to the territories, their rights to practice cultural and spirituals traditions are also impaired. Where indigenous populations were authorized to remain on their lands, infringement to their rights has also been observed due to severe restrictions to livelihood: prohibitions on hunting and extraction of relevant plants to indigenous cultural traditions or impediments to pastoralist and agricultural practices.

To understand the scope of the impact conservation areas has upon the rights of indigenous peoples, it is paramount to refer to the role of land within their universe. In this context, International Law has evolved to safeguard the special bound indigenous peoples have with traditional territories through the content of specific rights concerning the property and natural resources.

2. INDIGENOUS PEOPLES AND THE VALUE OF TRADITIONAL LANDS

The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (hereinafter, Declaration) is the outcome of a wide international process to recognize the rights of these peoples who have for so long remained invisible to domestic legal frameworks as well as to International Law. Previous efforts to set standards of protection were led by the International Labour Organization (ILO), which adopted the Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (Convention No. 169). Although only 23 States have ratified this ILO Convention, it ignited the debate within the United Nations over the rights of indigenous peoples, culminating in the adoption of the Declaration.

The Declaration has consolidated the international arena as a strategic forum to tackle indigenous peoples' historical plights. Its preamble recognizes the recurrent harms inflicted on indigenous peoples, specifically due to the removal of traditional lands, which has "prevent[ed] them from exercising, in particular, their right to development in accordance with their own needs and interests".

The Declaration pronounces that indigenous peoples, collectively and individually, are entitled to all human rights enshrined in international human rights treaties. Through its

provisions, these rights are, then, read under the social, economic, and cultural circumstances in which indigenous peoples live. Albeit its non-binding nature, the Declaration comprises authoritative guidance for interpreting rights in regard to indigenous peoples' particularities.

Traditional lands are a communal tenure for indigenous peoples. Hence, the whole community is entitled to enjoy the environment surrounding them as much as all are responsible for taking care of it on behalf of the group and future generations. Thus, of particular relevance was the recognition, within the Declaration, of the special attachment indigenous peoples have to the land by affirming their collective rights to the lands. In that sense, the Declaration affirms that "indigenous peoples have the right to the lands, territories, and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired". This encompasses more than the traditional right to property but indeed the protection to the indigenous peoples' way of life, which is strongly attached to traditional territories. The Declaration even provides for in article 26 their right "to maintain and strengthen their distinctive spiritual relationship" with their traditional lands and natural resources.

Besides the economic livelihood dependency, indigenous peoples' spirituality, cultural identity, and social organization are rooted in this profound relationship with the land. This is better expressed in the words written down in the Kimberley Declaration:

Our lands and territories are at the core of our existence; we are the land and the land is us; we have a distinct spiritual and material relationship with our lands and territories and they are inextricably linked to our survival and the preservation and further development of our knowledge systems and cultures, conservation and sustainable use of biodiversity and ecosystem management.

Therefore, their rights to lands, territories, and resources comprise a fundamental pillar for their development. In that sense, these rights, jointly with the right to self-determination, have been remarked as central for safeguarding all other rights of indigenous peoples. In this regard, the deprivation of access and use of traditional lands leads to the impoverishment of indigenous communities and, consequently, the undermining of a range of human rights.

The Declaration protects indigenous peoples from being forcibly evicted from their lands. Their displacement is permitted under the Declaration only when they, after consulted, give free, prior, and informed consent to their relocation and it is conditioned to fair compensation for the loss indigenous communities will suffer. The Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) underscored in the case *Chitay Nech et al* the negative effects forced displacement could entail to indigenous peoples: it results in "plac[ing] them in a special situation of vulnerability, that for its destructive consequences regarding their ethnic and cultural fabric, generates a clear risk of extinction and cultural or physical rootlessness of the indigenous groups".

Significantly, land-connected rights specified in the Declaration also encompass a right to natural resources. The Declaration has advanced the previous stance adopted in the ILO Convention No. 169 – which refers only to the right to use natural resources – and stood for the interests of indigenous groups by affirming the right to use, own and control natural resources. The IACtHR has adopted the same rationale by encapsulating the right to natural resources into the right to property (art. 21) enshrined in the American Convention. It expressed this discernment in the case *Saramaka People v. Suriname*:

> the right to use and enjoy their territory would be meaningless in the context of indigenous and tribal communities if said right was not connected to the natural resources that lie on and within the land. …. This connectedness between the territory and the natural resources necessary for their physical and cultural survival is precisely what needs to be protected under Article 21 of the Convention to guarantee the members of indigenous and tribal communities' right to the use and enjoyment of their property.

The indigenous peoples' rights over land, however, do not originate in similar terms to the common notion of land tenure, based on State recognition through a formal title; rather, indigenous groups' ownership over territories is determined through the traditional use and occupation of these lands. In circumstances of forced eviction or transference of lands to third parties without the indigenous peoples'

consent, they still uphold rights over the lands and, thus, have the right to redress. This right requires the restitution of lands to indigenous peoples as the first measure. Where "this is not possible, just, fair and equitable compensation" ought to be provided for indigenous groups. This compensation should be carried out through the grant of other territories "of equal extension and quality…chosen by agreement with the members of the indigenous peoples".

Large-scale projects of exploitation of natural resources have been the constant source of violations to the indigenous peoples' rights to traditional lands and natural resources. Unexpectedly, these rights have also been infringed by conversation initiatives established within traditional territories. The fortress conservation approach to protected areas has generated tensions with the interests of indigenous peoples since it ignores the sustainable and special bond these peoples carry with the land.

The Declaration recognizes in its article 29 the role of indigenous communities in preserving the environment to such an extent that this provision safeguards a right of these peoples to "the conservation and protection of the environment and the productive capacity of their lands or territories and resources". In this sense, the case-law of regional human rights courts has demonstrated that conservation efforts do not require a compromise of indigenous peoples' needs.

3. REGIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM'S RESPONSE: A COMPATIBILITY APPROACH

The negative impacts of conservation efforts in the rights of indigenous peoples have already been under scrutiny of regional human rights mechanisms. The African human rights system found, in two distinct cases, that the Kenyan State had violated several rights of indigenous peoples after the creation of conservation areas within their traditional lands.

The first case, brought before the African Commission on Human Rights, involves the forced displacement of the Endorois community in 1973 from its ancestral lands for the establishment of a game reserve in the area. The African Commission determined that the eviction resulted in the violation of several rights of the Endorois people, among them, the right to property. According to article 14 of the African Charter, the right to property may be limited only for the reason of "public need or in the general interest of the community and accordance with the provisions of appropriate laws".

The Commission refused the State's argument that the removal of the Endorois people from their ancestral lands was justified by the common interest of environmental protection, asserting that "the Endorois – as the ancestral guardians of that land – are best equipped to maintain its delicate ecosystem". Hence, through this rationale, the impediments to the right to property of the Endorois community were not proportionate to the deemed public need in the case, environmental conservation.

The restitution of the ancestral lands to the Endorois people comprised one of the final recommendations of the African Commission to the Kenyan State, together with the recognition of the Endorois' rights to own these lands. The Commission observed that International Law does not accept the mere access of indigenous peoples to their traditional lands as this would maintain them under a vulnerable situation. As the IACtHR has established in the *Saramaka* case, *de jure* ownership is the only measure consistent with international law. Thus, the destination of the reserve to environmental conservation does not impede the restitution of the lands to the Endorois community with the legal recognition of ownership to this indigenous group.

The African Court, in the *Ogiek* case against the Kenyan State, similarly did not find conservation interests as a reasonable ground to infringe the rights of the Ogiek people. The Kenya Forestry Service issued in 2009 an eviction order to the Ogiek community to establish a reserved water catchment zone in the ancestral lands of the Mau Forest. The Court concluded that the removal of indigenous Ogiek people was not "necessary or proportionate to achieve the purported justification of preserving the natural ecosystem of the Mau Forest". The Kenyan State could not prove before the Court that the Ogiek hampered the preservation of the environment in the Mau Forest. In its final terms, the African Court ordered the State to "take all appropriate measures within a reasonable time frame to remedy all the violations". There is still pending a decision on reparations in this case.

Therefore, both decisions have concluded that the Kenyan State, whilst instituting the protected areas, acted in violation of the Endorois and the Ogiek peoples' rights to property (art. 14) and to freely dispose of natural resources (art. 21), besides other rights. Their eviction from ancestral lands constituted a measure that disregarded their entitlement to the lands and their reliance on the environment where they live. The deprivation of access to the lands also infringed these peoples' right to development. In the African Commission's view, the right to development involves substantive and procedural dimensions, which must be equally guaranteed to satisfy this right. The land deprivation caused a precarious situation for the Endorois people which had their means of livelihood damaged due to the lower quality of the lands to where they were displaced. Regarding the procedural element, the regional body deemed that the right to development entails the participation of indigenous peoples in the decision-making processes that may have an impact on their lives. The Kenyan State did not properly consult the Endorois people and did not obtain prior and informed consent before attributing the lands around the Lake Bogoria as a game reserve.

The State also violated the right of the Ogiek community to economic, social, and cultural development since the denial of access to their ancestral lands resulted in the undermining of Ogiek's way of life. Under the authoritative guidance of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, especially considering article 23, the Court affirmed that the forced displacement of Ogiek people restricted their ability to determine the means through which they could enjoy the right to development.

The Inter-American human rights system has been a reference in terms of safeguarding the rights of indigenous peoples. Amid many cases the IACtHR has received concerning indigenous peoples, it had to deal with the impact of conservation initiatives in the *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* case. It refers to the situation of Kaliña and Lokono peoples who lost access to their ancestral lands after Suriname authorities established three nature reserves within their lands. The case also involved the environmental effects of States' authorization to a mining operation in certain parts of Kaliña and Lokono's territory and the issuance of property titles over fractions of these lands to individuals.

This case is one among other cases in which the IACtHR held Suriname responsible for violations of indigenous peoples' rights. Hence, the *Kaliña and Lokono* case was not the first one in which the Court pointed out that the domestic legislation of Suriname does not recognize the juridical personality of the indigenous and tribal peoples living in Suriname's territory. This hampers the exercise of collective rights by these peoples, especially their collective right to property. Due to the absence of recognition of juridical personality to Kaliña and Lokono peoples, they have encountered many barriers to guarantee their right to property over their ancestral lands under Suriname's laws.

Regarding the centrality of the land and its resources to indigenous peoples, the IACtHR, within its indigenous peoples-related case law, has been relying on an interpretation of the right to property (art. 21) under the American Convention on Human Rights guided by the rights enshrined in common article 1 of the International Covenants and article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights. In terms of the Covenants' common article, which establishes the right to self-determination, peoples are entitled to "freely pursue their economic, social and cultural development". The latter provision refers to the right of minorities "to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language". About this provision, the Human Rights Committee observed that, for indigenous peoples, the enjoyment of their culture comprises "a way of life which is closely associated with territory and use of its resources".

Read in light of these rights specified in international human rights treaties, article 21 of the American Convention entails not only the possession of the property but also the enjoyment of the resources extracted from it and of the spiritual and cultural value of the lands, which are essential elements for indigenous peoples to live with dignity.

In *Kaliña and Lokono*, the Court noted, regarding its previous decision in *Salvador Chiriboga* case, that environmental protection may be legitimately invoked as a reason for a public interest which justifies limitations to the right to property. Whilst assessing whether the infringements imposed by the creation of the nature reserves to the rights of Kaliña

and Lokono peoples were proportionate, the IACtHR appraised that the establishment and management of protected areas should not entail the exclusion of indigenous peoples from these conservations efforts and from the lands since the interests of environmental conservation and of indigenous peoples are compatible. In the Court's reasoning:

> a protected area consists not only of its biological dimension but also of its socio-cultural dimension and that, therefore, it requires an interdisciplinary, participatory approach. Thus, in general, the indigenous peoples may play an important role in nature conservation, since certain traditional uses entail sustainable practices and are considered essential for the effectiveness of conservation strategies. Consequently, respect for the rights of the indigenous peoples may have a positive impact on environmental conservation. Hence, the rights of the indigenous peoples and international environmental laws should be understood as complementary, rather than exclusionary, rights.

Thus, there does not impede the access of indigenous peoples to conservation areas since the objective of these areas is not undermined by the activities of indigenous peoples as they are assumed to pursue the sustainable use of natural resources. To achieve compatibility between environmental conservation and indigenous peoples interests, the IACtHR remarked that States should consider and guarantee when establishing sanctuaries of nature preservation, the effective participation of indigenous peoples in the decisions regarding conservation areas; the access and use by the indigenous population of ancestral territories, and the destination of benefits from conservation to indigenous communities.

Taking into consideration these standards to achieve compatibility between nature protection and the rights of indigenous communities, the IACtHR ordered the Suriname State to ensure the Kaliña and Lokono peoples' "effective access, use and participation" in the nature reserves. Besides, the reparations from the *Kaliña and Lokono People*s case included the creation of a community development fund whose objective is to support projects which the indigenous communities deem relevant for their development.

The referred cases have shown that the regional human rights mechanisms consider that the noble purpose of environmental protection contained in the creation of nature reserves is not enough reason to impose severe restrictions on the rights of indigenous peoples over lands and natural resources. Contrary to the view advocated by the fortress conservation approach to protected areas, these interests are not in conflict and, as the IACtHR affirmed, States must reach a compatibility perspective about them. This rationale, ruled within the legal arena of these regional courts, have had resonance in the international policy concerning conservation areas.

4. NEW POLICY APPROACH TO CONSERVATION AREAS: INDIGENOUS PEOPLES AS RIGHTS-HOLDERS

The recognition that a new approach was necessary for the establishment of protected areas was reached in the 2003 World Parks Congress. This international forum is sponsored by the International Union for Conservation Nature (IUCN) which has been the leading organization in the articulation of international policy concerning conservation areas. On the occasion of the 2003 World Parks Congress, the participants agreed upon the Durban Accord – as a result of the presence and advocacy of around 150 representatives of indigenous peoples in the forum-, the final document of the Congress which reshaped the understanding of protected areas: instead of isolated havens for wildlife, they are pillars for achieving sustainable development through their capacity to sustain livelihoods. As such, the establishment and management of these areas must assimilate the needs and respect the rights of indigenous peoples. The new approach was integrated to the scope of the Convention on Biological Diversity as the Conference of the Parties stressed in 2004 that there should be an observance of the rights of indigenous peoples in the establishment and management of protected areas.

Meanwhile, the positive connection between indigenous peoples and environmental conservation has already been stated in several international documents. Principle 22 of the Rio Declaration on Environment and Development reinforces the importance of including indigenous people in decisions concerning

sustainable development strategies since they hold a "vital role in environmental management and development". Even the Convention on Biological Diversity is straightforward in terms of the positive contribution indigenous peoples aggregate to conservation initiatives, calling on States to "respect, preserve and maintain knowledge, innovations, and practice of indigenous and local communities embodying traditional lifestyle relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity".

The new paradigm for protected areas, more than recognizing the value of indigenous people's traditional knowledge and practice for improving conservation measures, has been centered in respect for the rights of indigenous peoples. This converges with the understanding that conservation is not only a principle that guides the indigenous peoples' interaction with the environment, it indeed comprises a right of indigenous groups, as codified in article 29 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Thus, when a State institutes conservation initiatives within traditional lands in the name of public interest, it has to do so in accordance with its duty to undertake measures that respect indigenous peoples' right to protection of the environment within their lands, ensuring that these communities also benefit from these preservation efforts.

5. CONCLUSION

The creation of protected areas under the terms of the fortress conservation approach has violated the indigenous peoples' right to the land and natural resources, which triggers a restriction to other rights to which they are entitled. Hence, the negative effects are comprehensive, undermining in an ultimate instance even the right to development, as it was bespoken in the cases of the African system of human rights. In its turn, the IACtHR emphasized the undeniable consequences the human rights violations had to the development of Kaliña and Lokono peoples within the case's reparations stage.

Whilst the African system detains specific self-standing rights whose justiciability is relevant for indigenous peoples, the Inter-American system has declared an innovative response to adequate the right to property to the indigenous reality, framing in its scope the rights to freely dispose of natural resources and development. Despite this distinction, the regional human rights mechanisms have underscored within their decisions the importance of the land to indigenous communities. Depriving them of access to traditional territories represents one of the gravest harms one could inflict to indigenous peoples. It entails the violation of the right to property, a central prerogative within the legal framework of protection to indigenous peoples, which is indispensable for the realization of other rights.

The three regional human rights mechanisms have concluded that the restrictions to the rights of indigenous peoples over their lands and natural resources were not proportionate to the public interest regarding environmental protection. Moreover, they observed that to foster environmental conservation through protected areas is not irreconcilable with the interests of indigenous peoples. On the contrary, due to their way of life and their strong relationship with the land and nature, conservation measures should be established in consonance and respect for the rights of indigenous peoples. This human rights paradigm for protected areas has been recently sought within conservation policies worldwide.

The pursuit of environmental protection without respect for human rights does not pave the way for sustainable development. Concerns over nature protection cannot overestimate the common interest of humankind to the detriment of the survival of indigenous peoples, especially when indigenous communities are the ones who could most contribute to maintaining our ecosystems protected.

BIBLIOGRAPHY

Alexandra Xanthaki and Steve Allen (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Hart Publishing 2011).

Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Decision VII/28: Protected Areas (13 April 2004), UNEP/CBD/COP/DEC/VII/28.

Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and Aichi Biodiversity Targets, COP 10 Decision X/2, Aichi Biodiversity Target 11.

IACHR, Report on Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System (2010) OEA/Ser.L/V/II.

ILA, New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development Resolution 3/2002, 70th Conference of the International Law Association (2002).

IUCN, Durban Accord, V World Parks Congress (2003).

Kimberley Declaration. International Indigenous Summit on Sustainable Development Khoi-San Territory, 20-23 August 2002.

Marcus Colchester, 'Indigenous Peoples and Protected Areas: Rights, Principles and Practice' [2003] 7(1) Nomadic Peoples New Series 33-51.

Marcus Colchester, 'Conservation policy and indigenous peoples' [2004] 7 Environmental Science & Policy145–153.

Mark Dowie, *Conservation refugees: the hundred-year conflict between global conservation and native peoples* (MIT press 2011).

Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (1987).

UN, Declaration of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio Declaration), 14 June 1992.

UN Human Rights Committee, General Comment No. 23: article 27 (rights of minorities), 8 April 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UNGA Res. 61/295 (13 September 2007) UN Doc A/RES/ 61/295.

UNGA, 'Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the rights of indigenous people' (29 July 2016) UN Doc A/71/229

UNGA, 'Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the Rights of Indigenous Peoples' (21 July 2017) A/72/186.

UN, Permanent Forum on Indigenous Issues, Report of the International Expert Group Meeting on the Theme "Conservation and the Rights to Indigenous Peoples", E/C.19/2019/7, 11 February 2019.

International Conventions

African Charter on Human and Peoples' Rights, (adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986) OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58.

Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79.

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 19 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3.

Case Law

African Commission on Human Rights and Peoples' Rights v. the Republic of Kenya, Application No. 006/2012 (26 May 2017).

Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 276/2003.

Chitay Nech et al v. Guatemala, Inter-American Court of Human Rights Series C No. 212 (25 May 2010).

Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname (merits, reparations, and costs) Inter-American Court of Human Rights Series C No 309 (25 November 2015).

Moiwana Community v. Suriname (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)

Inter-American Court of Human Rights Series C No. 124 (15 June 2005).

Saramaka People v. Suriname, Inter-American Court of Human Rights Series C No. 172 (28 November 2007).

Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Inter-American Court of Human Rights Series C No. 146 (29 March 2006).

NOTES

1. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (1987) Ch. 1.
2. Ibid.
3. Ibid.
4. Ibid., para. 50.
5. Ibid., Ch. 6.
6. Convention on Biological Diversity (1992), art. 2.
7. Ibid., art. 8(a).
8. Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and Aichi Biodiversity Targets, COP 10 Decision X/2, Aichi Biodiversity Target 11.
9. UN, Sustainable Development Goal 15, targets 15.1 and 15.4.
10. Marcus Colchester, 'Indigenous Peoples and Protected Areas: Rights, Principles and Practice' [2003] 7(1) Nomadic Peoples New Series 33-51.
11. Marcus Colchester, 'Conservation policy and indigenous peoples' [2004] 7 Environmental Science & Policy 145–153; Mark Dowie, *Conservation refugees: the hundred-year conflict between global conservation and native peoples* (MIT press 2011).
12. Mark Dowie, *Conservation refugees* (MIT Press 2011).
13. UN, Permanent Forum on Indigenous Issues, Report of the International Expert Group Meeting on the Theme "Conservation and the Rights to Indigenous Peoples", E/C.19/2019/7, 11 February 2019.
14. UNGA, 'Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the rights of indigenous peoples' (29 July 2016) UN Doc A/71/229, para. 10.
16. United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UNGA Res. 61/295 (13 September 2007), arts. 11 and 12.
16. Dowie (n 12).
17. Jérémie Gilbert and Cathal Doyle, 'A New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent' in Alexandra Xanthaki and Steve Allen (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Hart Publishing 2011).
18. ILO Convention No. 169 replaced the first Convention adopted by ILO concerning indigenous peoples, Convention No. 107 (1957).
19. UN Declaration (n 15) Preamble.
20. See *African Commission on Human Rights and Peoples' Rights v. Republic of Kenya* (Ogiek judgement), Application No. 006/2012 (26 May 2017); *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname,* Inter-American Court of Human Rights Series C No 309 (25 November 2015).
21. Gilbert; Doyle (n 17).
22. UN Declaration (n 15), art. 26.
23. Stefania Errico, 'The Controversial Issue of Natural Resources: Balancing States' Sovereignty with Indigenous Peoples' Rights' in Stephen Allen; Alexandra Xanthaki (eds.) *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Hart Publishing 2011).
24. UN Declaration (n 15), art. 26.
25. Kimberley Declaration. International Indigenous Summit on Sustainable Development Khoi-San Territory, 20-23 August 2002.
26. UNGA, 'Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the Rights of Indigenous Peoples' (21 July 2017) A/72/186.
27. IACHR, Report on Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System (2010) OEA/Ser.L/V/II.
28. UN Declaration (n 15), art. 10.
29. *Chitay Nech et al v. Guatemala,* Inter-American Court of Human Rights Series C No. 212 (25 May 2010), para. 147.
30. UN Declaration (n 15), art. 26.
31. Gilbert; Doyle (n 17).
32. *Saramaka People v. Suriname,* Inter-American Court of Human Rights Series C No. 172 (28 November 2007), para. 122.
33. UN Declaration (n 15), art. 28.
34. *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay,* Inter-American Court of Human

Rights Series C No. 146 (29 March 2006), para. 135.

35. UN Declaration (n 15), art. 29.
36. African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 14.
37. *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya* (Endorois judgment), African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 276/2003, para. 235.
38. Ibid., para. 238.
39. Ibid., recommendation (a).
40. Ibid., para. 204.
41. *Saramaka People* (n 36).
42. *African Commission on Human Rights and Peoples' Rights v. Republic of Kenya* (Ogiek judgement), Application No. 006/2012 (26 May 2017).
43. Ibid., para. 130.
44. Ibid., para. 227, on merits, iii.
45. *Endorois* (n 41), para. 277.
46. Ibid.
47. Ibid.
48. *Moiwana Community v. Suriname,* Inter-American Court of Human Rights Series C No. 124 (15 June 2005); *Saramaka* (n 36).
49. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), art. 1; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 1.
50. ICCPR, art. 27.
51. UN Human Rights Committee, General Comment No. 23: article 27, 8 April 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, para. 3.2.
52. *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname,* Inter-American Court of Human Rights Series C No 309 (25 November 2015).
53. Ibid.
54. Ibid., para. 173.
55. Ibid.
56. Ibid., para. 286.
57. Ibid.
58. Colchester (n 11).
59. IUCN, Durban Accord, V World Parks Congress (2003).
60. Ibid.
61. Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Decision VII/28: Protected Areas (13 April 2004), para. 20.
62. UN, Rio Declaration on Environment and Development (1992), principle 22.
63. Convention on Biological Diversity (1992), art. 8(j).
64. UN Declaration (n 15), art. 29.
65. ILA, New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development (2002).

IL DIRITTO ALLA RESTITUZIONE DEL CORPO E ALLA SEPOLTURA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEI DIRITTI DELL'UOMO: UN'ANALISI CRITICA

Michelangela Scalabrino
Former Professor of International Law, Università Cattolica, Milano;
Former Member of the Istituto Internazionale di Studi sui Diritti dell'Uomo,Trieste *

RIASSUNTO

Il presente studio prende in considerazione le soluzioni adottate dalla Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dal Comitato dei Diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite nel periodo 1990-2018 relativamente al problema della sepoltura delle vittime di scomparsa forzata e/o dei "terroristi interni" e a quello della restituzione delle loro spoglie ai congiunti. Viene posto in evidenza il vuoto normativo tuttora esistente al riguardo nei testi internazionali convenzionali e le conseguenze che da ciò derivano, ivi compresi i tentativi giurisprudenziali di superarlo attraverso categorie lacunose e tra loro assai diverse sia dal punto di vista teoretico, che da quello delle riparazioni. Viene quindi proposta, come risposta interpretativa, la tesi di un diritto autonomo di ogni individuo alla sepoltura, che non si caduca con il decesso.

Parole chiave

Sepoltura; sparizioni forzate; rituali funebri.

ABSTRACT

The article examines the solutions given by the Inter American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights and the United Nations Committee of Human Rights to the problem of the burial of forced desappeared persons and/or 'internal terrorists', as well as the delivery of a deceased body to his/her family in order to celebrate funeral rites according to the religion of their relative. The critical approach and analysis of contemporary International jurisprudence tries to demonstrate its theoretical limits and suggests possibile, different solutions.

Keywords

Burial; forcibly deappeared; funerals.

Come scrive César Vallejo in 'Los Heraldos Negros', "Hay golpes en la vida, tan fuertes... ¡Yo no sé!/ (...) como si ante ellos,/ la resaca de todo lo sufrido/ se empozara en el alma... / Son pocos; pero son. Abren zanjas obscuras/ en el rostro más fiero y en el lomo más fuerte (...)".

Nessun "golpe en la vida" è più forte e assurdo della scomparsa di una persona cara senza che si possa accompagnarne il corpo in un luogo sacro destinato a riceverlo dopo aver celebrato i riti della fede alla quale essa aderiva.

Molte migliaia di persone, ovunque nel mondo, hanno tuttavia sperimentato questa situazione e in tutte l'angoscia dapprima per la sorte ignota di una persona cara e poi per l'assenza di una tomba da visitare in perenne testimonianza d'affetto si è mescolata e si mescola irrimediabilmente alla rabbia, alla desolazione e a un irrimediabile senso di impotenza: "Y el hombre... Pobre... pobre! Vuelve los ojos, como/ cuando por sobre el hombro nos llama una palmada;/ vuelve los ojos locos, y todo lo vivido/ se empoza, como charco de culpa, en la mirada".

Nondimeno, alcuni di questi uomini e donne hanno avuto il coraggio di reclamare in giustizia la restituzione del corpo del loro congiunto o almeno la conoscenza dell'ubicazione dei suoi resti e quello -ancor maggiore- di adire le istanze della giurisdizione internazionale (CorteIDH, Corte EDU e Comitato ONU sui Diritti Civili e Politici) per ottenere ciò che lo Stato di appartenenza aveva loro negato, cioè una degna sepoltura per il loro caro.

Questo sforzo tenace e infaticabile è durato anni, anzi decenni, con conseguenze

socio-economiche individuali, familiari e talora collettive devastanti: smarrimento psichico perdurante di molti dei sopravvissuti; isolamento del nucleo familiare circondato da sospetto e disistima e frequente disgregazione dello stesso; perdita dell'unica fonte di reddito e successiva miseria; auto-esilio; migrazioni interne coatte. L'analisi delle Sentenze e delle Constatazioni internazionali lo conferma, così come le difese pretestuose o l'assenza di qualsiasi difesa da parte dello Stato convenuto.

1. L'INQUADRAMENTO TEORICO

i. Il primo caso giudiziario in cui il tema della restituzione del corpo e della sepoltura si affaccia alla scena del diritto internazionale dei diritti dell'uomo è del 1993: come emerge dalla sentenza C 15 della CorteIDH sulle riparazioni, la Commisión Interamericana de Derechos Humanos accenna all'argomento nella controversia Aloeboetoe y otros vs. Suriname, ma si limita a inquadrarlo nell'ambito del risarcimento dei danni morali: la Corte (§ 109) statuisce invece al riguardo un principio generale: "el derecho de los familiares de la víctima de conocer dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance (…)".

Non si tratta dunque di un diritto soggettivo dei congiunti più stretti e/o della comunità etnica di appartenenza, in effetti non previsto né dalla Convenzione applicata né dalle altre omologhe, ma di una "giusta aspettativa", espressione che richiama piuttosto categorie del diritto amministrativo, che princîpi costituzionali della tutela dei diritti fondamentali.

Poiché il vacuum legis deve essere colmato in via interpretativa, questo è il primo tentativo di colmarlo, e ad esso si accompagna comunque l'ordine allo Stato di porre in essere, come riparazione, misure economico-sociali collettive che avvantaggeranno tutta la comunità indigena.

Per altro verso va notato che in questo, non meno che in tutti i precedenti casi di scomparsa forzata, la richiesta avanzata dai superstiti quanto all'applicazione dell'art.63.1 della Convenzione Americana risulta volta solo a ottenere una somma risarcitoria dei danni subiti, e la CorteIDH le ha già dichiarate vittime esse stesse.

ii. La prospettazione operata dalle parti lese -anche se non il petitum- muta a far data dal caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala: la richiesta della vedova di "recibir una indemnización económica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (…) tiene un valor simbólico para compensar el sufrimiento de su esposo", ma la stessa ritiene piuttosto "de gran importancia tener los restos mortales de su esposo, [y] además siente la necesidad de tenerlo en sus brazos una vez más (…)" e proprio per questo motivo "considera fundamental su participación en las exhumaciones (…)".

La pricipale parte lesa introduce dunque come elemento essenziale del risarcimento dei danni morali il ritrovamento e la restituzione delle spoglie mortali del marito e relega il ricevimento di una somma di denaro a un livello subordinato della domanda.

Pur senza qualificare la natura giuridica del 'diritto' alla identificazione e alla restituzione del corpo, la Corte (ibidem, §§ 74-79) inquadra il petitum nell'ambito del diritto alla verità ma precisa altresì che, poiché "los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos, el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana" (art.11.1 della Convenzione).

La dignità da rispettare è peraltro quella dei vivi, non quella dei morti. Il vuoto legislativo internazionale è colmato spostando l'asse del diritto tutelato dalla persona del defunto a quello dei suoi congiunti**:** è l'unica operazione ermeneutica che all'epoca appare percorribile per conseguire un risultato che il senso di giustizia radicato "en todas las culturas" propone come imprescindibile.

Di più, l'affermazione resta legata alle caratteristiche peculiari del caso in esame: "el respeto a dichos restos asume una significación muy especial en la cultura maya, etnia mam, a la cual pertenecía el señor Efraín Bámaca Velásquez. Ya la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)". Conseguentemente, "este Tribunal considera que Guatemala debe brindar las condiciones necesarias no sólo para determinar el paradero de los restos mortales de la víctima, sino además de trasladar dichos

restos al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos" (§§ 81-83).

Il Collegio statuisce altresì (§ 84) che, nonostante "tanto la sentencia sobre el fondo que se dictó en el presente caso, (...) como la presente Sentencia, constituyen per se una adecuada reparación", lo Stato "debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con los hechos de este caso y de desagravio a las víctimas. Asimismo, la Corte estima que como medida de satisfacción, el Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, la parte resolutiva de la sentencia sobre el fondo dictada el 25 de noviembre de 2000 y el capítulo relativo a los hechos probados de la misma".

Viene così introdotto per la prima volta una doppio "mezzo di soddifazione" non economico, che contribuirà alla riabilitazione della vittima diretta, e a questo farà ben presto seguito l'obbligo dello Stato di compiere "una expresión pública de solicitud de perdón a las víctimas por los graves daños causados y una ratificación de la voluntad de que no volverán a ocurrir hechos de este género".

Il tema della sepoltura confortata dai riti funebri è affrontato più esplicitamente nel Voto Razonado del Giudice Cançado Trindade annesso allo stesso caso (§ 18): "(...) No hay como negar que la muerte de un individuo afecta directamente la vida, así como la situación jurídica, de otros individuos, en especial sus familiares, como lo ilustra, en el marco del derecho civil, la normativa del derecho de familia y de sucesiones. (...) De ahí la importancia del respeto a los restos mortales: su ocultamiento priva a los familiares también del ritual fúnebre (...). El ocultamiento e irrespeto de los restos mortales del ente querido afectan, pues, a sus familiares inmediatos en lo más íntimo de su ser": i termini del discorso hanno carattere trans-individuale e sono sostenuti da un corretto riferimento alle norme civili e penali previste dalla più parte degli ordinamenti interni.

Sul piano categoriale, il Giudice evita le pastoie ricostruttive derivanti dal fatto che "la subjetividad jurídica de un individuo cesa con su muerte (dejando, pues, al fallecer, de ser un sujeto de derecho o titular de derechos y de deberes)", e afferma l'obbligo giuridico e meta-giuridico di tutela del corpo "conteniendo [questo] una parcela corporal de la humanidad (...)".

iii. L'individuazione del luogo in cui trovano i resti di un congiunto, l'esumazione, l'identificazione e la consegna degli stessi ai familiari, inquadrate dalla CorteIDH nell'ambito del diritto alla verità, divengono per la Corte EDU -se non effettuate- elementi costitutivi della fattispecie del trattamento crudele e inumano (art.3 della Convenzione) nei casi Timurtaş vs. Turkey, Turluyeva vs. Russia e Arzu Akhmadova and others vs. Russia, come peraltro già statuito dalla CorteIDH fin dal caso Trujillo Oroza vs. Bolivia.

iv. Conformemente decide anche il Comitato ONU il 3.4.2003 nel caso Mariya Staselovich vs. Belarus con prassi mantenuta in seguito sostanzialmente costante (cfr. ad esempio casi Maryam Khalilova vs. Tajikistan, Communication nº. 973/2001-30.3.2005; Kholinisso Aliboev vs. Tajikistan, Communication nº. 985/2001-3.11.2005; Darmon Sultanova vs. Uzbekistan, Communication nº. 915/2000-31.3.2006; Davlatbibi Shukurova vs. Tajikistan, Communication nº. 1044/2002-17.3.2006; Fatma Zohra Boucherf vs. Algérie, Communication nº. 1196/2003 - 30.3.2006; Saimijon and Bazarov vs. Uzbekistan, Communication nº. 959/2000-28.7.2006; Salem Saad Ali Bashasha vs. Libian Arab Jamahiriya, Communication nº. 1776/2008-20.10.2010; Aîssa Mezine vs. Algeria, Communication nº. 1779/2008-25.10.2012; Mussa Ali Mussa Benali vs. Lybia, Communication nº. 1805/2008-1.11.2012; Farida Khirani vs. Algeria, Communication nº. 1905/2009-26.3.2012; Slimane Mechani vs. Algeria, Communication nº. 1807/2008 - 22.3.2013; Youcif Almegaryaf and Hisham Matar vs. Algeria, Communication nº. 1806/2008-22.3.2013; Djellul Larbi vs. Algeria, Communication nº.1831/2008- 23.7. 2013; Emina Kožljak and Sinan Kožljak vs. Bosnia and Herzegovina, Communication nº.1970/2010-28.10.2014; Tahar Ammari and Toufik Ammari vs. Algeria, Communication nº. 2098/2011-30.10.2014; Nura Hamulić and Halima Hodžić vs. Bosnia and Herzegovina, Communication nº. 2022/2011-30.3.2015; Chhedulal Tharu and others vs. Nepal, Communication nº. 2038/2011 - 3.7.2015; Sabita Basnet vs. Nepal, Communication nº. 2164/2012 - 12.7.2016; Rafik Belamrania vs. Algeria, Communication nº. 2157/2012-27.10.2016; Bimala Dhakal Rabindra Dhakal and Manjima Dhakal vs. Nepal, Communication nº. 2185/2012 -17.3.2017; Lounis Khelifati vs. Algeria, Communication nº.

2267/2013 - 28.7.2017 e Abdelkader Boudjema vs. Algeria, Communication nº. 2283/2013- 30.10.2017).

Alla medesima conclusione il Comitato perviene anche nelle numerosi ipotesi in cui non venga comunicata ai familiari la data della condanna a morte e la consegna del corpo venga rifiutata ai familiari (cfr. ad esempio casi Natalia Schedko vs. Belarus, Communication nº. 886/1999 - 3.4.2003 e Mariya Staselovic vs. Belarus, Communication nº. 887/1999 - 3.4.2003) e all'accertamento della violazione si affianca l'ordine allo Stato di risarcire i danni morali.

L'oggetto del comportamento illecito dello Stato viene dunque indicato ancora una volta nella soggettività giuridica dei sopravvissuti: anche in questa sede gli effetti tengono il luogo della causa e questa è la via attraverso la quale si supera il fatto che quest'ultima non sia normativamente tutelata.

v. Alla qualificazione della fattispecie sopra descritta, a far data dalla sentenza Menteş and others vs. Turkey, si affianca invece -da parte della Corte EDU- l'inquadramento della stessa nell'ambito dell'art 8 CEDU sotto il profilo del diritto alla vita familiare (§73), quest'ultima escludente il trattamento inumano (§§ 76-77), salve rare eccezioni.

vi. Poco dopo, la CorteIDH si trova confrontata a un nuovo profilo del problema della restituzione del corpo: il caso El Caracazo vs. Venezuela rivela infatti che il Governo stesso si è reso autore dell'ordine di inumare segretamente in fosse comuni i molti uccisi nelle dimostrazioni studentesche del 1-4 marzo 1989 e dell'ordine impartito agli autori materiali del delitto di strage di negare sia l'accaduto, che il luogo dell'ubicazione delle salme, alcune delle quali non erano infatti mai state trovate. "Los restos de varias de las víctimas de homicidio y desparecidas no han sido entregados a sus familias" e "esta omisión está vinculada a un conjunto de patrones de acción estatal sumamente censurables en relación con el manejo de los cadáveres de las víctimas, como la utilización irregular de fosas comunes y la negación de la existencia de éstas últimas (...)" (§ 104).

L'influenza della normativa presente in ogni ordinamento per la tutela del cadavere è evidente. Conseguentemente, (§§ 117-118), il Collegio sottolinea che "después de más de trece años, aún no se han identificado y sancionado (...) a quienes ordenaron sepultar a los fallecidos en fosas comunes (...)" e che è pertanto dovere dello Stato di iniziare "una investigación efectiva de los hechos de este caso (...) así como eventuales encubridores, y los sancione administrativa y penalmente según corresponda".

In ulteriore specificazione, il Collegio dispone anche che "los procesos internos de que se trata (...) también deberán referirse a la utilización de fosas comunes mediante inhumaciones irregulares y al encubrimiento de la utilización de la misma" e che "los familiares de las víctimas (...) deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones".

La Corte ordina dunque che nella formulazione dei capi d'accusa contro i presunti responsabili della strage, lo Stato tenga conto anche della propria normativa penale e amministrativa a tutela dei cadaveri e non limiti le imputazioni alla sola figura del reato di omicidio plurimo aggravato. Ogni ordinamento statale comprende infatti norme più specifiche, che occorre applicare. È evidente il timore della Corte che le indagini interne non portino alla identificazione di alcun colpevole o e/o che nessun imputato renda confessione o testimonianza sulla sorte degli uccisi e sull'ubicazione dei loro resti.

Nessun inquadramento tecnico-giuridico della fattispecie è effettuato: il riconoscimento di responsabilità effettuato dallo Stato lo rende infatti superfluo.

Ci si muove ancora nel quadro delle "giuste aspettative dei congiunti" e del "diritto alla verità" (§122), presentato qui come altra faccia del diritto alle garanzie giurisdizionali (art.8 della Convenzione), mentre il ritrovamento e la restituzione del corpo (§§123-124) vengono qualificati come atto di riparazione. Tutte le Convenzioni internazionali sui diritti dell'Uomo sono infatti "strumenti normativi vivi, che vanno interpretati in modo da renderli attuali e conformi all'evoluzione dei tempi e alle condizioni di vita attuali".

Analogamente, il diritto alla ricerca dei resti e alla consegna degli stessi ai familiari previa identificazione genetica è affermato come mezzo obbligatorio di riparazione anche nella pronunzia sul merito del caso de La Cantuta vs. Perú - sentenza C 162 del 29.11.2006 (§ 231) "el derecho de los familiares de conocer dónde se encuentran los restos mortales de éstas constituye una medida de reparación y por tanto

una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas". Il nesso logico tra l'obbligatorietà di questa riparazione e il concetto di "aspettativa" non è dei migliori. Il contesto normativo tuttora vigente nello Stato (legge di amnistia) giustifica peraltro che la Corte si concentri piuttosto, e molto a lungo, sull'adeguamento necessario del interno al diritto internazionale.

Quanto ai danni morali, ribadito (cfr. sentenza di merito El Caracazo, § 94) che "el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia" e che "no siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación", si afferma nuovamente che detta compensazione deve concretarsi "en la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, el consuelo de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata (...)".

Le riparazioni non pecuniarie miranti alla fissazione della memoria delle vittime, alla loro riabilitazione e alla consolazione dei superstiti disposte per la prima volta nel 1993 sono ormai di prassi, pur restando tipiche della sola CorteIDH.

E va notato che i princîpi stabiliti dalla Corte sono stati recepiti dal Gruppo di Lavoro dell'Asseblea Generale delle N.U. undici anni dopo, il 28.1. 2013, nell'Informe del Grupo de Trabajo sobre Las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (doc. A/HRC/22/45).

vii. Non mancano peraltro casi (19 Comerciantes vs. Colombia, sentenza C 109 **-** 5.7.2004; La Masacre de Mapiripan vs. Colombia, sentenza C 134 del 15.9.2005 e Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentenza C 209 del 23.11.2009) nei quali l'ordine allo Stato di effettuare le ricerche degli scomparsi e dei loro resti si arricchisce dell'obbligo di far uso delle indicazioni tecnico-scientifico elaborate allo scopo dalle Nazioni Unite nel "Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias" o materiale analogo predisposto dalla Croce Rossa Internazionale e di consegnarli alle famiglie previa sicura identificazione assume malauguratamente la veste quasi di una clausola di stile: il Collegio si rende infatti conto che il tempo trascorso e le modalità del caso (dispersione dei corpi nel fiume o incendio degli stessi) rendono praticamente impossibile rinvenire e recuperare i resti dei tanti corpi (§ 96.47).

viii. Nella pronunzia C 252 del 25.10.2012 nel caso Masacres de El Mozote y lugares aledanos vs. El Salvador, viene precisato che circostanze simili configurano per sé il delitto di trattamento crudele, inumano e degradante nei confronti non solo delle vittime indirette, ma anche delle vittime dirette (infra, x) .

ix. L'inquadramento giuridico della mancata ricerca dei corpi e della loro restituzione alle famiglie muta ancora una volta nella pronuncia sul merito e le riparazioni resa il 31.1.2006 nel caso de La Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia: la norma convenzionale violata è identificata nell'art.5.1, che tutela il diritto all'integrità personale (§§ 154-160).

Titolari del diritto leso sono in primo luogo i sopravvissuti: la Corte richiama due sentenze precedenti e aggiunge al § 161 che "el hecho de que aún hoy, dieciséis años después de sucedidos los hechos, 37 de esas 43 personas continúen desaparecidas, ha ocasionado que los familiares no hayan contado con la posibilidad de honrar apropiadamente a sus seres queridos fallecidos que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta por no haber sido establecida toda la verdad de los hechos y como un efecto de la impunidad parcial".

Essa ribadisce poi ancora (§ 256) che "los familiares de las personas desaparecidas y privadas de la vida han sufrido daños como consecuencia de la desaparición o muerte de las mismas, por la falta de apoyo de las autoridades estatales en la búsqueda efectiva de los desaparecidos y el miedo a iniciar o continuar con las búsquedas de sus familiares. Puesto que la mayoría de esas personas se encuentran desaparecidas, los familiares inmediatos no han contado con la posibilidad de honrar apropiadamente a sus seres queridos. La ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos y la impunidad parcial constituyen

una fuente de sufrimiento y angustia adicionales para los familiares".

Conseguentemente (§§ 270-273) sono ordinati allo Stato una ricerca scientifica dei resti delle vittime e la consegna degli stessi ai familiari, previa identificazione genetica, un atto ufficiale di richiesta di perdono alle famiglie, la costruzione di un monumento in memoria e un ausilio medico-psichiatrico che le aiuti ad elaborare il lutto.

Residuano ancora frammenti del diritto alla verità, nuovamente inquadrato nell'ambito del diritto alle garanzie giurisdizionali, ma la conclusione poggia su una base testuale precisa e concreta e ad essa si accompagna, come anche in successive pronunce, l'ordine di misure riparatorie non economiche di carattere individuale (somministrazione di terapie psichiatriche o psicologiche ai sopravvissuti; borse di studio a favore dei congiunti stretti delle vittime dirette; intitolazione di una scuola al nome delle vittime dirette) o collettive (corsi obbligatori di formazione sui diritti umani per i corpi militari; creazione di alloggi per i desplazados interni; predisposizione di reti d'acqua potabile etc.) nonché la pubblicazione della sentenza della Corte sulla Gazzetta Ufficiale e in quotidiani o altri mezzi di alta diffusione.

Al fine, poi, di pervenire a una identificazione specifica dei singoli deceduti senza ricorrere alla semplicistica formula N.N., la Corte ha già deciso che deve essere costituita nel Paesi a più alto tasso di desaparecidos una banca centrale di dati genetici e che l'intera popolazione deve essere avvertita della necessità di collaborare nella individuazione delle fosse comuni o di altri luoghi dove, secondo la communis opinio, potrebbero rinvenirsi le vittime di un certo accadimento.

La violazione del diritto al rispetto e all'integrità personale dei familiari è affermata anche nel caso de La Cantuta (§§ 122-126 e in particolare § 125 a, b, c, d) per le sofferenze particolarmente gravi che alcuni di essi hanno dovuto subire, ma la violazione del diritto alla verità ricompare sullo sfondo come forma di trattamento crudele e inumano: "puesto que los restos de ocho de las 10 víctimas mencionadas aún se encuentran desaparecidas, sus familiares no han contado con la posibilidad de honrar apropiadamente a sus seres queridos, pese a que hayan tenido un entierro simbólico. Al respecto, la Corte recuerda que la privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante para los familiares cercanos".

x. La violazione del diritto al rispetto dell'integrità personale viene tuttavia affermata anche con riguardo alle vittime dirette, come corollario necessario degli artt.3 (diritto al riconoscimento della personalità giuridica) e 4.1 (diritto alla vita) della Convenzione. E all'argomentazione dello Stato che i fatti occorsi, messi in atto da forze paramilitari, non gli sono imputabili non essendo stato dimostrato il nesso di causalità tra autorità statali e comportamento delittuoso degli esecutori materiali, la Corte oppone il dovere generale di protezione e prevenzione sancito a carico dei Membri dall'art. 1.1 della Convenzione stessa (§§ 127-140).

xi. La strada verso una nuova concettualizzazione del 'diritto' alla restituzione del corpo e alla sepoltura è indicata dal Giudice Cançado Trindade nel Voto Razonado annesso alla sentenza C 173 del 30.11.2007 sull'interpretazione della decisione sul merito e le riparazioni nello stesso caso.

> La emergencia de los derechos humanos universales, a partir de la proclamación de la Declaración Universal de 1948, vino a ampliar considerablemente el horizonte de la doctrina jurídica contemporánea, desvendando las insuficiencias de la conceptualización tradicional del derecho subjetivo. (…) Si, por un lado, la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional del ser humano contribuyó a instrumentalizar la reivindicación de los derechos de la persona humana, emanados del Derecho Internacional, por otro lado el corpus juris de los derechos humanos universales proporcionó a la personalidad jurídica del individuo una dimensión mucho más amplia (§ 25).
>
> E ricorda come esempio che "la Corte ha correctamente considerado como parte lesionada no sólo a las víctimas directas de la violación del derecho a la vida (…), sino también a sus familiares inmediatos, víctimas directas - lato sensu- de la violación del derecho a la integridad personal, como tales beneficiarios de reparaciones". (§ 66).

È chiaro che non si tratta solo di includere nell'ambito degli aventi diritto al risarcimento dei danni morali due fratelli delle vittime dirette e il § 73 lo dimostra: "la labor de protección

internacional de los derechos humanos (…) requiere, a mi juicio, para la correcta interpretación y aplicación del derecho aplicable: primero, el rechazo de enfoques autoritarios o herméticos o dogmáticos de este último; segundo, la confianza en la razón humana; tercero, la conciencia de las necesidades de protección, entre las cuales se sitúa la realización de la justicia". Si tratta piuttosto di adoperarsi per superare l'empasse dogmatico e/o ermeneutico per conseguire nei fatti la giustizia cui il sistema del diritto internazionale dei diritti umani è finalizzato.

xii. Mentre la prassi dell'ordine di attuazione di misure riparatorie non pecuniarie continua ad accompagnare le decisioni sul merito della CorteIDH, non altrettanto avviene nelle sentenze della Corte EDU: nei casi Bersunkayeva vs. Russia e Varnava and others vs. Turkey, il tentativo di importare sotto l'egida della Convenzione Europea alcuni provvedimenti riparatori esplicitamente mutuati dalla prassi dell'omologa Corte non viene accolto: "nella fase dell'esecuzione delle sentenze pronunziate in sede giurisdizionale europea, che hanno natura meramente dichiarativa, lo Stato mantiene intatto il diritto di scelta sulle misure da prendere per adempierle. Le riparazioni dovrebbero inoltre avere per scopo la restitutio in integrum: attese le caratteristiche del caso, è del tutto improbabile che lo status quo antea possa essere ripristinato, soprattutto con le misure riparatorie chieste dai ricorrenti" (§§ 155-158). La domanda è perciò respinta, mentre viene mantenuta la violazione dell'art.3 CEDU sotto il profilo del trattamento crudele e inumano a causa "dell'incertezza e della confusione nella quale i ricorrenti versano".

Per contro, il punto 7 della Decisione del Comitato dei Ministri assunta in data 18-20.9.2018 in merito al caso *Groupe Khashiyev et Akayeva c. Fédération de Russie (Requête n°. 57942/00),* **"**souligne la nécessité d'explorer en parallèle d'autres actions réparatrices, y compris la reconnaissance publique et la condamnation de violations sérieuses du droit à la vie**".**

xiii. Unica eccezione a quanto sopra è rappresentata dai casi in cui "there is a systemic practice incompatible with the Convention", cioè "an accumulation of identical breaches which are sufficiently numerous and inter-connected to amount not merely to isolated incidents or exceptions but to a pattern or system. Such breaches reflect a continuing situation that has not yet been remedied (…)".

"In cases concerning deprivations of life", precisa la Corte, "contracting States have an obligation under Article 2 of the Convention to conduct an effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible. The Court considers that that obligation would be rendered illusory if, in respect of complaints under Article 2 of the Convention, an applicant's victim status were to be remedied by merely awarding damages. Investigation into a disappearance does not serve only the purpose of establishing the circumstances of the killing, and finding and punishing the perpetrator (…). The crucial difference in investigations into disappearances is that, by conducting an investigation, the authorities also aim to find the missing person or find out what happened to him or to her. Article 3 of the Convention requires the respondent State to exhibit a compassionate and respectful approach to the anxiety of the relatives of the deceased or disappeared person and to assist the relatives in obtaining information and uncovering relevant facts" (§§ 212-215).

Segue la dettagliata esposizione (§§ 223-228) delle modalità tecniche cui deve obbedire l'indagine e l'affermazione che (§ 227) "another aspect of the problem concerns the possibility of payment of financial compensation to the victims' families (…). The Court notes that under certain circumstances, the payment of substantial financial compensation, coupled with a clear and unequivocal admission of State responsibility for the relatives' frustrating and painful situation, could resolve the issues under Article 3".

L'affermazione è peraltro meramente indicativa e non prescrittiva. La Corte Europea, infatti, può solo accertare la violazione della Convenzione e attribuire un equo indennizzo monetario, mentre la sorveglianza sull'esecuzione della sentenza spetta al Comitato dei Ministri.

E quest'ultimo infatti, in margine della decisione 6.7.2005 nei casi riuniti Khashiev and Akayeva vs. Russia, "invite instamment les autorités russes à (…) assurer la mise à disposition des ressources necéssaires pour des travaux médico-légaux et scientifiques de grande échelle au sein d'un méchanisme centralisé et independent" e "à fournir des informations detaillées sur les effectifs du Bureau d'analyse médicolégales du Ministère de la Santé de la Republique Tchéchène, ainsi

que sur les installations et équipements a sa diposition; à fournir des informations concrètes (…) sur les mesures prises pur localiser tout lieu d'inhumation presumé dans la region, en listant tous ce sites; (…) sur les moyens par lesquels le stockage et l'idéntification des dépouilles ont été ou seront assurés". Più specificamente poi, la Ris. DH (2011) 292 del 2.12.2011 ribadisce il dovere dello Stato Russo di ricercare i corpi degli scomparsi, previa identificazione dei possibili luoghi d'inumazione.

xiv. Nessuna motivazione è invece addotta dal Comitato ONU su richieste analoghe: esse sono semplicemente ignorate fino alla Constatazione nº. 2083/2011 resa in data 30.10.2014 nel caso Boughera Kroumi vs. Algeria ove l'ordine impartito allo Stato è peraltro generico. E quasi altrettanto è a dirsi per i casi Mandić vs. Bosnia and Herzegovina; Khadirić vs. Bosnia and Herzegovina e Lale e Blagojević vs. Bosnia and Herzegovina: i ricorrenti hanno diritto a un trattamento medico-psicologico e lo Stato deve adottare nei loro confronti misure riparatorie idonee a soddisfarli adeguatamente e garantire la non ripetizione di fatti analoghi a quelli loro occorsi. Da allora, la giurisprudenza è costante, ma altrettanto generica.

xv. Ben maggiore puntualità si rinviene invece presso la CorteIDH quando lo Stato eccepisce in sede di controllo sull'esecuzione della sentenza di merito di non disporre di mezzi sufficienti a far funzionare le unità investigative sulle scomparse forzate nel conflitto armato interno create anche allo scopo di ritrovare i resti delle vittime, identificarli e consegnarli alle famiglie. In questi casi il Collegio ordina allo Stato a presentare quanto prima un piano dettagliato delle operazioni che intende svolgere nei sensi sopra considerati e i tempi nei quali intende compierle.

Di più, nella sentenza Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia la Corte considera (§ 82) che nei casi di scomparsa forzata "no se trata meramente del acto de encontrar los restos de una determinada persona sino que ello, lógicamente, debe ir acompañado de la realización de las pruebas o análisis que permitan comprobar que, efectivamente, esos restos corresponden a esa persona. Por lo tanto, en casos de presunta desaparición forzada en que existan indicios de que la alegada víctima ha fallecido, la determinación de si se ha configurado dicho fenómeno y la cesación del mismo, implica, necesariamente, establecer de la manera más fehaciente la identidad del individuo a quien pertenecen los restos recolectados. En tal sentido, la autoridad correspondiente debe proceder a la pronta exhumación de éstos para que sean examinados por un profesional competente. Dicha exhumación debe llevarse a cabo de forma que proteja la integridad de los restos a fin de establecer, en la medida de lo posible, la identidad de la persona fallecida, la fecha en que murió, la forma y causa de muerte (…)".

L'impiego di strumenti che simulino la ricerca di corpi inumati in fosse comuni o lasciate insepolte in località impervie ma valgano in realtà a distruggere quanto resta di essi è dunque vietato.

xvi. La necessità dell'apertura di un'indagine penale puntuale è il presupposto di quanto sopra, e la precisione e l'adeguatezza dell'indagine stessa vanno valutate non solo in relazione alla identificazione dei responsabili e alla devoluzione degli stessi a un giudice penale indipendente e imparziale e al diritto dei congiunti alle garanzie giurisdizionali e alla verità, ma anche in relazione alla salvaguardia del rispetto alla personalità giuridica della vittima diretta.

Quando lo Stato non abbia strutture e organi investigativi appropriati a individuare la sorte e i resti della vittima diretta, dovrà chiedere la collaborazione di enti stranieri competenti, mentre quando il gran numero di vittime dirette renda particolarmente difficile identificare tutti i beneficiari delle riparazioni, soprattutto quando essi abbiano dovuto divenire desplazados internos, "se justifica razonablemente la aplicación de la excepción prevista en el artículo 35.2 del Reglamento del Tribunal a efecto de incluir a otras personas como víctimas aun cuando no hayan sido previamente identificadas e individualizadas por la Comisión Interamericana".

Conseguentemente, le operazioni di esumazione e di identificazione dei resti ossei devono essere disposte d'ufficio e in un ragionevole lasso di tempo, senza attendere richieste ad hoc dei superstiti: tale attività rientra del resto nella complessità del reato commesso (scomparsa forzata) e nella molteplicità delle attività che quest'ultima rende necessaria. Va da sé che le spese inerenti l'esumazione e l'identificazione non devono essere poste a carico delle parti lese

Per la Corte EDU, a partire dalla decisione del caso Panullo et Forte c. France, il permesso d'inumazione deve normalmente essere rilasciato entro sette mesi dall'inizio dell'indagine. L'eccedenza di tale termine non giustificata da peculiarità del caso di specie costituisce una violazione dell'art.8 CEDU, cioè un'indebita ingerenza nell'esercizio del diritto alla vita familiare.

Questa giurisprudenza soppianta -per così dire- quella sul trattamento inumano e rimane da allora costante, a fortiori quando la salma non sia stata reperita.

xvii. Conferma dell'ambito categoriale appena indicato si rinviene nella pronuncia del caso Sabanchiyeva and others v. Russia: le condizioni in cui erano stati conservati i corpi dei familiari dei ricorrenti (che hanno reso impossibile il riconoscimento) non sono giudicate contrastare, in sé, con l'art. 3 CEDU.

"Considerata la delicatezza della questione della minaccia terroristica nel Caucaso e valutato il bilanciamento che deve sussistere in una società democratica tra le esigenze di sicurezza pubblica e la garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali tutelati dalla Convenzione", la Corte ha riconosciuto al Governo russo un ampio margine di discrezionalità nel porre in essere misure di carattere eccezionale, compreso l'eventuale rifiuto di restituire i corpi di presunti terroristi alle rispettive famiglie, o metterle a conoscenza del luogo della sepoltura.

Il Collegio osserva peraltro che nel caso di specie il rifiuto era stato "puramente automatico" (§§ 128-147), e per questo le autorità statali hanno contravvenuto al loro dovere di valutare caso per caso la situazione dei cinquanta ricorrenti, violando così l'art. 8 CEDU.

In altre parole, la Corte EDU non ritiene né le norme interne pertinenti né le modalità di conservazione dei corpi contraddittorie in sé con la Convenzione, ma confina l'ambito d'applicazione dell'art.8 alla circostanza formale che il rifiuto della consegna del corpo e dell'indicazione del luogo di sepoltura sia fissato de jure sempre e comunque, senza alcuna possibilità di valutazione individuale delle singole fattispecie e di controllo giurisdizionale.

Ad analoghe conclusioni la Corte perviene anche nella sentenza 6.6.2013 resa dalla prima Sezione nel caso Maskhadova and others vs. Russia (§ 206 e §§ 231-236): "in order to act in compliance with the proportionality requirements of Article 8, the authorities should first rule out the possibility of having recourse to an alternative measure that would cause less damage to the fundamental right at issue whilst fulfilling the same aim. In the absence of such an individualised approach, the adopted measure mainly appears to have a punitive effect on the applicants by switching the burden of unfavourable consequences in respect of activities of the deceased person from that person onto his or her close family members" e nella sentenza 24.7.2018 nel caso Lozovyye vs. Russia nonostante che (§ 210) "according to the applicable domestic law, the relatives of a deceased person willing to organise the interment of that person generally enjoy the statutory guarantee of having the body of such person returned to them for burial promptly after the establishment of the cause of death. They also benefit from a legal regime entitling them to enforce the will of the deceased as regards the burial arrangements or otherwise to decide on the way in which the burial takes place, with both options being subject only to general rules of safety and hygiene".

Per converso, il Voto Dissidente Salvioli annesso alla Constatazione nº. 2157/2012 del Comitato ONU resa in data 27.10.2016 nel caso Belamrania vs Algeria, deplora (§ 5) che il Comitato "did not take into consideration the family's suffering, the deep anguish caused by days of not knowing Mohammed Belamrania's whereabouts, the fact that they were required to pay 120,000 Algerian dinars in return for the body and, as a form of blackmail, to submit a written acknowledgement that the victim was part of a terrorist group and the fact that the mortal remains were finally handed over in a sealed coffin, the opening of which was forbidden".

xviii. Riferimento ai riti funebri si rinviene anche al § 220 della pronuncia C 307 CorteIDH nel quadro della tutela del diritto all'onore prevista all'art.5.1 della Convenzione: "los ritos funerarios son actos por medio de los cuales los familiares de una persona fallecida le rinden tributo a su ser querido, de acuerdo a sus creencias, tratando de obtener un mínimo de consuelo en los últimos momentos que tendrán con la presencia física de este. En el presente caso, cuando los funcionarios del Ministerio Público llegaron a la funeraria donde estaba siendo velado el cuerpo

de Claudina Velásquez y solicitaron tomar sus huellas dactilares bajo amenazas a sus padres de ser acusados de obstrucción a la justicia, pese a que debieron realizar dicha diligencia antes de entregar el cuerpo a los familiares, irrumpieron en un momento íntimo y doloroso a fin de manipular nuevamente los restos mortales de la hija de Jorge Rolando Velásquez Durán y Elsa Claudina Paiz Vidal, y hermana de Pablo Andrés Velásquez Paiz, afectando el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

xix. Particolare importanza rivestono infine i casi Abdulayeva vs. Russia, Kushtova and others vs. Russia, Arkhestov and others v. Russia e Zalov and Khakulova vs. Russia decisi dalla prima sezione della Corte EDU e diventati definitivi il 16.1.2014.

In tutti questi casi, i ricorrenti avevano presentato infatti come sola doglianza la mancata consegna delle salme dei loro congiunti (figli e fratelli) per la sepoltura e la mancata indicazione del luogo in cui le loro ceneri erano state inumate, la cremazione essendo obbligatoria per legge nello Stato convenuto in caso del decesso di 'terroristi' durante uno scontro armato. Essi affermano che quanto sopra aveva costituito un trattamento inumano nei loro confronti e una violazione del loro diritto alla vita privata e familiare.

La particolarità delle fattispecie sottoposte a Strasburgo consiste nel fatto che, per la prima volta, viene fatto valere a fondamento del petitum la sola circostanza che "the interference with the applicant's Article 8 rights (…) completely precluded from any participation in the relevant funeral ceremonies and involved a complete ban on the disclosure of the location of the grave, thus permanently cutting the links between the applicant[s] and the location of the remains of the deceased". I ricorrenti affermano pertanto di essere stati "deprived of an opportunity, otherwise guaranteed to the close relatives of any deceased person in Russia, to organise and take part in the burial of the body of her son and also to ascertain the location of the gravesite and to visit it subsequently" (Abdulayeva, § 39).

Come già nel caso Sabanchiyeva and others, la Corte "having regard to the nature of the activities of the deceased, the circumstances of his death and the extremely sensitive ethnic and religious context in this region of Russia, cannot exclude that some measure limiting the applicant's rights in respect of the funeral arrangements of the deceased could be found to be justified under Article 8 of the Convention" (§ 41) soprattutto "in view of avoiding possible disturbances or unlawful actions by people supporting or opposing the causes or activities of the deceased during or after the relevant ceremonies (…) [and to] minimise the informational and psychological impact of the terrorist act on the population, including the weakening of its propaganda effect" (ibidem, §§ 29 e 42).

Riconosce inoltre allo Stato un ampio margine di apprezzamento sulle misure da adottare per sconfiggere il terrorismo interno (ibidem, § 35) ma ribadisce che "the breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference" (ibidem, § 35) e afferma che "the margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights: where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted" (ibidem).

Dopo queste premesse, la Corte ritorna nondimeno a quanto già statuito nella sentenza Sabanchiyeva affermando che "in order to ensure respect for private and family life within the meaning of Article 8, the realities of each case must be taken into account in order to avoid the mechanical application of domestic law to a particular situation" (§ 33).

Da qui la conferma della conclusione per la quale l'applicazione automatica del Decreto nº. 164 del 20 marzo 2003 "without the possibility of recourse to an alternative measure that would cause less damage to the fundamental right at issue whilst fulfilling the same aim" ha costituito una "particularly severe interference with the applicant's Article 8, [insofar as it] completely precluded her from any participation in the relevant funeral ceremonies and involved a complete ban on the disclosure of the location of the grave, thus permanently cutting the links between the applicant and the location of the remains of the deceased" (§§ 26 e 35).

Come si nota agevolmente, nel primo caso la Corte definisce il diritto della madre di ottenere la restituzione del corpo per la sepoltura un "intimate, key right" ma l'ingerenza -pur

definita illegittima- non solo nell'esercizio, ma nella titolarità stessa di tale diritto 'fondamentalissimo', resta soggetta, in ossequio alla dizione letterale dell'art.8 CEDU, all'analisi del rapporto di congruità con le necessità operative dello Stato, che pure "appear to be punitive measures".

L'esclusione della violazione dell'art.3 CEDU (addotta per prima dalla prima e dalla seconda ricorrente, ma esaminata per seconda dalla Corte) è totalmente priva di motivazione.

Considerazioni identiche possono essere svolte anche relativamente alla sentenza Kushtova and others vs. Russia nella quale la Corte, dopo aver ammesso (§§ 44 e 49) che le disposizioni relative alla sepoltura dei terroristi "permanently cut the links between the applicants and the location of the deceased's remains" e che "it finds it difficult to agree that any of the stated goals were capable of validating all of the aspects of the measure in question. More specifically, it does not discern in these goals a viable justification for denying the applicants any participation in the relevant funeral ceremony or at least some kind of opportunity for paying their last respects to the deceased person", nondimeno "accepts in principle that depending on the exact location at which the ceremonies and the burial were to take place, in view of the character and consequences of the deceased person's activities and other relevant contextual factors, the authorities could be reasonably expected to intervene with a view to avoiding possible disturbances or unlawful actions by people supporting or opposing the causes or activities of the deceased during or after the relevant ceremonies as well as addressing other issues mentioned by the Government which may arise in this connection" e che "is also able to accept that in organising the relevant intervention the authorities were entitled to act with a view to minimising the informational and psychological impact of a terrorist act on the population and protecting the feelings of relatives of the victims of the terrorist acts. Such intervention could certainly limit the applicants' ability to choose the time, place and manner in which the relevant funeral ceremony and burial were to take place or even directly regulate such proceedings" (§§ 47-48).

"The proportionality requirements of Article 8" sono anche qui ritenuti violati sia per l' automatismo dell'applicazione della normativa sulla sepoltura dei terroristi interni, sia perché essa "switches the burden of unfavourable consequences in respect of the deceased person's activities from that person onto his relatives or family members" (§ 51).

Da ultimo, ma non meno censurabile, è l'analisi che la stessa sezione della Corte effettua nel caso Arkhestov and others vs. Russia quanto alla portata dell'art.3 CEDU.

Di fronte al fatto che i corpi dei congiunti dei sette ricorrenti erano stati stivati, accatastati gli uni sugli altri, in vagoni frigorifero di un treno fermo nella locale stazione ma privo di connessione con la linea elettrica (§§ 47-50 e 62-63), la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza, nella quale "as regards complaints about moral suffering brought under Article 3 of the Convention by relatives of alleged victims of security operations carried out by the authorities, the Court has adopted a restrictive approach, stating that while a family member of a disappeared person can claim to be a victim of treatment contrary to Article 3, the same principle would not usually apply to situations where the person taken into custody has later been found dead. In such cases the Court has normally limited its findings to Article 2. On the other hand, the Court has found a violation of Article 3 on account of mental suffering endured by applicants as a result of the acts of security forces who had burnt down their homes and possessions before their eyes" e nota che "the present case is different from the cases brought before the Court by family members of the victims of disappearances or extra-judicial killings committed by the security forces The death of the applicants' relatives in the present case did not result from any actions by the authorities in contravention of Article 2 of the Convention and the applicants cannot be said to have been suffering from any prolonged uncertainty regarding the fate of their relatives. The Court further notes that the present case is also distinguishable from the Turkish cases concerning the deliberate destruction of property that the applicants were made to witness" (§§ 65-66).

Il Collegio conclude perciò rapidamente nel senso che "it does not find that the circumstances could give the suffering of the first and the seventh applicants or the other applicants who were simply aware of the difficult conditions of storage of the dead bodies of their relatives

a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to any family member of a deceased person in a comparable situation. The Court is therefore unable to find a violation of Article 3 of the Convention in the circumstances of the present case".

Le "difficoltà logistiche" dello Stato convenuto, di cui i ricorrenti erano consapevoli, esclude quindi il trattamento inumano. Viene invece riaffermata la violazione dell'art. 8 CEDU nei sensi già deliberati lo stesso giorno. Del tutto identicamente, anche Zalov and Khakulova vs. Russia.

Appena tre mesi dopo (21.3.2104) Il Comitato ONU ritiene invece nuovamente la violazione dell'art. 7 del Patto sui Diritti Civili e Politici nel caso Mehalli vs. Algeria.

2. L'APPLICAZIONE PRO VICTIMA DI ALTRI STRUMENTI O DISPOSIZIONI INTERNAZIONALI

Nelle difficoltà d'inquadramento tecnico-giuridico delle fattispecie della non reperibilità del corpo e/o della mancata consegna dello stesso ai congiunti più stretti per dar luogo alla celebrazione dei riti funebri e alla sepoltura, la CorteIDH ha fatto ricorso in alcuni casi anche ad altri strumenti internazionali (l'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e il Protocollo Addizionale II sulla Protezione delle Popolazioni Civili nei Conflitti Armati non Internazionali; la Convenzione Interamericana sulle Scomparse Forzate del 5.5.1999; la Convenzione ONU sui Diritti del Fanciullo e la Convenzione di Belém do Pará (Convenci□n Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer del 1994) nonché -come si è già accennato- a disposizioni tecniche delle NU e/o della Croce Rossa relative all'esumazione e al trattamento dei cadaveri in genere.

Da tali testi, applicati in via sussidiaria e/o integrativa sulla base dell'art. 31.3 c della Convenzione di Vienna sui Trattati, così come dal riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea, l'organo di giustizia interamericano ha tratto conferme e indicazioni interpretative idonee a decidere la fattispecie con il più largo spettro giuridico possibile. "Este Tribunal ha establecido que los Estados tienen el deber de garantizar los derechos (…) conforme a las obligaciones específicas que le imponen las Convenciones especializadas (…) en materia de prevención y sanción. Dichas disposiciones (…) especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana, así como el corpus juris internacional".

Al contrario, la Corte EDU non solo non ha mai fatto riferimento ad altri strumenti internazionali ratificati e resi esecutivi dallo Stato convenuto, ma ha sempre dato vita a una giurisprudenza esclusivamente auto-referenziale. Anche quando, come in alcuni casi contro la Russia, i ricorrenti hanno offerto al Collegio materiale interpretativo specifico elaborato da altri Organi della giustizia internazionale, esso è stato presentato nella sentenza come "other relevant source", ma non ne ha poi tenuto alcun conto.

Entrambe le circostanze, a parere di chi scrive, hanno avuto conseguenze non irrilevanti nella decisione di alcune delle fattispecie qui considerate, risultando totalmente mancante l'atteggiamento vittimocentrico che è indispensabile in un Tribunale sui diritti dell'uomo.

Così, ad esempio, nella già citata decisione Sabanchiyeva and others, non è stata data alcuna rilevanza alla circostanza che la cremazione dei 'terroristi interni' fosse prevista come obbligatoria per gli appartenenti a qualsivoglia religione, compresa la religione islamica, nonostante che la Corte Costituzionale Russa -davanti alla quale i ricorrenti avevano impugnato le norme ad hoc- si fosse espressa nel senso che le autorità competenti non avrebbero dovuto procedere alla cremazione fintanto che un tribunale non avesse controllato la congruità della misura: "until the entry into force of the court judgment the deceased's remains cannot be buried; the relevant State bodies and officials must take all necessary measures to ensure that the bodies are disposed of in accordance with custom and tradition, in particular through the burial of the remains in the ground (...) or by [cremation], individually, if possible, and to ensure compliance prior thereto with the requirements concerning the identification of the deceased (...) and of the time, location and cause of death" (ibidem, § 35).

Del pari, non analizzata l'opinione dissidente annessa alla decisione interna citata, per la quale (§ 37) "The impugned norms

banning the return of the deceased's bodies to their relatives and providing for their anonymous burial are, in our view, absolutely immoral and reflect the most uncivilised, barbaric and base views of previous generations (...). The right of every person to be buried in a dignified manner in accordance with the traditions and customs of his family hardly requires special justification or even to be secured in written form in law. This right is clearly self-evident and stems from human nature as, perhaps, no other natural right. Equally natural and uncontested is the right of every person to conduct the burial of a person who is related and dear to them, to have an opportunity to perform one's moral duty and display one's human qualities, to bid farewell, to grieve, mourn and commemorate the deceased, however he may be regarded by society and the state, to have the right to a grave, which in all civilisations represents a sacred value and the symbol of memory".

Solo nel caso Lozovyye vs. Russia la Corte EDU riconosce che la mancata notifica ai genitori del decesso del loro figlio prima della sepoltura con l'annotazione "spoglia non reclamata" (§§ 8 e 25) ha costituito una irragionevole negligenza da parte dello Stato nel "applicant's right to information concerning his or her private and family life" (§34) nonché una violazione delle "positive obligations inherent in an effective respect for private and family life" (§§ 36-46). Non così, invece, la sentenza Maskhadova and others vs. Russia, §§ 199-202.

3. IL DIRITTO ALLA SEPOLTURA COME DIRITTO SOGGETTIVO AUTONOMO

i. "The right to bury a close relative and to be present when that burial takes place is encompassed by the concepts of "private life" and "family life"" afferma per la prima volta la Corte EDU nella sentenza Gülbahar Özer and Yusuf Özer vs. Turkey.

"The applicants complained that, at a time when they were grieving for the deaths of their children, who had been unlawfully killed by soldiers, they also had to endure injustice and frustration as a result of the confiscation of their children's bodies. (…) The authorities had then buried their children without giving the families an opportunity to carry out any of the necessary religious rites such as washing and shrouding the bodies or conducting funeral prayers with the attendance of their families and friends. Their suffering was compounded by the burial of their children in the town of Eruh, with which they had no connection".

La conquista del 'diritto alla sepoltura' in un luogo di propria scelta, previa celebrazione dei riti religiosi della fede alla quale si aderisce, sembrava dunque compiuta (ibidem, § 27).

Nondimeno, come si è già sottolineato, l'inquadramento teoretico della fattispecie (e delle molte altre consimili) nell'ambito dell'art. 8 CEDU ha obbligato la Corte a una valutazione di compatibilità tra esigenze di auto-tutela dello Stato ed esigenze individuali.

L'ingerenza dello Stato nell'esercizio della vita familiare "can only be justified if the national authorities had first ruled out the possibility of having recourse to alternative measures that would have caused less damage to the fundamental right at issue whilst fulfilling the aim of maintaining public order" (ibidem, § 34).

E, quasi a suggerire una possibile via d'uscita, il Collegio aggiunge che "the authorities could have, at the very least, ensured that the applicants were present during the burial of their children" e che esse "could have delayed the burial for a short period until the necessary security precautions had been taken and then, if necessary, limit the presence at the burial to only the applicants and other close family members. However, no thought appears to have been given to this possibility by either the national authorities or the courts " (§§ 26-37).

ii. Come si è già visto, non è stato così nel prosieguo: il margine d'apprezzamento dello Stato in caso di decesso di 'terroristi interni' è divenuto sempre più ampio e la violazione dell'art.8 CEDU è stata riscontrata non per il tenore del Decreto Russo sulle Sepolture, bensì per il fatto che esso è norma di applicazione necessaria sempre e comunque, senza che si debba/possa tener conto dei dati peculiari di ogni fattispecie e senza alcun possibile controllo giurisdizionale, quando non come "ingerenza che risponde allo scopo legittimo" di disincentivare in ogni modo il terrorismo interno e la propaganda ad esso legata.

iii. Lo stesso è a dirsi per l'ipotesi opposta, cioè per il primo caso (sentenza 20.12.2018 relativa al caso Solska and Rybicka vs. Poland) in cui la Corte Europea è stata chiamata a decidere

sull'esumazione di due corpi senza il consenso delle vedove: la Corte afferma infatti (§74) che "the exhumation carried out without the consent of the spouses constituted an interference with the applicants' right to respect for the memory of a deceased family member, and thus with their rights under Article 8 of the Convention".

Anche qui, infatti, di fronte alle necessità di riesumare i corpi per approfondire l'inchiesta sulle cause del crollo dell'aereo sul quale essi viaggiavano, la Corte si è così espressa (§§ 118-121): "On the one hand, Article 2 of the Convention contains a procedural obligation to carry out an effective investigation into alleged breaches of its substantive limb. On the other hand, in carrying out an effective investigation, the authorities have an obligation to protect the right to respect for everyone's private and family life set forth in Article 8 of the Convention. In these circumstances, the Court considers that the State authorities are required to find a due balance between the requirements of an effective investigation under Article 2 of the Convention and the protection of the right to respect for private and family life of the parties to the investigation and other persons affected. In the applicants' case, the requirements of the investigation's effectiveness have to be reconciled to the highest possible degree with the right to respect for their private and family life. There may be circumstances in which exhumation is justified, despite opposition by the family".

E, ancora una volta, "in the instant case, the prosecutor ordered the exhumation of the remains of the applicants' husbands. When issuing his order, the prosecutor was not required by the Civil Code Procedure to assess whether the aims of the investigation could have been attained through less restrictive means and to evaluate the possible implications of the impugned measures for the private and family life of the applicants. Furthermore, the prosecutor's decision was not amenable to appeal before a criminal court or to any other form of adequate scrutiny before an independent authority. Having regard to the foregoing considerations, the Court concludes that Polish law did not provide sufficient safeguards against arbitrariness with regard to a prosecutorial decision ordering exhumation. The domestic law did not provide a mechanism to review the proportionality of the restrictions on the relevant Article 8 rights of the persons concerned resulting from the prosecutor's decision" (§§ 124-126).

iv. In aperta disapplicazione del principio jura novit curia, inoltre, la cremazione obbligatoria degli appartenenti all'Islam non è neppure presa in considerazione dalla stessa Corte, pur costituendo violazione del diritto alla libertà di culto (art. 9 CEDU) e come tale invocata dai ricorrenti con riferimento all'impossibilità della celebrazione dei riti funebri. E ciò, nonostante che "actions in respect of the dignified treatment of the body of a dead person should be carried out in accordance with his or her wishes".

Al contrario, nella sentenza C 250 resa il 4.9.2012 nel caso de Masacres de R□o Negro vs. Guatemala, la CorteIDH mette in relazione la mancata individuazione dei resti degli uccisi e il trasporto degli stessi nei luoghi sacri alla cultura Maya non solo con l'art.5.1 della Convenzione, ma anche con l'art. 12.1 della stessa, che sancisce il diritto di religione e di culto.

Pur apparentemente legata, al pari delle precedenti pronunzie, alle particolari credenze della Comunità indigena, la CorteIDH apre in realtà un quadro interpretativo nuovo, nel senso che torna a sostanziare il comportamento dello Stato come violazione di una norma specifica della Convenzione, invece di limitarne l'ambito al quadro delle riparazioni dovute.

L'affermazione, poi, che i cimiteri sono luoghi sacri per la cultura religiosa Maya non si differenzia in nulla dalle caratteristiche che accomunano i cimiteri di qualsiasi religione, e certamente in nessun luogo potrebbe esser considerato lecito sommergere un cimitero per farvi l'invaso di una centrale elettrica.

Non meno che per le Comunità indigene dell'America latina, anche nel resto del mondo i cimiteri sono infatti espressione della cultura predominante e della cosmovisione dei vari popoli e la distruzione degli stessi è del tutto inconcepibile, anche in caso di conflitto armato interno e internazionale.

A ciò va aggiunto, come da giurisprudenza costante della stessa Corte, che "la localización e identificación de las víctimas devela una verdad histórica que contribuye a cerrar el proceso de duelo, enaltece la dignidad de las personas desaparecidas o presuntamente ejecutadas y la de sus familiares, quienes han luchado durante décadas por encontrar a sus seres queridos, y sienta un precedente para que violaciones graves,

masivas y sistemáticas, como las ocurridas en este caso, no vuelvan a suceder" (sentenza ult. cit, § 265).

v. La costruzione appena prospettata, che muove dalla presa di coscienza del fatto che "la Convencion Americana no contempla explicitamente el derecho de enterrar a los muertos" (ibidem, § 155), sembra essere, al momento, la migliore ricostruzione dogmatica del diritto alla restituzione del corpo per la sepoltura: essa afferma infatti il valore tipicamente umano, religioso e culturale dell'atto di seppellire un proprio caro e di visitarne successivamente la tomba, mantenendo così anche fisicamente il legame della memoria. "La memoria", infatti, "es duradera, resiste a la erosión del tiempo, resurge de las profundidades y tinieblas del sufrimiento humano, pues los caminos del pasado ya fueron trazados y debidamente recorridos, ya son conocidos, y permanecen inolvidables".

vi. Nondimeno, anche le norme internazionali a tutela dei diritti fondamentali in tempo di pace fissano, come le disposizioni a tutela del diritto alla vita familiare, la necessità di una valutazione di compatibilità tra le esigenze dei singoli e quelle dello Stato (cfr. art. 12.3 Convenzione Americana; art. 9.2 Convenzione Europea e art. 18.3 Patto ONU sui Diritti Civili e Politici). Tutte queste disposizioni ammettono infatti restrizioni all'esercizio del diritto di culto previste per legge e necessarie per la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico. E dall'ampia giurisprudenza della Corte EDU sotto l'egida dell'art. 8 emerge nella materia qui considerata la rilevanza attribuita alla necessità dello Stato di salvaguardare l'ordine pubblico. Così che, come si è visto, la violazione della norma viene affermata per ragioni procedurali, non sostanziali.

Non è difficile perciò immaginare che, ove qualcuno dei ricorrenti a Strasburgo facesse valere la violazione dell'art. 9.1 della Convenzione, la decisione terrebbe probabilmente in maggior conto le esigenze della tutela dell'ordine pubblico rispetto a quelle dell'esecuzione dei riti funebri (cfr. esemplarmente le sentenze Sabanchiyeva and others e Kushtova and others, dove viene accolta l'argomentazione dello Stato, per la quale la pubblicità dei riti funebri varrebbe come mezzo di propaganda dell'ideologia terrorista dei defunti).

vii. Come evidenzia il Voto Razonado del Giudice Cançado Trindade annesso alla sentenza sul merito del caso de la Masacre de Plan de Sanchez vs. Guatemala, una sola via resta aperta per superare l'empasse che relega il diritto di seppellire e di compiere i riti del dolore alla complaisance dello Stato convenuto, cioè il ricorso allo jus cogens.

Esistono infatti violazioni dei diritti individuali fondamentali così gravi, da ledere il principio di umanità e del rispetto della dignità umana, i quali permeano di sé non solo gli strumenti internazionali ad hoc, ma tutto il diritto internazionale (§§ 9-13) e, prima ancora, il diritto consuetudinario universale (§ 26).

"La prohibición (…) del irrespeto del honor y creencias personales (inclusive las relaciones de los vivos con sus muertos), es en nuestros días absoluta y universal, pues pertenece al dominio del jus cogens internacional" (ibidem, § 30).

Nonostante che l'affermazione dell'esistenza nel corpus iuris gentium di norme sempre assolutamente inderogabili non sia condivisa da tutti, mette conto ricordare, quanto all'argomento in discorso, anche il Voto del Giudice ad hoc Ramon Cadena Ramila annesso alla sentenza CorteIDH C211 del 24.11.2009 nel caso de la Masacre de las dos Erres vs. Guatemala.

"No hay argumentos juridicos y muchos menos politicos que se puedan oponer a los Convenios de Ginebra para justificar su incumplimiento. En efecto, esta rama del derecho internacional no es mas que la reafirmacion de las reglas consuetudinarias mas antiguas, desarrolladas y completadas cuando se hizo la correspondiente codificacion".

Riferendosi all'art.3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 sulla Protezione delle Popolazioni Civili in caso di conflitto armato internazionale e interno e all'art.4.1 del Protocollo Addizionale II (8.6.1977) sulla Protezione delle Popolazioni Civili in caso di Conflitto Armato non Internazionale, il Giudice sottolinea che "estas normas de la costumbre internacional reconocen enfaticamente que (…) los principios representan el minimo de humanidad aplicable en todo tiempo, en todo lugar y en toda circunstancia, valido incluso para los estados que no sean partes en los Convenios o Protocolos, dado que expresan la costumbre de los pueblos" (§ 1).

Poiché la maggior parte della giurisprudenza europea concerne casi occorsi durante operazioni armate cui soggiacciono

vocazioni indipendentiste delle Repubbliche del Caucaso, l'applicazione combinata dell'art. 12.1 della Convenzione e dell'art. 4 del Protocollo Addizionale II potrebbero costituire un via giuridica percorribile per garantire la restituzione del corpo e una degna sepoltura alle vittime dirette.

viii. Supporto simile non potrebbe rivenirsi in altre fonti, mancando della Convenzione Europea una disposizione identica all'art. 3 (diritto al riconoscimento della personalità giuridica), all'art. 5.1 (diritto alla integrità personale) e all'art. 11.1 (diritto all'onore e alla dignità) della Convenzione Americana, ragione per la quale sembra impossibile attendersi una qualsiasi variazione significativa nella giurisprudenza della Corte Europea.

Potrebbe per contro immaginarsi un approfondimento dell'argomento nell'ambito delle Risoluzioni DH del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, anche se la Corte ha mostrato finora di non tenerle in conto. In altre parole, potrebbe pensarsi ad una sorta di 'manovra a tenaglia' condotta in sostanziale concerto tra Corte EDU e Comitato dei Ministri, quest'ultimo completando in sede di decisione delle misure esecutive il disposto delle sentenze della prima.

ix. Al di là delle sintetiche considerazioni appena esposte, sembra a chi scrive che sia comunque ormai necessario superare il principio per il quale la morte reca con sé l'estinzione di ogni diritto soggettivo esistente in capo al defunto, come indicato con visione avveniristica dal Giudice Cançado Trindade nel già citato Voto annesso alla sentenza CorteIDH C 173 del 30.11.2003. Dal soggettivismo al personalismo, quindi.

Il diritto alla sepoltura è infatti un diritto soggettivo che trova nella morte la sua fattispecie costitutiva: non in capo ai superstiti, ma direttamente in capo al de cujus. Tant'è che quando a lui non sopravvivano né un coniuge, né figli, né parenti stretti, non per questo il diritto soggettivo in questione cessa di esistere e di dover essere esercitato in sua vece anche da chi non è erede o dagli enti amministrativi territoriali interni (Comuni), i quali prevedono infatti nei cimiteri aree destinate specificamente ai non appartenenti alla religione cattolica o cristiana.

Lo jus sepulcri, in altri termini, è un diritto soggettivo del defunto che si realizza proprio quando la sua soggettività giuridica viene a cessare per il residuo.

E lo stesso è a dirsi per il diritto del de cujus alla celebrazione dei riti funebri, tant'è che la sua volontà nel senso di escluderli o di stabilirne modalità particolari deve essere rispettata dai superstiti e dai terzi. In mancanza di tale volontà (che non necessariamente necessita di una dichiarazione in forma scritta), è invece diritto dei suoi congiunti accompagnare alla terra il defunto e dar luogo alle manifestazioni del lutto tipiche della religione cui apparteneva colui che non è più.

Parziale conferma di quanto sopra si rinviene anche in molte legislazioni interne che consentono all'individuo la manifestazione della propria volontà sul cosiddetto 'fine vita', cioè sulle cure mediche (o l'astensione dalle cure mediche) per il momento in cui egli sarà, a causa della malattia, incapace di intendere e di volere. I limiti di una vita meccanicamente sostenuta e ormai puramente biologica, cui fa difetto la capacità intellettuale di auto-determinazione, vengono superati da una dichiarazione di volontà che risponde alla finalità di proiettare i diritti personalissimi del soggetto nel momento in cui la sua possibilità decisionale su se stesso sarà venuta meno.

Nella dichiarazione relativa, il soggetto è invitato anche a indicare se e quale tipo di esequie egli voglia per sé o a chi deleghi tale scelta, il che conferma che il diritto alle esequie è un diritto soggettivo di ciascun individuo.

x. Non mancano del resto studiosi di 'medicina forense internazionale' che si sono chiesti se "is it possible, now, to claim that the dead have human rights. Immediate and obvious objections arise. It is clearly nonsense to suggest that the dead can be fully and comprehensively invested with human rights. Most human rights make no sense in death. And in addition, the dead cannot be rights claimers and neither can they bear responsibilities. But they can be rights *holders* insofar as the living behave as if they have obligations towards the dead, treat them as if they have rights, and *practically* confer rights upon them. (…) Forensic practice, particularly that of identification of the dead body, scientifically reunites the dead body with the identity of the person in life, restoring

personhood after death. In cases where the dead have been radically dehumanised through, for example, dismemberment, forensic identification is also a practice of re-humanisation after death by reassembling the person physically (for example, by bringing together disarticulated body parts); reuniting the dead body with its identity in life; and by restoring family and community ties. These are, arguably, practices through which dignity is restored to the dead body. (…) Within the history of humanitarianism and human rights, and their application to the dead, dignity has come to perform as a 'residual' right. Here, 'residual' refers to two things: first, to the dead body as what is left over, or *what remains of the human after death*; and second, to *what remains of human rights after death.* If anything does remain of rights after death, it is dignity, insofar as it is already established in International Humanitarian Law and forensic protocol and practice as a post-mortem right (…) This is not an argument for the extension of human rights. (…): this extension already, implicitly, exists".

xi. Se la prospettazione dogmatica appena affermata appare urtarsi ai canoni stabiliti fin dal diritto romano, per il quale la morte trascina con sé la caducazione di ogni diritto del soggetto, appare nondimeno vero che, almeno finora, il diritto in generale si è interessato assai più dei vivi che dei morti, mentre alcuni profili del 'diritto dei morti' afferiscono senza dubbio al diritto dei vivi. Relegare questa afferenza al solo diritto successorio o ad alcune fattispecie penali o amministrative si rivela oggi non più proponibile, alla luce dei provvedimenti legislativi e dei comportamenti assunti in tema di sepoltura e di restituzione del corpo anche da qualche Stato europeo. "Dead bodies that remain on this earth", infatti "form an underground map of atrocity that stretches across the planet's surface".

E proprio per questa ragione non pochi studi di medicina forense auspicano l'introduzione della categoria dei "posthumous legal rights of the dead", la cui chiave di volta è individuata anche nella "theory of interests", cioè nel fatto che il defunto ha interesse a che determinati comportamenti vengano tenuti nei suoi confronti (es.: sepoltura).

xii. E il Gruppo di Studio del 'Progetto Lampedusa' del Consiglio Nazionale Forense italiano, finalizzato a garantire una degna sepoltura (anche se quasi sempre anonima) ai corpi che il mare porta sulle spiagge dell'isola e che sono morti per annegamento nel Mediterraneo, riafferma da anni il diritto di sepoltura come un "diritto inviolabile dell'uomo" nel senso che esso costituisce una proiezione della soggettività e della dignità del defunto.

xiii. Come emerge dalle Sentenze e dalle Constatazioni in materia, gli attori (statali e non) privano la vittima diretta della dignità del proprio corpo e della propria persona (nel senso lato del termine), cioè di un modello universale del rispetto verso i defunti, e sottraggono questi ultimi alle cure che, pur variabili secondo le diverse culture, costituiscono anch'esse una forma di rispetto ovunque percepita da millenni.

Quale che sia la soluzione che il diritto internazionale dei diritti umani accolga in futuro, ammesso che ne accolga una, è certo che l'analisi della giurisprudenza ad oggi rivela -per un verso- la fatica di supplire alle lacune della normativa di base esistente e -per altro verso- l'insufficienza di costruzioni dogmatiche apparentemente rigorose, ma in realtà inadeguate a risolvere fattispecie caratterizzate da un terribile orrore.

"The human quality", checché ne pensi la Corte Europea, non si estingue con la morte e

ogni essere umano, non importa se vivente o non più vivente, ha diritto ad essere trattato con il rispetto che si deve alla sua qualità di umano.

NOTAS

1. Santiago de Chuco (Perú),1892 - Parigi,1938.
2. È da notare che mentre tutti gli idiomi del mondo conoscono un vocabolo che indica lo status di un figlio che perde uno o entrambi i genitori, nessuno -tranne l'ebraico- contempla una denominazione per i genitori che abbiano perso un figlio.
3. Mi sia permesso citare al riguardo il mio 'In margine all'Antigone di Sofocle oggi: il diritto alla sepoltura e alla restituzione del corpo nel diritto internazionale dei diritti dell'uomo. Il rispetto di una "legge superiore", impresion@ rapidcc.es, *Murcia, 2019.*
4. § 18: "(…) En seis de los siete casos, los cuerpos de las víctimas no fueron entregados para ser enterrados, las autoridades no informaron acerca del lugar donde se hallaban, no pudieron ser identificados (…)".
5. Che allora agiva per le parti lese.
6. Quest'ultima è infatti negata: ibidem, § 58 ss.
7. Cfr. apertamente sentenza C 250 resa il 4. 9. 2012 nel caso de las Masacres de Río Negro vs.Guatemala, § 155: "La Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de enterrar a los muertos.".
8. Per quel che riguarda le lacune normative della CEDU, vedi infra.
9. Cfr. Sentenza C 7 del 21.7.1989 sulle riparazioni nel caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, § 51 e sentenza C 8 in pari data sulle riparazioni del caso Godínez Cruz vs. Honduras, § 29.
10. Cfr. § 20 A della sentenza C 91 sulle riparazioni 22.2.2002.
11. "Destacó su interés en entregar, una vez que se le otorgue, la integridad de dicha indemnización a los familiares del señor Bámaca Velásquez"
12. Analogamente cfr. § 20 C: "Para la familia tiene mucha importancia obtener el cuerpo de la persona fallecida y realizar las ceremonias fúnebres, con el fin de que el espíritu de dicha persona se reintegre con su cuerpo, se complete su reencuentro con sus antepasados y se cierre para el fallecido y para la comunidad el ciclo cultural: vida y muerte" e § 21 "Debido a que no tienen su cuerpo, no han podido hacer una ceremonia especial para honrar a Efraín Bámaca Velásquez. La importancia de recuperar sus restos mortales se halla en poder rendir respeto a Efraín, para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados, así como para que las nuevas generaciones puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena". Vedi anche nota seguente.
13. Conformemente, vedi sentenza C 76 - 25.5.2001 sulle riparazioni del caso "de La Panel Blanca", Paniagua Morales y otros vs. Guatemala. § 200. Per una sistemazione dogmatica del diritto alla verità, vedi invece sentenza C 341 del 31.8.2017 nel caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, § 220.
14. Ibidem, § 11. Analogamente, vedi anche Voto Razonado dello stesso Giudice annesso alla sentenza C 116 sulle riparazioni del caso la Masacre de Plan de Sanchez vs. Guatemala - 19.11.2004: ""El respeto a los muertos se debe efectivamente en las personas de los vivos".
15. "Como se ha reiterado en la audiencia pública sobre reparaciones en este caso, para la cultura maya, etnia mam las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres, permitiendo rendir respeto a Efraín, para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados, así como para que las nuevas generaciones puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena. En razón de todo ello la Corte considera que el Estado debe realizar las exhumaciones, en presencia de los familiares, para localizar los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez y entregar a ellos dichos restos.
16. Analogamente, vedi ad esempio sentenza C 124 - 15.6.2005 nel caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname e sentenza C 212 del 25.5.2010 nel caso Chitay Nech vs. Guatemala e C 328 - 30.11.2016 nel caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Vedi anche African Court of Human and People's Rights, sentenza 26.5.2017 nel caso African

Commission on Human and People's Rights vs. Republic of Kenya.

17. Non ancora apertamente definito come riparazione.
18. Cfr. ad esempio la sentenza C 89 sulle riparazioni nel caso Durand y Ugarte vs. Perú - 3.12.2001, punto resolutivo 4.b, ma la prassi è costante e consolidata.
19. Ibidem, § 6.
20. Cfr. anche punto resolutivo 7 della sentenza C 68 sul merito del caso Durand Ugarte vs. Perú - 16.8.2000. Il precedente da luogo a una prassi costante. Nella quale vedi significativamente §§ 509-511 della sentenza C 287 del 14.11.2014 nel caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia.
21. Application nº. 23531/94 - sentenza 13.6.2000, §§ 62, 91, 96 e 98. Prassi costante per qualche anno (cfr. sentenza 6.11.2008 nel caso Khadzhialiyev and others v. Russia, Application nº. 3013/04. §§ 121-122), sostituita poi dall'affermazione della violazione dell'art.8 CEDU, cioè del diritto al rispetto della vita privata e familiare.
22. Application nº. 63638/09 - 7.10.2013, §§ 118-119.
23. Application nº. 13670/03, sentenza 14.9.2009. Numerose, peraltro, le sentenze nelle quali la sofferenza delle vittime indirette non è stata ritenuta raggiungere neppure la soglia del trattamento inumano: cfr. ad esempio sentenza 20.1.2014 nel caso Taziyeva and others vs. Russia, Application nº. 50757/06, §§ 36-37 e sentenza 24.9.2012 nel caso Inderbiyeva vs. Russia, Application nº. 56765/08, §§ 110-111.
24. Sentenza C 64 del 26.1.2000, § 41. La motivazione è frequente: cfr. ad esempio sentenza C 162 del 29.11.2006 nel caso La Cantuta vs. Perú, § 125.f. Più recentemente, cfr. sentenza C251 - 24.10.2012 nel caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, §§ 114-117.
25. Communication nº. 887/1999.
26. A fortiori la conclusione è mantenuta quando vengano consegnati brandelli di corpi assemblati alla rinfusa, così che non siano stati identificati nelle forme opportune o siano stati erroneamente identificati. Nel medesimo senso, cfr. recentemente CorteIDH, sentenza C 287 citata supra, §§ 145-155.
27. Application nº. 58/1996/677/867 - 28.11.1997.
28. Analogamente, cfr. sentenza 16.4.2014 nel caso Zalov and Khakulova vs. Russia - Application nº. 7988/09, §§ 63-96 e sentenza 29.5.2018 nel caso Gülbahar Özer and Yusuf Özer vs. Turkey, Application nº. 64406/09, §§ 26-38.
29. Cfr. ad esempio sentenza 29.4.2013 nel caso Aslakhanova and others v. Russia, Applications nºs. 2944/06 and 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10, §§ 214-215.
30. Sentenza C 95 del 29.8.2002.
31. Quando -come lo Stato stesso ammette- non esiste nello Stato una politica né una normativa strumentale all'identificazione dei resti degli scomparsi, la Corte ordina allo Stato di adottare tutte le misure scientifiche e tecniche idonee a operare l'identificazione dei trentamila scomparsi forzati del Paese, tra i quali colui per cui e causa (cfr. sentenza CorteIDH C 202 del 22.9.2009 nel caso Anzualdo Castro vs. Peru). Le condizioni di un Paese, non importa quanto difficili, non liberano infatti uno Stato Parte della Convenzione Americana sui Diritti Umani dagli obblighi posti a suo carico dal trattato, i quali persistono e sono particolarmente evidenti in un caso come questo, in cui si verte in materia di norme assolutamente inderogabili.
32. "La Corte considera que la entrega de los restos mortales constituye un acto de reparación en sí mismo porque conduce a dignificar a las víctimas, al hacerle honor al valor que su memoria tiene para los que fueron sus seres queridos y permitirle a éstos darles una adecuada sepultura. El Estado debe, en consecuencia, localizar, exhumar, identificar mediante el uso de técnicas e instrumentos sobre cuya idoneidad no exista sombra de duda, y entregar a los familiares, los restos de las víctimas a las que se ha hecho referencia". Analogamente, cfr. sentenze CorteIDH C 211 del 24.11.2009 nel caso de la Masacre de las dos Erres vs. Guatemala e C 332 del 15.2.2017 nel caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador, § 209.
33. Così ad esempio sentenza CorteIDH C 134 nel caso La Masacre de Mapiripan vs. Colombia, § 106.
34. Analogamente, vedi sentenza C 253 del 20.11.2012 nel caso caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, § 333.
35. Parte III, punti 46-66.
36. Analogamente, cfr. sentenze CorteIDH C 140 - 31.1.2006 nel caso de La Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, punto resolutivo 9

e C 148 - 1.7.2006 nel caso de Las Masacres de Ituango vs. Colombia. Nello stesso senso, vedi anche sentenze C 166 - 4.7.2006 nel caso Zambrano Velez vs. Ecuador, §§ 129-134 e C241 - 27.4.2012 nel caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, § 73, con riferimento all'aggiornamento dello stesso del 2016. Prassi costante. Cfr. anche sentenza Corte EDU 6.7.2005 nei casi riuniti Khachiev et Akaïeva c. Russie (requêtes nos. 57942/00 et 57945/00), §§ 160-163.

37. Altrettanto è a dirsi per molte delle Constatazioni del Comitato ONU, che terminano spesso con la formula seguente: "Conformément au paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte, l'État partie est tenu d'assurer à la famille de (…) un recours utile, consistant notamment à: (a) mener une enquête approfondie et rigoureuse sur la disparition de (…) et fournir à leur famille des informations détaillées quant aux résultats de son enquête; (b) libérer immédiatement les intéressés s'ils sont toujours détenus au secret; (c) dans l'éventualité où ils seraient décédés, restituer leur dépouille à leur famille": cfr. ad esempio Communication nº. 1811/2008 - Taous Djebbar and Saadi Chihoub vs. Algeria - 31.10.2011 e Communication nº. 2132/2012 - Kamela Allioua et Fatima Zohra Kerouane vs. Algérie -30.10. 2014, § 9. Più specificamente, cfr. Communications nºs. 1917/2009, 1918/2009, 1925/2009 and 1953/2010 - Fatima Prutina, Asmir Prutina, Hasib Prutina, Hasiba Zlatarac, Alma Čardaković, Mihra Kozica, Bajazit Kozica, Selima Kozica, Ema Čekić, Sanela Bašić, Sead Čekić and Samir Čekić vs. Bosnia and Herzegovina, Communication nºs. 1917/2009, 1918/2009,
38. 1925/2009 and 1953/2010 - 28.3.2013 e Zilkija Selimovic et al. vs. Belarus - Communication nº. 2003/2010 - 25.7.2014.
39. Caso Blanco Romero y otros vs. , § 59; caso Gómez Palomino vs. Perú, § 61, e caso 19 Comerciantes vs.Colombia , sentenza C109 del 5.7.2003, § 271.
40. L'argomentazione è sollevata dalle parti lese (§ 214). Analogamente, cfr. anche sentenza C 153 del 22.9.2006 nel caso Goiburú y otros vs. Paraguay, §§171-172.
41. Cfr. ad esempio caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala - sentenza C 25.11.2003; sentenza Gómez Palomino vs. Perú, cit., § 143 e sentenza C 162 del 29.11.2006 nel caso La Cantuta vs. Perú, § 238.
42. Cfr. ad esempio sentenze C 136 del 22.11. 2005 nel caso Gómez Palomino vs. Perú,§§ 145-148 e .
43. Cfr. ad esempio sentenze C 88 del 3.12.2001 nel caso Cantoral Benavides vs. Perú, § 80 e C 258 del 29.11. 2012 nel caso Garcia y familiares vs. Guatemala, §§ 216-218.
44. Cfr. ad esempio sentenza C 148 del 1.7.2006 nel caso de Las Masacres de Ituango vs. Colombia, §§ 385 e 394; 407-408 e puntos resolutivos 16 e 18-21 e sentenza C 191 - 27.11.2008 nel caso Ticona Estrada vs. Bolivia, § 132.
45. Cfr. sentenza C 250 del 4.9.2012 citata supra, § 2.
46. Cfr, sul punto Constatazione 28.10.2014 del Comitato ONU sulla Communication nº. 1966/2010 relativa al caso Hero vs. Bosnia and Herzegovina e sentenza CorteIDH C 96 del 26.11.2002 nel caso 'Las Palmeras' vs. Colombia, punto resolutivo 2. In senso inverso, sentenza CorteIDH C 339 del 24.8.2017 nel caso Gutierrez Hernandez y otros vs. Guatemala.
47. Cfr. sentenza C 134 del 15.9.2005 nel caso de La Masacre de Mapiripán vs. Colombia, §§ 305-308 nonché sentenza 19.9.2015 C 307 della CorteIDH nel caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, §§ 133-135.
48. Giurisprudenza in seguito costante: cfr. ad esempio sentenza C 332 del 15.2 2017, cit., § 135.
49. Assumendo importanza crescente nel procedere degli anni. In tal senso, cfr. ad esempio sentenza C 250 del 4.9.2012 nel caso de Las Masacres de Río Negro vs. Guatemala, § 248: "La Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados".
50. Application nº. 27233/03 - sentenza del 15.6.2009.
51. Requêtes nºs. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90 - 18.9.2009 - sentenza Grande Chambre del 18.9.2009.
52. E precisamente un atto ufficiale di scuse da parte del Governo Russo, l'indicazione del luogo dove si trovano i resti mortali della vittima e la sepoltura degli stessi nel cimitero che la madre sceglierà.

53. Al contrario, poiché le sentenze della CorteIDH hanno pieno valore di cosa giudicata lo Stato Membro deve attenersi strettamente alle modalità di esecuzione fissate dall'organo giudicante affinché la sua decisione "possa sortire i suoi pieni effetti (principio c.d. dell'effet utile)": così ad esempio sentenza C 219 citata infra, § 277.

54. "This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice attached to the primary obligation of the Contracting States under the Convention to secure the rights and freedoms guaranteed. In such circumstances, having regard to the established principles cited above, the Court finds it most appropriate to leave it to the respondent Government to choose the means to be used in the domestic legal order in order to discharge their legal obigation under Article 46 of the Convention".

55. In questo stesso senso, cfr. sentenza Musayev and others vs. Russia, Applications nos. 57941/00, 58699/00 and 60403/00, § 169: "the first applicant was subjected to threats from the perpetrators and forced at gunpoint to lie on the ground, fearing for his own life. The Court has no doubt that the shock he experienced on that day, coupled with the authorities' wholly inadequate and inefficient response in the aftermath of the events, caused the first applicant suffering attaining the threshold of inhuman and degrading treatment proscribed by Article 3", Nella sentenza Meshayeva and others vs. Russia - Application no. 27248/03 - 14.9.2009, § 124. Nella sentenza 28.11.2018 nel caso Alikhanovy vs. Russia, Application no. 17054/06, § 97, invece, le modalità inefficaci e lungamente protratte costituiscono causa della violazione riscontrata.

56. CM/Del/Dec(2018)1324/18.

57. Per identica constatazione, cfr. già la Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (PACE) 1787/2011 citata al § 73 della sentenza 29.4.2003 nel caso Aslakhanova and Others v. Russia.

58. In senso divergente, cfr. Voto Razonado del Giudice Cançado Trindade annesso alla sentenza C 77 della CorteIDH sulle riparazioni del caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala, § 4: "Al advertir para los riesgos -tan comunes en nuestros dias- de un enfoque reduccionista de la materia (con un enfasis indebido en compensaciones en forma de simples indemnizaciones), mi proposito es llamar la atencion para la necesidad de contribuir a asegurar la prevalencia de los valores superiores que se encuentran en cuestion, desde la perspectiva de la centralidad de la posicion de las victimas, en su integralidad, asi como para la importancia de asegurar las medidas de rehabilitacion de estas ultimas".

59. Vedi sul punto, da ultimo, Donald A. and Speck A-K., The European Courts of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the Executions of Judgments, Human Rights law Review, 19, 1, 2019, pp. 83-117.

60. Requêtes nos. 57942/00 e 57945/00, sentenza 24.2.2005 e in particolare § 163.

61. Cfr. caso Aslakhanova and others vs. Russia, Applications nos. 2944/06 and 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10 – 29.4.2013.

62. Cfr. Constatazione no. 2064/2011 - 5.11.2015.

63. Communication no. 2048/2011 - 6.11.2015.

64. Communication no. 2206/2012 - 17.3.2017, §§ 3.6 e 9.

65. Cfr. Risoluzione 24.11.2015 sull'adempimento della sentenza C 212 citata in nota 16.

66. Conformemente, vedi anche sentenza sentenza CorteIDH C 341 citata supra, § 274.

67. Sentenza C 271 del 1.9.2010.

68. Conformemente, vedi sentenza C 240 del 27.2.2012 nel caso Gonzalez Medina y familiares vs. Republica Dominicana.

69. Vedi anche §§ 87 e 91-92. Analogamente, cfr. caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentenza C 186 del 12.8.2008, § 34 e sentenza C 219 resa il 24.11.2010 nel caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, §§ 259-263. Nello stesso senso, vedi anche Corte EDU, sentenza 13.4.2017 nel caso Tagayeva and others vs. Russia, Application no. 26562/07, §§ 483-493; 500-509 e 515-516.

70. Cfr. sentenza C 240, cit., § 239.

71. Sentenza C 250, citata supra, § 290 e sentenza C 332, cit., § 210.

72. Ibidem, §§ 251-252. La posizione vittimo-centrica della Corte è qui evidentissima.

73. Ibidem, §§ 217-220. Giurisprudenza costante.

74. Ibidem, § 236: giurisprudenza costante. Conformemente, cfr, Corte EDU, sentenza 23.10.2012 nel caso Varban c. Italie, § 2 e giurisprudenza anteriore ivi citata: "Il n'est pas possible de réduire la variété des situations pouvant se produire à une simple liste d'actes d'enquête ou à d'autres critères simplifiés".

75. Cfr. ad esempio sentenza CorteIDH C 186 - 12.8.2008 cit. supra, §§ 95-98; 130-131; 151; 158 e 173-174.

76. Requête nº. 37794/97, sentenza 30.10.2001, §§ 38-39.

77. Analogamente, quando vi sia stato grande ritardo nella restituzione di un corpo esumato a fini d'inchiesta, cfr. sentenza CorteIDH C 165 - 4.7.2007 nel caso Escue Zapata vs. Colombia, § 80.

78. Application nº . 38450/05, sentenza 6.6.2003. Dal § 94 della sentenza si rileva che i ricorrenti hanno fatto esplicito riferimento alla giurisprudenza della CorteIDH sotto il profilo della violazione del diritto alla celebrazione delle esequie religiose e che essi hanno invocato sia la violazione dell'art.3, che quella dell'art.8 CEDU.

79. La Corte, dopo aver riconosciuto che "it has little doubt that in view of the conditions of storage of the bodies the applicants, as relatives of the deceased, may have endured mental suffering in this connection" (§ 108) ha tuttavia ritenuto (§ 112) che "it can hardly be said" che le autorità nazionali "have had as their purpose to subject the applicants to inhuman treatment, and in particular, to cause them psychological suffering", ma si erano trovati di fronte ad una situazione di oggettive difficoltà logistiche (§ 112).

80. Cfr. sezione 16.1 del Decreto 2002 sulla Soppressione del Terrorismo e Decreto 20.3.2003 nº. 164, ai sensi dei quali "The interment of terrorists who die as a result of the interception of a terrorist act shall be carried out in accordance with the procedure established by the Government of the Russian Federation. Their bodies shall not be handed over for burial and the place of their burial shall remain undisclosed".

81. Application nº. 18071/05.

82. Application nº. 4587/09.

83. Si noti che, dopo aver citato la giurisprudenza del Comitato ONU (§ 147), la sentenza Moiwana della CorteIDH (§§ 148-150) e (§129) un'Opinione Dissidente annessa alla sentenza sul caso della Corte Costituzionale Russa, il Collegio ritiene conformi al dettato dell'art.8 CEDU la mancata restituzione dei corpi e la cremazione degli stessi, contraria alla religione islamica della quale tutti i ricorrenti sono seguaci.

84. Citata in note 46 e 96.

85. Application nº. 38552/05.

86. Application nº. 21885/07.

87. Application nº. 22089/07.

88. Application nº. 7988/09.

89. Citata supra, pp.12-13.

90. "Regard being had to the above explanations, the Court is satisfied that the measure in question could be considered as having been taken in the interests of public safety, for the prevention of disorder and for the protection of the rights and freedoms of others" (§30).

91. Cfr. § 60: "Regard being had to the particular circumstances of the present case and to the reasoning which led it to find a violation of Article 8 and Article 13, taken together with Article 8, the Court finds that there is no cause for a separate examination of the same facts from the standpoint of Articles 3 and 9".

92. Application nº. 7988/09 - sentenza 16,4,2014,

93. Communication nº. 1900/2009.

94. Cfr. per esempio sentenza C 252 del 25.10.2012 nel caso Masacres de El Mozote y lugares aledanos vs. El Salvador, § 141.

95. Cfr. ad esempio sentenza C 191 del 27.11.2008 relativa al caso Ticona Estrada vs. Bolivia, § 44 ss. e sentenza C 314 del 22.6.2016 sul caso Tenorio Roca vs. Perú, §§ 155-164.

96. Cfr. sentenza C 63 del 19.11.1999 sul merito del caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, §§ 183-196 e sentenza C 259 del 30.11.2012 nel caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, § 191.

97. Cfr. sentenza C 307 citata supra, §§ 100-134.

98. " Ai fini dell'interpretazione di un trattato (…) verrà tenuto conto, oltre che del contesto: (...) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti". Cfr. ad esempio sentenza C 63 citata infra, §192.

99. Così ad esempio sentenza C 250 citata infra, § 222.

100. Cfr. ad esempio sentenza Sabanchiyeva and others vs. Russia, citata supra, §§ 91-96 e sentenza 24.4.2018 citata infra nel caso Maskhadova and others vs. Russia, §§ 147-150.

101. Giurisprudenza costante: a titolo di esempio, cfr. sentenza C 250 del 4.9.2012 citata infra, § 272.

102. L'argomentazione della Corte è che la misura in questione "non è stata assunta specificamente

nei confronti della popolazione musulmana": sentenza 16.4.2014 nel caso Kushtova and others vs. Russia, Application nº. 21885/07, § 70.

103. Sentenza nº. 8-P del 28.6.2007, citata in extenso ai §33-35.

104. Application nº. 18071/05.

105. Application nº. 21885/07 - 16.4.2014.

106. "The alternative solution suggested by the second applicant to the authorities, namely to bury the children in the city of Batman, was not accepted either. Batman was a mere forty-five-minute drive away from Siirt and the applicants could have visited the graves of their children there without difficulty. They also had family members living in Batman with whom they would have been able to stay when they wanted to visit the graves, instead of having to stay at hotels which they could not afford": §21.

107. Cfr. ad esempio sentenza Kushtova and others vs. Russia, citata supra, §§ 30-48. Sulla critica del margine di apprezzamento in generale, cfr. Rozakis C., Through the Looking Glass: An "insider's" view of the margin of appreciation", in 'La Conscience des Droits: Mélanges en honneur de Jean-Paul Costa', Paris, 2011, pp. 527-537 e, da ultimo, Langlais C., La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité, Rev. Droits de l'Homme, 15, 2019, p. 29.

108. Vedi da ultimo, a puro titolo di esempio, sentenza 16.4.2014 nel caso Zalov and Khakulova vs. Russia, citata infra, § 29.

109. Applications nºs. 30491/17 and 31083/17.

110. §§ 81-82: "The applicants stressed that they had not been involved in the decision-making process regarding the exhumation of their husbands' bodies. A meeting with the families should have been organised before the decision of 7 October 2016 had been issued. Such a meeting would have permitted the families to be consulted on the prosecutor's plans and to choose options which adequately respected their feelings. in such sensitive matters as the exhumation of the body of a close relative, only a judicial review could have ensured the proper weighing of the various conflicting interests at stake".

111. Cfr. da ultimo sentenza Zalov and Khakulova vs. Russia, Application nº.7988/09 - 16.4.2014, §§ 106-108.

112. Sentenza Maskhadova and others vs. Russia, §§101 e 103; 106; 116; 121.

113. "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

114. "Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias (…)": §§ 159-160 e 165.

115. Cfr. art. 16 II Protocolo Aggiunto (1977) alle Convenzioni di Ginevra

116. Voto Razonado Cançado Trindade annesso alla sentenza C 105 sul merito del caso de La Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, § 41. Analogamente, cfr. Voto Razonado dello stesso Giudice annesso alla sentenza C 70 sul merito del caso Bamaca Velasquez vs. Guatemala citata supra, §§ 15-16 e 19-24.

117. Sentenza C 105 del 29.4.2004.

118. Sul quale vedi ampiamente anche la Dissenting Opinion del Giudice Cançado Trindade annessa alla sentenza della CIG sull'Applicazione della Convenzione sul Genocidio (Croazia vs. Serbia), §§ 55-72 e § 84.

119. "All persons who do not take a direct part or who have ceased to take part in hostilities, whether or not their liberty has been restricted, are entitled to respect for their person, honour and convictions and reli-gious practices. They shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction. It is prohibited to order that there shall be no survivors".

120. In tal senso, vedi ad esempio la decisione nº. I CSK 346/08 della Corte Suprema Polacca, citata dalla Corte Europea ai §§ 49-50 della sentenza 20.12.2018 relativa al caso Solska and Rybicka vs. Poland (Application nºs. 30491/17 and 31083/17), per la quale " The personal right connected to respect for the memory of a deceased person comprises not only the right to organise a funeral and to pay one's respects at a grave; it also encompasses the emotional sphere of the relatives and the right to show due respect for the memory of their deceased relative. It is an independent right which is based on the family relationships of the entitled surviving relatives with the deceased person. The right to bury the corpse of a deceased relative together with the right

to exhumation and the right to respect for the memory of a deceased relative, constitute a personal right"

121. Moon C., Politics, deathwork, and the rights of the dead, Humanity, November 9, 2018; Rosenblatt A., International Forensic Investigations and the Human Rights of the Dead, Human Rights Quarterly. 32, 2010, pp. 921-950 e Moon C.,

122. L'ultimo Report della International Commission on Missing Persons segnala che "some 12,000 people still missing in South East Europe alone, 2,300 in the North Caucasus region of the Russian Federation and close to 2,000 in Cyprus".

123. Rosenblatt, op. loc. citt., p. 924.

124. Cfr. ad esempio Smolensky K.R., Rights of the Dead, Hofstra Law Review, 37, 2009, pp. 763-803.

125. *www.consiglionazionaleforense.it › ricerca › asset_publisher › view_content*.

126. Si noti che la Corte Europea, nella sentenza 27.2.2007 relativa al caso Akpınar and Altun vs. Turkey, Application nº. 56760/00, ha respinto la richiesta di applicazione dell'art.3 CEDU con riguardo alla mutilazione post mortem di due cadaveri: "The Court has never applied Article 3 of the Convention in the context of disrespect for a dead body. (…) The present Chamber concurs with this approach, finding that the human quality is extinguished on death and, therefore, the prohibition on ill-treatment is no longer applicable to corpses like those of Seyit Külekçi and Doğan Altun, despite the cruelty of the acts concerned. It follows that there has been no violation of Article 3" (§§ 82-83), accogliendola solo nei confronti dei superstiti, padre e sorella dei defunti, (§ 86): "The Court has no doubt that the suffering caused to them as a result of the mutilation amounted to degrading treatment contrary to Article 3". Analogamente, cfr, già la sentenza 24.6.2005 relativa al caso Akkum and others v. Turkey, Application nº. 21894/93, §§ 252-259, senza alcun riferimento, peraltro, alla violazione della regola religiosa dell'Islam, che proibisce la mutilazione dei corpi deceduti, senza alcuna analisi della normativa interna pertinente eventualmente in vigore e senza tenere in conto l'art.3 Comune delle Convenzioni di Ginevra, invocate dai primi ricorrenti..

127. Sentenza Akpınar and Altun vs. Turkey, citata supra, § 82.

IN THE NAME OF NATIONAL SECURITY: HOW POST 9/11 MEASURES UNDERMINE MINORITY RIGHTS

Miriam Cohen
Assistant Professor of International law at the University of Montreal. Ph.D. (Leiden University); LLM (Harvard Law School); LLM (Cambridge University); LLM (University of Montreal); Quebec Bar.

ABSTRACT

National security has increasingly become an important topic in legal and political discourse. The threat of terrorism has led governments to adopt some controversial laws and policies that pose a risk to civil liberties, and in particular, have the effect of oppressing marginalized groups, who are often said to pose risks to national security. While the relationship between national security and civil liberties or human rights has been the focus of previous research papers, an empirical analysis of (express and implicit) instances where measures restricted civil liberties for the protection of national security, and how courts have responded, is largely lacking in the literature. Yet, this is a crucial question to foster a better understanding of the impact of national security measures on marginalized groups.

This article thus conducts an empirical analysis of some selected laws, policies, and executive orders (also referred to herein as 'national security measures') adopted in the United States since the terrorist attacks of 9/11 as a case-study to analyze this question. This article aims to assess, through empirical data and legal analysis, the extent to which national security measures have an adverse effect on minority groups. It examines measures that expressly target those groups as well as measures that have the effect of oppressing those groups in their application, even when on their face they do not target any specific groups. The article ultimately claims that whether expressly or implicitly, national security measures adopted in the United States since 9/11 disproportionally adversely affect marginalized groups.

Keywords

National security; human rights; minority rights; United States counter-terrorism; civil liberties; marginalized groups; terrorism; 9/11 terrorist attacks.

1. INTRODUCTION

National security has increasingly become an important topic in legal and political discourse. The threat of terrorism has led governments to adopt some controversial laws and policies that pose a risk to civil liberties, and in particular, have the effect of oppressing marginalized groups, who are often said to pose risks to national security. While the relationship between national security and civil liberties or human rights has been the focus of previous research papers, an empirical analysis of (express and implicit) instances where measures restricted civil liberties for the protection of national security, and how courts have responded, is largely lacking in the literature. Yet, this is a crucial question to foster a better understanding of the impact of national security measures on marginalized groups.

This article thus conducts an empirical analysis of some selected laws, policies, and executive orders (also referred to herein as 'national security measures') adopted in the United States since the terrorist attacks of 9/11 as a case-study to analyze this question. This article aims to assess, through empirical data and legal analysis, the extent to which national security measures have an adverse effect on minority groups. It examines measures that expressly target those groups as well as measures that have the effect

of oppressing those groups in their application, even when on their face they do not target any specific groups. The article ultimately claims that whether expressly or implicitly, national security measures adopted in the United States since 9/11 disproportionally adversely affect marginalized groups. While this article is not intended to conduct an exhaustive review of all measures adopted for national security since the terror attacks of 9/11, it aims at demonstrating how measures that allegedly counter-terrorism can deprive individuals of civil liberties, by their adverse effects on minority groups.

This article proceeds first to overview national security laws, policies, and orders adopted in the United States since 9/11. It then analyses whether and to what extent these measures affect marginalized groups. Finally, this article makes some recommendations for future developments in national security law and policy that align with respect for civil liberties.

The purpose of this paper is to examine several selected specific measures that have been enacted in the United States in the years following the terrorist attacks of 9/11, with a focus on recent measures after the election of President Donald Trump. While it has been almost twenty years since that event, national security remains a high priority and a growing concern for the American people. Unfortunately, the United States government has continued to rely on those strong sentiments as the basis for proposing several new laws. In addition to claiming that these national security objectives are not being met in the way they are proposed, this paper will also consider some of the stereotypes driving these policy changes, while fostering the ancillary effects, that these marginalized segments are forced to deal with, as a result of these national security measures. To pursue this analysis, this paper has selected some recent acts enacted in the United States. It will briefly review the *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot Act of 2001)*[1], the *Emergency Supplemental Appropriations Act for Defense, the Global War on Terror, and Tsunami Relief, 2005' (the 'Real ID Act')*[2], as well as recent Executive Orders enacted by President Trump (commonly referred to as the 'Travel Ban')[3] and some of the restrictive measures which appear to be targeting Muslim people specifically.

The current approach is no different than it was for Chinese immigrants at the turn of the 20th century or for Jewish immigrants not long after that. The pattern that emerges from the analysis is that national security narratives are often used to target and oppress minorities. It is claimed that not only are these rules and regulations contrary to the United States Constitution, but these rights are being violated without drawing the attention of the American people. Instead of being repulsed by these rules, and over the last twenty years they have continued to justify their actions, under this guise of national security.

2. UNDER THE NATIONAL SECURITY VEIL

Following the terrorist attacks of 9/11, the United States proceeded to pass some laws which on their face were intended to promote national security. Unsurprisingly, it is claimed that increasing national security can only be achieved by reducing the protection of several basic and fundamental rights enshrined in the U.S. Constitution. However, this article argues that often, these security measures have the consequence of disproportionately affecting certain marginalized groups.

A) In the wake of the 9/11 terror attacks: the Patriot Act

An example of this encroachment was when congress passed the *USA PATRIOT Act* in 2001[4], a month after the 9/11 attacks, which made it significantly easier for the United States government to obtain personal information. The Act passed by an overwhelming majority under the veil of "National Security."[5]

Under this Act, the government was given the power to ignore certain constitutional and civil liberties, on account of requiring a much lower standard. As the staff attorney for the American Civil Liberties Union, Jameel Jaffer stated:

> The FBI can obtain records… merely by specifying to a court that the records are "sought for" an ongoing investigation… That standard… is much lower than the standard required by the Fourth Amendment, which ordinarily prohibits the government from conducting intrusive searches unless it has probable cause to

> believe that the target of the investigation is engaged in criminal activity.[6]

The government also used the Act as a way of broadening the scope of their power, such that domestic terrorism would now fall under the definition of "types of terrorist activities under [the government's] purview."[7] The Act further circumvents certain constitutional rights, by allowing suspects to be detained on mere suspicion, regardless of whether there is any truth to the allegations, and also allows the Department of Justice to obtain electronic communications from individuals, without ever having to obtain a court order.[8] Prior to these changes, if the government wanted to obtain this type of information, they would need to demonstrate either "probable cause or a compelling need for access to the information," but as a result of the Acts newly imposed threshold, the standard for which is essentially non-existent, the entire process is expedited at the expense of fundamental civil rights.[9]

B) The continuing trend: the REAL ID Act

In 2005, the Senate passed the *Real ID Act.* This *Act*,[10] apart from several changes to acceptable driver's licenses and identification cards, also made it significantly more difficult for asylum seekers, especially those coming from war-torn countries. The *Act* effectively expanded "the category of persons ineligible for refugee status based on their supposed 'engagement in terrorist activity.' Refugee status is denied to persons who have provided 'material support' to a terrorist organization.'"[11] This broad exception makes it increasingly difficult for a vulnerable and marginalized segment, particularly women and children, who are trying to escape being raped and tortured in underdeveloped countries.

One of the issues with this Act is that it fails to consider the involuntary actions of those people acting under duress. Take for example the story of a woman from Sierra Leone, whose name has been protected. Rebels arrived at her home, burned one of her family members, and killed another. Both she and her daughter were attacked and raped. These rebels stayed in her home for four days as unwanted guests.[12] Yet, because of the "material support" rule entrenched in the *Real ID Act,* anyone who provides support to a terrorist group is ineligible to declare refugee status in the United States. The fact that the rebels stayed in her home for four days meant that according to the law she provided support for a terrorist group, even though that support was being provided under extreme duress, she was prevented from entering the United States. Further, even if she were to then attempt to cross in Canada, she would be sent back to the United States, since the United States is a safe country.[13]

C) The recent targeting of minority groups: the 2017 'Travel Ban'

The United States has been referred to as "the nation of immigrants."[14] It is thus shocking to discover that when Mr. Donald Trump was running for President in the 2016 campaign, his poll numbers increased 6.5% after announcing that he would order "a complete shutdown of Muslims entering the United States until our country's representatives can figure out what is going on."[15] Once elected, President Trump passed Executive Orders No. 13,769 and No.13,780 to "protect the nation from foreign terrorist entry to the United States."[16] Although President Trump initially stated that the Order was passed to fulfill his campaign promise to ban Muslims from entering the United States, the legislation does not explicitly use the term Muslim.[17] However, what the Order does do, is temporarily suspend entry from seven countries, all of which happen to be Muslim-majority countries. According to President Trump, that is merely a coincidence, these seven countries were, "included because Congress and the administration had identified them as 'the most-watched countries harboring terrorists".[18]

Ironically, Executive Order 13769 uses language that includes, "[t]he United States cannot, and should not admit those who do not support the constitution," when the Order itself is likely to be against the Constitution.[19] Executive Order 13769 reduces the total number of refugee admissions to 50,000 and suspends the refugee admissions for 120 days.[20] Hours after the order had been announced, the constitutionality of the order was challenged, and deemed to be unconstitutional in that it violated the right to due process and equal protection.[21] It was in effect, except in the extent to which it was blocked by some countries, from January 27th, 2017 until March 16th, 2017. The language of the Order was particularly couched in national security terms. For example, under Section 2 it

stated that: "It is the policy of the United States to protect its citizens from foreign nationals who intend to commit terrorist attacks in the United States, and to prevent the admission of foreign nationals who intend to exploit United States immigration laws for malevolent purposes."[22]

A revised order, Executive Order 13780, was passed on March 6, 2017.[23] The bulk of the order remained the same, however, Iraq was no longer included on the list of countries whose refugee admissions would be suspended.[24] It also permitted permanent residents to enter without suspension.[25] The White House senior policy advisor, Stephen Miller, explained that "[o]ne of the big differences that you are going to see in the executive order is that it is going to be responsive to the judicial ruling, which didn't exist previously."[26] Despite these revisions, courts continue to find that the establishment clause and/or rights to equal protection were being violated, based on religious discrimination. On its face, the Order appeared to be motivated by anti-Muslim sentiment.[27] In both the 2018 *Hawaii v Trump*,[28] and the 2017 *International Refugee Assistance Project et al v Trump*[29] cases, the courts found and upheld that due to establishment clause claims a temporary nationwide restraining order should be implemented, on the basis that the Executive Order was "primarily motivated by religious animus against Muslims," and also because the President was exercising powers beyond the scope of his authority.[30]

Does the question then become why were these measures necessary? The suggested reasons: the 2017 Las Vegas shooting; the 2017 airport shooting at Fort Lauderdale airport; the Orlando nightclub shooting in 2016; the 2015 shooting in San Bernardino; the 2015 shooting in Chattanooga; and the 2015 church shooting in Charleston, were all carried out by United States citizens.[31] Yet, there is this continued divergence, singling out, and further perpetuating this racial and religious discrimination. Essentially, the United States government has identified, albeit incorrectly, that Muslim refugees are creating a threat to national security and by imposing this Order the government will be able to address the root of that problem, under this notion that the Executive Order will help promote national security. Upon closer inspection, this presupposition that Muslim refugees are posing this serious threat to national security seems not only wholly unfounded, but it can only be drawn if one were to ignore all of the recent shootings mentioned above, where that Muslim refugee precondition was not met. There is no denying that each of the aforementioned tragic events would certainly rise to the level of national security, and yet somehow none would have fallen within the purviews of this Executive Order.

The question then remains, is the purpose of this order to promote national security, or is this an attempt to provide those with a deeply ingrained stereotype with a false sense of security?[32] This stereotypical message is portrayed time and again in news reports, movies, and on television.[33] While it may be unclear whether it is the policy that is furthering the stereotype or vice versa, the fact remains that this law was passed by way of Executive Order to address what was perceived to be a national security concern. While these Executive Orders have been used more frequently of late, this power is supposed to be exercised in good faith, during times of emergency.[34] It would be unfortunate to see the President of the United States exercising his broad power, circumventing civil liberties, and passing an Executive Order for national security when in reality, the Order is not addressing a genuine concern.[35] Further, not only does the Order fail to address real issues of National Security, but bypassing it, the government is reinforcing and spreading stereotypical ideas.

3. TERRORISM AND MUSLIM CHARITIES

When George W. Bush declared war on terror, he also promised to shut down terrorism's financial network. That meant freezing the assets of any charities with ties to terrorist organizations. Within the span of a 10-day investigation, the three largest Muslim charities in the United States had all of their assets frozen.[36] The decision to enforce these "terrorism financing laws have disproportionately affected Muslim charities."[37] As the *American Civil Liberties Union* has stated:

> The laws prohibiting material support for terrorism are in desperate need of re-valuation and reform. These laws punish wholly innocent assistance to arbitrarily blacklisted individuals and organizations, undermine legitimate humanitarian efforts, and can be used to prosecute innocent donors who intend to support only

> lawful activity through religious practice, humanitarian aid, speech, or association.[38]

These terrorism financing laws deny these charities due process, and "allow the seizure and indefinite freezing of a charitable organizations' assets 'pending investigation,' without notice, charges, opportunity to respond or meaningful judicial review."[39] Without warning, the charitable organization will receive a letter, notifying them that the charity's property and interests in property will be blocked while the investigation takes place. In the meantime, the charitable organization has no way of providing defense and incurring legal fees, because all their assets have been seized.

As an example of the application of these laws, *KindHearts for Charitable Humanitarian Development Inc.* attempted to avoid having their assets frozen and tried to comply with the law. Then in 2006, the charity had all of their assets frozen without notice. They were told that they were under investigation, "without notice of the basis for the freeze, any hearing, any finding of wrongdoing, or any meaningful opportunity to defend… based on classified evidence."[40] Furthermore, all of the proceedings were conducted *ex parte* and *in camera* without the presence of the charitable organization. Despite all of this, there is no accountability, since the government is free to hide behind the cloak of national security, and while that may be enough reasoning for the United States to continue engaging in this practice for the immediate future, other countries have started to denounce these terrorist designations and asset seizures.[41]

4. THE PROLIFERATION OF ANTI SHARIA-LAW

At this time the United States has not passed any federal legislation which explicitly prohibits Sharia law. At the state level, more and more states are either proposing or passing bills that would prevent the courts from enforcing foreign law. Between the years 2010 and 2016, 18 anti-Sharia bills have been enacted, and a total of 194 anti-Sharia bills have been introduced.[42] "The 'anti-Sharia law' movement did not originate within a vacuum, but has been garnering support and influence since 9/11."[43]

According to Yerushalmi, it is not the passing of the bills that matter, but rather the discussions that come from it. In his view, "[i] f this thing passed in every state without any friction it would not have served its purpose."[44] Instead, he hopes people will think deeply about these issues, as did former National Security Advisor Michael Flynn, who once said:

> I don't see Islam as a religion. I see it as a political ideology… it will mask itself as a religion globally because, especially in the west, especially in the United States, because it can hide behind and protect itself behind what we call freedom of religion.[45]

It is that ignorance and lack of understanding which enables many of these anti-Sharia law bills to be passed at a state level and normalizes this culture of fear. However, rather than overgeneralizing and drawing conclusions based on stereotypes, it is important that people understand the consequences that stem from passing anti-Sharia laws, and whether these laws serve to address any real threat at all.

Many people think of honor killing and immediately decide that this is a law that should never be followed. What they fail to consider, is that such laws could never be enforced in the United States as "the applicability of foreign law is always determined by American law. The Constitution establishes that foreign law does not supplant state law or American law."[46] The threat of Sharia law superimposing on American law had never been a problem, but by introducing these bills, these advocates "propelled Islamophobia into cities and towns across the US that had never heard of Sharia, let alone perceived Sharia as a threat to their constitutional rights or way of life."[47]

These bills instill fear and hate, into the American people, and further stigmatize this minority group. What often becomes overlooked are some of the fundamental problems which are inevitable once one of these anti-Sharia bills has passed, namely the effects on wills and marriage contracts. If a judge is unable to enforce Sharia law, then any marriage contract or will be based on Sharia principles becomes unenforceable.[48] A Muslim person would need to carefully make sure that any contracts are void of Sharia principles. Any marriage contracts promising a dowry to the wife upon divorce would be difficult if not impossible to enforce. Such a contract would have been carefully drafted, to protect the woman, and to ensure that she will be taken care of if her husband ever decides to

leave. Typically the place where the marriage takes place is the law that governs. If Sharia law is not recognized, then what does that mean for marriages conducted outside the United States where Sharia law applies? The law which was intended to protect people has this ancillary effect which can potentially cause a significant amount of uncertainty and financial harm.

Similarly, the constitution protects the freedom of religion. Presumably, there are Muslim people with certain religious beliefs who would prefer to draft a will that reflects those beliefs. If they happen to live in a state where anti-Sharia law has been passed, then they will be denied those rights.[49] Instead of simply leaving it to the courts' discretion, and allowing them to examine the circumstances on a case by case basis, anti-Sharia laws divest judges from the authority to decide what law governs. To date, only one lawsuit has struck down anti-Sharia legislation,[50] but if this trend continues, more are bound to follow.

In 1965, the United States Congress passed the *Immigration and Nationality Act,* which stated that no person could be "discriminated against in the issuance of an immigrant visa because of the person's race, sex, nationality, place of birth or place of residence."[51] Time has passed, but rather than adopting policies that address the root of the issue, the government is choosing instead to ignore these non-discriminatory *Acts.* A more successful policy would look to change the structure, instead of focusing on the symptoms, "undocumented people are a symptom of a problem, not the problem itself."[52]

5. NATIONAL SECURITY AND MINORITIES IN FOREIGN SOIL

Finding the right balance between national security and constitutional rights is a difficult task and one which has leaned more heavily on the side of national security in the United States in the years following 9/11. Although the official numbers are unknown, it is reported that recently the CIA operated at least 95 black sites in over 30 states, while also operating at least 17 floating prison ships.[53] Prisoners at these black sites were subjected to enhanced interrogation techniques, such as waterboarding, stress positions, and ice baths, all in an attempt to elicit information.[54]

If an individual is detained at these black sites, any semblance of rights is all but forgotten, as they become trapped in a legal black hole, irrespective of any universal norms.

The right to be free from torture is a universally accepted non-derogable right, the United States has ratified the *United Nations Convention Against Torture*[55], and yet these prisoners were being detained indefinitely, without being charged, and without being permitted access to the judicial process.[56] "Legislation specifically instructs domestic judges not to rely on foreign sources for their interpretation of its prohibitions."[57]

Sadly, there is little accountability for officials involved in these covert practices. The immunity doctrine protects officials from torture claims. As it has been claimed, "even if plaintiffs had rights under the Due Process Clause and the Cruel and Unusual Punishment Clause and even if those rights had been violated, qualified immunity shields the [official]."[58] In dozens of cases, courts have found that there is no lawful reason to detain these prisoners, and yet despite these findings, there is still no guarantee that these prisoners will be released.[59] Courts in the United States have opted instead to interpret war crimes in their way, separate and distinct from the definitions used in international humanitarian law and irrespective of any *jus cogens* norms.[60] Furthermore, individuals are prevented from bringing any civil actions forward due to the state secrets doctrine which bars anything posing any risk to national security from advancing to trial.[61]

As it has been stated, "the creation of human rights-based norms and their place in any hierarchy comes back in most cases to the judges themselves."[62] Recently, that discretion is being overshadowed because of decisions made by the executive branch and the separation of powers. New policies and public opinion, in light of the San Bernadino and Paris attacks, are allowing human rights to take a back seat to national security. The United States has shut its doors to thousands of refugees, calling it a "necessary precaution to protect U.S. citizens."[63] They do so relying on old precedents established in cases like *Chae Chan Ping* (1889) and *Korematsu* (1944). These were cases that established this "necessary precaution,"[64] and preserving national security interests by way of discrimination.[65]

6. OPPRESSING MARGINALIZED GROUPS UNDER THE GUISE OF PROMOTING NATIONAL SECURITY

The analysis of these selected laws, policies, and executive orders serve to illustrate how the national security narrative has been used, in multiple aspects, to undermine the rights of minorities. While not always overtly directed at certain specific groups, reports have demonstrated that their effects have been to target and undermine minority groups. Their detrimental effects are both direct, by limiting and stripping these groups of their constitutionally protected rights, but also symbolic, contributing to the institutionalization of fear and discrimination.

The narrative of 'in the name of national security' used to justify draconian measures that affect minorities has the consequence of shielding these measures from legal scrutiny. Under the veil of national security, such measures are normalized and they make the violation of civil liberties and human rights accepted by the general public. This in turn has the effect of creating a social norm where individuals can be stripped of rights for the greater good of 'keeping the nation safe'. However, many of the national security measures adopted in the United States to counter alleged terrorist threats start from a dangerous premise: that individuals bearing some common characteristics (e.g. nationality) pose a greater threat to the nation and thus shall be the focus of such measures. It is a slippery slope scenario: once rights are minimized or limited in the name of national security, the government gives itself *carte blanche* to act, rights become derogable and disposable, to the detriment of all.

The purpose of this paper was to examine some selected case studies of measures adopted in the United States in the name of national security which can have detrimental effects on individuals from minority groups. The empirical analysis of the measures adopted by the government not only demonstrate that they aim, directly or indirectly, to target and marginalize minorities, but also, and importantly, that there is no evidence that they are making the country safer, and thus not achieving their national security objectives.

•The author wishes to acknowledge and express her deepest gratitude for the support provided by The F. A. Hayek Program for Advanced Study in Philosophy, Politics, and Economics at the Mercatus Center at George Mason University, which made this project possible.

NOTES

1. Public Law, 107-56-October 26th, 2001 (hereinafter 'Patriot Act').
2. Public Law 109-13 109th Congress, May 11th, 2005.
3. Order 13769, January 27th, 2017; Executive Order 13780 and Presidential Proclamation 9645.
4. Note 1.
5. U.S. Senate Roll Call Votes 107th Congress – 1st Session, www.senate.gov, October 25, 2001.
6. Brasch, Walter M., and Jörg Waltje. America's unpatriotic acts: The federal government's violation of constitutional and civil rights. Peter Lang, 2005 at 12.
7. Kleinder, Yevgenia S. "Racial profiling in the name of national security: Protecting minority travelers' civil liberties in the age of terrorism." BC Third World LJ 30 (2010): 103 at 106.
8. See Kleinder, supra note 2 at 118. One of those opposing the Act was Senator Russ Feingold, who "warned that the PATRIOT Act fell 'short of meeting even basic constitutional standards of due process and fairness [because it] continues to allow the Attorney General to detail persons based on mere suspicion."
9. Ibid, at 119.
10. See note 2.
11. Canadian Council for Refugees. (2006). Less Safe than ever: Challenging the designation of the US as a safe third country for refugees. Montreal, QC. at 2-3.
12. Janet Dench, "America no 'safe haven' for refugees." The Star (2007) retrieved from: https://www.thestar.com/opinion/2007/02/06/america_no_safe_haven_for_refugees.html
13. Ibid.
14. Tyler Lloyd, "Closing the Golden Door: The Potential Legality of Donald Trump's Ban on Muslim Immigration." (2016) 30:2 Geo Immigr LJ 399 at 400. ("Trump has defended his proposal as a necessary precaution to protect U.S. citizens "[u]ntil we are able to determine and understand this problem [of Islamic extremism] and the dangerous threat it poses" at 402.)
15. Ibid, at 399.
16. Lee, Eunice. "Non-Discrimination in Refugee and Asylum Law (against Travel Ban 1.0 and 2.0)." Geo. Immigr. LJ 31 (2016): 459 at 460.
17. Ibid, at 461.
18. "Trump's executive order: Who does the travel ban affect?" BBC News. (10 February 2017). [BBC News] online: http://www.bbc.com/news/world-us-canada-38781302
19. Executive Order No 13769. Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry To The United States, 82 Fed Reg 8977 (Jan 27, 2017) at Section 1.
20. Lee, supra note 10 at 464.
21. Darweesh v Trump, 1:17- cv-00480, (EDNY Jan 28, 2017).
22. Executive Order No 13769. Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry To The United States, 82 Fed Reg 8977 (Jan 27, 2017) at Section 2.
23. Lee, supra note 16 at 468.
24. Ibid.
25. Ibid, at 469.
26. Ibid, at 270.
27. See, Lee, supra note 10 ("As Professor Gerald Neuman points out, this directive `has no conceivable relation to the alleged national security purpose of the travel ban, and it continues to reveal the true underlying purpose of both orders.' In other words, it comprises facial evidence of discriminatory purpose" at 472.)
28. 138 S. Ct. 2392; 201 L. Ed. 2d 775.
29. 857 F.3d 554 (4th Cir. 2017).
30. Ibid, at 473.
31. BBC News, supra note 18.
32. Shaheen, Jack G. "Reel Bad Arabs: How Hollywood Vilifies a People." The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, vol. 588, no. 1, July 2003, at 172.
33. See, Shaheen, supra note 23 (Not only do these violent news images of extremists reinforce and exacerbate already prevalent stereotypes, but they serve as both a source and excuse for continued Arab-bashing by those filmmakers eager to exploit the issue. In particular, the news programs are used by some producers and directors to deny they are actually engaged in stereotyping. 'We're not stereotyping,' they object. 'Just look at your television set. Those are real Arabs'" at 189.)

34. Neighbors, William D. "Presidential legislation by executive order.» U. Colo. L. Rev. 37 (1964) at 117.
35. See, Neighbors, supra note 25 ("[T]he President has the power to act at his discretion for the public good without explicit legal authority sometimes even in violation of a law which the President believes impinges upon the common good. Constitutional restrictions have been ignored, in effect, when an emergency existed and presidential action was needed in the interest of the community" at 108-109.)
36. American Civil Liberties Union. (2009). Blocking Faith, freezing Charity. New York, NY. at 7.
37. Ibid, at 11.
38. See, American Civil Liberties, supra note 27 at 26.
39. Ibid, at 39.
40. Ibid, at 42.
41. See, American Civil Liberties, supra note 27 ("[M]any countries stopped cooperating with the U.S., because the U.S. said it had evidence of supporting terrorism, but all the 'secret' evidence the U.S. had was press clippings" at 121.)
42. Elsheikh, Elsadig, Basima Sisemore, and Natalia Ramirez Lee. "Legalizing Othering: The United States of Islamophobia." (2017) Haass Institute, Berkeley, CA. at 8 [Legalizing Othering].
43. Ibid, at 6.
44. Elliott, Andrea. "The man behind the anti-Shariah movement." New York Times 30 (2011).
45. Beinart, Peter. "The Denationalization of American Muslims." The Atlantic 19 (2017).
46. Supra note 42 at 37.
47. Ibid, at 38.
48. See Legalizing Othering, supra note 42 ("If a state legislature enacts an anti-Sharia bill into law, a judge of that state cannot enforce a contract that is based on Sharia principles. This strips judges of their ability to enforce marriage contracts, business contracts, divorce contracts, wills, etc. that are written in accordance with Sharia principles. This results in an unequal treatment of Muslims, and violates their freedom to contract, as well as their religious liberty protections as afforded by the First Amendment of the United States Constitution" at 43.)
49. See Legalizing Othering, supra note 33 ("Muslims seeking relief from a state court will have to ensure that their claims, defenses, evidence and legal arguments are scrubbed of all references to Islamic law and beliefs. Otherwise, courts will be unable to adjudicate their disputes or perform routine judicial functions, such as probating wills" at 43.)
50. Awad v Ziriax, et al, No. 10-6273 (10th Cir. 2012).
51. BBC News, supra note 11.
52. Judith Golub, "Immigration Reform Post-9/11." (2005) 13 US-Mex LJ 9 at 15.
53. Sherwood Ross, "More Than Two-Dozen Countries Complicit In US Torture Program", The Public Record (1 April 2010), online: <pubrecord.org/torture/7326/two-dozen-countries-complicit-torture/>.
54. US, Senate Select Committee on Intelligence, 113th Cong, Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program: Findings and Conclusions (Washington, DC: US Government Printing Office, 2014) at 3-4
55. N General Assembly, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85, available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b3a94.html [accessed 10 May 2019].
56. UNCATOR, 36th Sess, UN Doc CAT/C/USA/CO/2 (2006) at para 22.
57. Patricia Wald, "National Security versus Human Rights: An Uneven Playing Field." (2010) 104 Am Soc'y Int'l L Proc 458 at 459.
58. Rasul v Myers, 563 F3d 527 (DC Cir 2009) at 529.
59. Wald, supra note 57 at 459.
60. Ibid.
61. Ibid.
62. Ibid, at 461.
63. Lloyd, supra note 7 at 402.
64. Chae Chan Ping v United States, 130 US 581 (1889).
65. Korematsu v United States, 323 US 214 (1944) (Japanese Americans in the United States were ordered into Internment Camps during WWII, simply because they were Japanese Americans).

A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO: POR UM NOVO CRIVO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICO-ELEITORAIS NO BRASIL

Vítor de Andrade Monteiro
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas, Maceió/AL; Especialista em Direito Processual – ESMAL/ESAMC; Pesquisador do Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Alagoas/UFAL.

RESUMO

O presente trabalho se dedica à análise do papel ocupado pelo sistema interamericano na proteção de direitos políticos eleitorais, e os efeitos práticos que podem ser obtidos através dele. Foi demonstrado que, por se tratarem de direitos humanos, os direitos políticos também são objeto dos sistemas internacionais de proteção. Verificou-se, através da análise de alguns casos, que, em diversas áreas, o sistema interamericano tem se mostrado com um importante aliado na proteção de direitos humanos no Brasil. Abordou-se a importância do judiciário brasileiro no desempenho de sua função no sistema interamericano, e do papel dos juízes eleitorais em um ambiente de pluralidade de ordens jurídicas protetivas de direitos eleitorais, notadamente sua atuação no controle de convencionalidade eleitoral, atuando como verdadeiros juízes interamericanos. Por fim, verificou-se que os tribunais eleitorais ainda estão desempenhando de forma extremamente tímida essas atribuições, existindo um caminho bastante amplo a ser visitado na defesa dos direitos político-eleitorais.

Palavras-chave

Direitos humanos; direitos políticos; sistema interamericano.

ABSTRACT

The present work is dedicated to the analysis of the role played by the inter-American system in the protection of political electoral rights, and the practical effects that can be obtained through it. It has been demonstrated that, because they are human rights, political rights are also the object of international protection systems. It was found that in several areas, the inter-American system has proved to be an important human rights mechanism in Brazil, with some important cases being analyzed. The importance of the Brazilian judiciary in the performance of its role in the inter-American system was addressed, as well as the role of electoral judges in an environment of plurality of protective legal orders for electoral rights, notably their role in controlling electoral conventionality, acting as true inter-American judges. Finally, it was found that the electoral courts are still performing these duties in an extremely timid manner, with a very broad path to be followed in the defense of political-electoral rights.

Keywords

Humans rights; political rights; interamerican system.

1. INTRODUÇÃO

Na América Latina, a democracia é uma conquista ainda muito recente, um experimento inacabado, que vem sendo constantemente reinventado, forjando-se em um árduo processo de construção e reconstrução. A história política da região é fortemente marcada por hiatos democráticos, notadamente no contexto da guerra fria. O que a experiência demonstra é que a instabilidade democrática de um país não raro é a expressão de um movimento mais amplo que se desenvolve no continente.

No Brasil, após longos anos de governo militar, a democracia foi conquistada a duras penas somente no fim da década de oitenta, encontrando-se em incipiente estágio de amadurecimento, ainda francamente exposta aos ecos do recente passado ditatorial, que reverberam de diferentes pontos da América Latina.

Para quem experimentou os dissabores de regimes autoritários, a estabilidade democrática é uma conquista que merece celebração e atenção constantes. Em um sistema democrático, o processo eleitoral tem um papel fundamental. É por ele que os cidadãos têm a oportunidade de exercer sua soberania, participando de decisões centrais do Estado, como a escolha das autoridades responsáveis pela condução do país.

Considerando o contexto de conturbada estabilidade democrática experimentado na América Latina, houve a preocupação de que os direitos políticos ocupassem posição de destaque no sistema interamericano de proteção de direitos humanos. Todavia, o que se percebe é uma presença absolutamente tímida da temática no tribunais pátrios, sendo, assim, negligenciada uma importante via de proteção dos direitos políticos.

O presente trabalho versará sobre o papel de relevo ocupado pelo sistema americano na proteção de direitos políticos eleitorais. Inicialmente será abordado o direito político como direito humano, e sua relevância para a formação de um ambiente em que são respeitados os direitos humanos. Serão apresentadas suas principais características e sua importância para a garantia do desenvolvimento de um processo eleitoral legítimo e a formação de um adequado ambiente democrático.

Na sequência, será analisado o tratamento dado aos direitos políticos no âmbito do sistema interamericano. Para tanto, apresentar-se-á a evolução da proteção dos direitos políticos no sistema; serão analisados os mais importantes casos sobre a temática, e que tiveram papel importante para a definição do conteúdo dos direitos políticos previstos na Convenção.

Posteriormente, buscar-se-á demonstrar que o sistema americano em casos que não envolveram direitos políticos obtiveram importantes efeitos práticos no Brasil, apresentando a existência de um caminho não visitado para a defesa dos direitos eleitorais.

Por fim, serão analisadas formas de proteção dos direitos eleitorais no Brasil por meio do sistema interamericano. Nesse sentido, mostrar-se-ão duas vias de proteção: por meio da análise do papel dos juízes em um ambiente de pluralidade de ordens jurídicas protetivas de direitos eleitorais, notadamente sua atuação no controle de convencionalidade eleitoral interno; e através do controle de convencionalidade exercido no âmbito do sistema interamericano.

2. DIREITOS POLÍTICOS COMO DIREITOS HUMANOS

Os direitos políticos podem ser definidos com um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram a participação do indivíduo na formação da vontade coletiva. Juntamente com os direitos civis, os direitos políticos foram inseridos na chamada *primeira geração dos direitos humanos*, ou direitos de liberdade. Esses direitos possibilitam ao cidadão participar dos assuntos políticos e da construção da estrutura política do Estado. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH - definiu os direitos políticos como *"aquellos que reconocen y protegen el derecho y el deber de todos los ciudadanos de participar en la vida política de su país"*. Para a Comissão, *"son por esencia derechos que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político"*.

Diferentemente dos direitos civis, que buscam salvaguardar uma esfera de individualidade do cidadão em face do Estado, os direitos políticos viabilizam a integração do indivíduo na composição do corpo político estatal, e a sua participação na formação da vontade do poder e de sua gestão. Em outras palavras, os direitos políticos correspondem a titularidades que, consideradas em conjunto, são a mais ampla expressão da participação política.

O exercício desse direito pode ser expresso por meio das capacidades eleitorais ativa – direito de votar – e passiva – direito a ser votado, bem como pela filiação a partido político, além de outros meios de democracia participativa, como plebiscito, referendo, iniciativa popular e propositura de ação popular.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), por meio de seu informe de 2004, assinalou que, em um ambiente democrático, a proteção dos direitos políticos requer eficiência, transparência e equidade nas

instituições públicas, bem como uma cultura que aceite a legitimidade de oposição política e reconheça, e advogue pelo direito de todos, pois "*La democracia excede a un método para elegir a quienes gobiernan, es también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas por el poder*" .

Na atualidade, os direitos políticos são reconhecidos como uma categoria abarcada pela força expansiva da proteção internacional dos direitos humanos, incorporando, com isso, todo um conjunto de especial proteção a eles garantido, bem como lhes aplicando os critérios de interpretação próprios dessa seara. Com efeito, é bastante difícil admitir nos dias de hoje uma tese que busque negar aos direitos políticos sua condição de direito humano.

2.2. A importância do processo eleitoral na formação de um ambiente democrático

Como já afirmado, a democracia não se reduz ao simples ato de votar e ser votado. Em verdade a ideia de democracia se descortina em algo mais amplo, que envolve dimensões sociais, econômicas e políticas. Todavia, é certo que essa última se apresenta como caminho para o alcance das primeiras. É que a existência de um processo eleitoral legítimo é condição necessária para o surgimento de um ambiente democrático. É por meio dele que se acomodam tensões existentes no tecido político de um Estado. Nesse sentido, GALLAGHER afirma que um regime no qual não ocorrem eleições não pode ser qualificado como democrático em praticamente nenhuma definição desse termo.

Para a Corte IDH, o art. 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que traz previsões de garantias judicias, é aplicável a todas as instâncias processuais, de forma a garantir uma defesa adequada contra qualquer ato estatal que venha a restringir direitos, incluindo-se aqui os direitos políticos. Consagrou-se, assim, uma garantia supranacional ao devido processo eleitoral.

O processo eleitoral é o meio através do qual se transfere a vontade do eleitor, considerada essa como a expressão de sua soberania individual, para um representante eleito. É esse processo que legitima a atuação de alguns poucos, em nome do todo. Dessa forma, garantir um processo eleitoral válido e eficaz é uma forma de evitar que graves irregularidades se transformem em cotas de poder. Para a Corte IDH, é especialmente por meio do processo eleitoral que as obrigações de garantir direitos eleitorais se mostram mais relevantes e concretas.

As ameaças à legítima transferência de poder a representantes podem ser identificadas em um amplo catálogo de métodos, que vão desde a exigência de requisitos excessivamente onerosos para pode participar efetivamente do pleito (como altos custos para campanha ou exigência de apoiamento mínimo inalcançável a minorias) até a limitação de acesso aos meios de comunicação e prática de fraudes no processo de votação e apuração, para lembrar apenas os mais óbvios.

Assim, a garantia de um processo eleitoral justo se traduz em verdadeira exigência para o surgimento e manutenção de um ambiente democrático, meio adequado para a defesa dos direitos humanos. Isso implica dizer, ao fim, que a proteção do processo eleitoral se confunde com a própria defesa dos direitos humanos.

O processo eleitoral se desenvolve por meio de um conjunto de regras, chamado de sistemas eleitorais; eles podem ser moldados de diversas formas, devendo ser sopesados os elementos políticos, históricos, sociais e culturais específicos de cada Estado. A forma como são arquitetados os sistemas eleitorais está longe de corresponder a mera tecnicidade, já que decisões quanto à possibilidade de coligação entre partidos, do critério majoritário ou proporcional para o cargo, da representação sócio-demográfica de cada assento no parlamento, dentre outras, são decisivas para a definição de quem receberá as cotas de poder e para a efetiva representatividade dos eleitos.

No sistema interamericano não há a imposição de um determinado modelo de sistema eleitoral, mas é garantida uma ampla liberdade de configuração normativa para o legislador doméstico. A Convenção se restringe a estabelecer delineamentos gerais que garantem um conteúdo mínimo de direito a partir do qual pode ser erigido o sistema eleitoral local.

No capítulo seguinte, serão apresentados maiores delineamentos acerca do tratamento dos direitos políticos e do processo eleitoral no sistema interamericano.

3. PROTEÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NO SISTEMA INTERAMERICANO

3.1. Evolução da proteção dos direitos políticos no Sistema Interamericano

O reconhecimento dos direitos políticos como direitos humanos foi impulsionado por um processo progressivo de constitucionalização e, posteriormente, de internacionalização dos direitos humanos. Esse processo garantiu, além de uma importante dimensão simbólica, um sistema de proteção mais amplo, que permitiu o desenvolvimento de uma nova perspectiva de proteção em face de graves violações a direitos políticos praticadas por um Estado.

Em razão de imbricada relação com a ideia de soberania e autodeterminação do Estado, por muito tempo a questão dos direitos políticos foi tratada como um tema situado no âmbito do direito interno, cabendo tão somente ao direito constitucional o estudo de seu exercício. Contudo, o fato é que restringir ao direito nacional a solução de questões envolvendo violação de direitos políticos não se mostra muito efetivo, já que não se pode contar com um comportamento democrático de um governo ilegítimo, especialmente porque, por vezes, as instituições que poderiam realizar esse controle são aparelhadas para garantir a manutenção do governo arbitrário.

No sistema interamericano de direitos humanos, os direitos políticos possuem papel de destaque, e não sem razão. A região é historicamente marcada por diversos governos ditatoriais, especialmente no contexto da Guerra Fria, sendo a democracia uma conquista ainda muito recente. Foi apenas em 1991 que, pela primeira vez, todos os países-membros da Organização dos Estados Americanos – OEA – passaram a ser democracias. Como já visto, as crises democráticas verificadas em um Estado por vezes fazem parte de um contexto maior desenvolvido na região. Dessa forma, a constatação inevitável é de que a luta pelo fortalecimento da democracia em uma nação do continente se confunde com a luta pela democracia em toda a América.

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, adotada na Conferência Internacional Americana de 1948, foi o primeiro diploma regional a prever os direitos políticos como direitos humanos, o que foi feito por meio do seu art. XX, que previu que "Toda pessoa, legalmente capacitada, tem o direito de tomar parte no governo do seu país, quer diretamente, quer através de seus representantes, e de participar das eleições, que se processarão por voto secreto, de uma maneira genuína, periódica e livre".

A seu tempo, a Carta da Organização dos Estados Americanos, em seu art. 2.b, apontou o princípio da democracia representativa como sendo um dos vetores daquele organismo internacional. A importância da ordem democrática para a comunidade da OEA restou assentada na previsão da cláusula democrática, que impede a participação de governos em que for verificada situação de ruptura democrática.

Foi com a edição da Carta Democrática Interamericana que a defesa da democracia representativa na região ganhou contornos mais claramente delineados. Malgrado não possua natureza jurídica de tratado, a CDI é reconhecida como a interpretação autêntica das normas da Carta da OEA que tratam acerca do regime democrático. Para a Corte IDH, foi por meio da CDI que aperfeiçoou-se no sistema interamericano a relação entre direitos humanos, democracia representativa e direitos políticos. Asseverou a Corte que é por ela que *"la Convención protege los elementos esenciales de la democracia, entre los que se encuentra 'el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho"*.

Segundo CARVALHO RAMOS, esse documento possui o ineditismo de buscar o respeito tanto à democracia *formal* quanto à democracia *substancial*, passando a tratar a democracia como um direito. Esse tratamento tem a importância de superar a antiga ideia de que somente caberia preocupação acerca da defesa da ordem democrática em casos de golpes de Estado. Essa constatação reforça o caráter evolutivo dos direitos humanos, na medida em que apresenta a necessidade de novas abordagens de proteção a direitos em razão da nova realidade social em que está inserido.

A superação de um período histórico marcado por golpes de Estado não permite que seja "baixada a guarda" no defesa dos direitos políticos. Ao revés. É justamente nesse momento que se faz necessária uma recalibragem dos mecanismos de proteção, de forma que propiciem a promoção de novas conquistas na efetivação desses direitos. É dizer:

a sofisticação na forma de violação de direitos, exige abordagens de proteção em conformidade com os novos tempos. A concepção de que a defesa da ordem democrática não pode ficar restrita a situações de golpes de Estado torna-se especialmente importante quando se constata que, na atualidade, a imagem de tanques de guerra invadindo palácios de governo foi substituída por formas menos evidentes usurpação democrática.

Um dos meios mais comuns de ameaça ao processo eleitoral se dá pela ilegítima restrição dos que podem participar do jogo democrático. Esse subterfugio traz a vantagem de permitir a utilização de um discurso de legitimidade do poder, com o mesmo resultado prático de um golpe armado, que é a alternância do Governo. Esses novos meios de ameaça à estabilidade democrática têm sido identificado na América Latina, e combatido por meio do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

3.2 Em busca da definição do conteúdo dos direitos políticos no sistema interamericano

Os casos envolvendo direitos políticos que foram submetidos ao Sistema Interamericano ainda são poucos, mas extremamente ricos e importantes para o delineamento do conteúdo e das garantias dos direitos políticos no sistema interamericano. Antes mesmo da temática relativa a direitos políticos ser enfrentado diretamente pela Corte, o que ocorreu com YATAMA vs Nicarágua (2005), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já vinha abordando a temática por meio de seus informes. DALLA VIA, apresenta uma série de informes da CIDH que trataram de questões envolvendo democracia e direitos políticos desde os anos 80, dentre eles: a) Informe 26/88, que abordou o monopólio de candidaturas; b) Informe 1/90, tratando de irregularidades no processo eleitoral; c) Informe 30/93, envolvendo condições de elegibilidade; d) Informe 137/99, sobre senadores vitalícios e designados; e) Informe 103/01, acerca da participação feminina no processo eleitoral, dentre outros.

No âmbito da Corte IDH, os principais casos em que foram debatidos direitos políticos foram YATAMA vs Nicarágua (2005), CASTAÑEDA GUTMAN vs Estados Unidos Mexicanos (2008) e LOPEZ MENDOZA vs. Venezuela (2011).

3.2.1 YATAMA vs Nicarágua (2005)

A CIDH, em abril de 2001, reebeu petição relatando a ocorrência de violação a diversos direitos previstos na CADH e na CDI em prejuízo da organização indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA). O cerne da questão envolveu a promulgação da Lei Eleitoral nº 331, que impediu que associações de subscrição popular participassem de eleições, e estabeleceu a obrigatoriedade de filiação a partido político. Em decorrência dessa limitação, a YATAMA tentou ser reconhecida como partido político, não obtendo êxito, o que gerou o impedimento de seus membros participarem das eleições de 2000.

Em junho de 2003, a CIDH remeteu o caso à Corte IDH buscando a responsabilização do Estado da Nicarágua pela violação de diversos direitos previstos na CADH, dentre eles, os direitos políticos previstos no art. 23.

Julgando a questão, a Corte reconheceu: a) o direito ao devido processo eleitoral, incluindo o dever de observância da CADH em todas as instâncias processuais que possam afetar o gozo de direitos políticos; b) o direito a recursos interno efetivos contra violações a direitos políticos; c) direito a proteção igualitária da lei e de não discriminação, considerando discriminatória a distinção que careça de justificativa objetiva e razoável; d) dever do Estado de desenvolver condições e mecanismos para que os direitos políticos possam ser exercidos e gozados de forma efetiva e sem discriminações; e) possibilidade dos Estados estabelecerem padrões mínimos para regular a participação política; f) a ausência de previsão na CADH de disposição que limite a participação em processos eleitorais através de partidos políticos; g) que a restrição imposta pela *Ley* questionada impediu a participação da YATAMA nas eleições, já que condicionou sua participação a uma forma de organização alheia aos seus costumes e usos. Concluiu a Corte que houve violação dos direitos políticos e de igualdade, gerando prejuízo aos candidatos propostos pela YATAMA em suas participações nas eleições de 2000.

3.2.2 CASTAÑEDA GUTMÁN vs México

Em outubro de 2005, foi enviada petição à CIDH aduzindo que o senhor Jorge Castañeda Gutman teria sido irregularmente impedido de

participar das eleições presidenciais mexicanas de 2006. Asseverou-se que não foi aceita sua candidatura independente ao cargo de presidente, sob o argumento de que apenas os partidos políticos nacionais poderiam solicitar o registro de candidatos.

Ao julgar o caso, a Corte IDH reconheceu: a) o direito a recursos efetivos contra decisões que violem direitos previstos na CADH; b) o dever dos Estados adequarem seu direito interno às disposições da Convenção; c) que os direitos políticos políticos são direitos humanos fundamentais dentro do sistema interamericano e que se relacionam estreitamente com outros direitos consagrados na CADH; d) que a CDI plasmou a relação entre direitos humanos, democracia representativa e direitos políticos; e) que o exercício efetivo dos direitos políticos constituem um fim em si mesmo, e um meio fundamental para alcançar os direitos humanos previstos na CADH; f) que as causas pelas quais podem ser condicionado o exercício dos direitos políticos buscam evitar discriminações no exercício desse direito, sendo legítimas aquelas que não sejam desproporcionais e desarrazoadas, e observem a legalidade; g) que o direito de participar da direção dos assuntos políticos, implica em uma obrigação positiva do Estado de propiciar os meios para garantir o livre e pleno exercício desses direitos humanos, viabilizando a realização de eleições, organizando as instituições envolvidas no processo eleitoral, dentre outros; h) que a restrição do registro de candidaturas a partidos políticos não necessariamente constitui limitação ilegítima. Ao fim, entendeu a Corte que não houve ilegítima restrição do direito político de elegibilidade, mas que o Estado violou o direito de ter acesso a recurso efetivo, previsto no art. 25.

3.2.3 LOPEZ MENDOZA *vs.* Venezuela

A CIDH recebeu petição apontando violação direitos políticos sofridas por Leopoldo Lopez Mendoza. O caso foi remetido à Corte em dezembro de 2009, e buscou a responsabilidade internacional do Estado venezuelano em razão de tê-lo tornado inabilitado para o exercício de função pública e tê-lo impedido de participar das eleições regionais do ano de 2008.

López Mendoza foi eleito para o cargo de Prefeito da cidade de Chacao, que faz parte da região metropolitana de Caracas, em 2000, sendo reeleito em 2004 com 80% dos votos e ocupando o cargo até 2008. Na época em que sofreu a sanção de inabilitação, era um dos maiores opositores político ao governo de Hugo Chávez, contando com cerca 70% do apoio popular no momento da eleição de 2008 . Além dele, centenas de outros venezuelanos oposicionistas também foram impedidos de concorrer àquele pleito. Ao encerrar seu mandato de gestor da cidade de Cachao, López Mendoza viu-se impedido de concorrer à Prefeitura de Caracas em decorrência de duas sanções de inabilitação que lhe foram impostas pelo Controlador-Geral da República, em dois processos administrativos distintos, tendi sido condenado ao pagamento de multa e à inabilitação para o exercício de funções públicas pelo período de seis anos.

Ao analisar a questão, a Corte reconheceu: a) que o exercício dos direitos políticos constituem um fim em si mesmo; b) que as restrições ao acesso a cargo político não podem ser feitas por sanção administrativa; c) que houve restrição do direito à elegibilidade fora das causas admitidas; d) o direito ao devido processo em todas as instâncias, incluindo o dever de motivação de decisões que gerem inabilitação; e) direito a recurso efetivo; f) que deve existir segurança jurídica acerca do momento em que se pode impor uma sanção. Concluiu a Corte, então, que houve a violação de direitos políticos de Lopez Mendoza, notadamente o de ser eleito e de ocupar cargos públicos.

3.2.4 Medidas cautelares e provisórias

Como visto nos casos acima apresentados, o sistema interamericano de petições é capaz de desempenhar um importante papel na responsabilização de Estados pela prática de atos violadores de direitos consagrados na Convenção. Ocorre que, no caso de constatação de violação de direito protegido na CADH, a solução final oferecida pelo sistema de petições, com seu custoso procedimento bifásico, dificilmente é rápida o suficiente para atender situações urgência. Por essa razão, o próprio sistema interamericano trouxe a possibilidade de expedição de medidas ágeis que podem evitar, ou até mesmo sustar, a violação de direitos.

Nesse sentido, o regulamento da CIDH (art. 25) prevê que, em casos de urgência e de gravidade, o órgão poderá solicitar que um Estado adote medidas cautelares para evitar danos irreparáveis. Essa solicitação poderá decorrer de iniciativa própria da Comissão ou em razão de

petição de parte. A Comissão pode, ainda, nos termos do art. 76 do Regulamento, solicitar à Corte IDH a adoção de medidas provisórias, em casos de extrema gravidade e urgência, a fim de evitar dano irreparável à pessoa, em matéria ainda não submetida à Corte.

Tratando acerca da proteção de direitos políticos, ao analisar o caso PETRO, a Comissão editou medida cautelar que obteve interessante efeito prático. O caso envolveu a abertura, pela Procuradoria-Geral da Nação da Colômbia, de investigação disciplinar em desfavor do senhor Gustavo Francisco Petro Urrego, Prefeito da Cidade de Bogotá, em virtude de supostas irregularidades na prestação de serviços públicos de limpeza na capital colombiana, que envolveram a alteração do regime de prestação desses serviços – que deixaram de ser realizados por concessionárias privadas e passaram a ser executados pelo ente público. Em suma, foi alegado que essas mudanças de sistemática de prestação dos serviços promovidas pela prefeitura teriam provocado danos ambientais à cidade de Bogotá. Em 9 de dezembro de 2013, após apresentação e julgamento de recursos, a Procuradoria-Geral da Nação emitiu uma decisão declarando que o senhor Petro Urrego seria responsável pelos danos ambientais causados pelas falhas na prestação dos serviços de limpeza, impondo-lhe sanção de destituição do cargo e inabilitação geral por 15 anos.

A CIDH registrou, com fundamento no art. 41(b) da Convenção Americana e no art. 18 do seu Estatuto, a possibilidade de concessão de medidas cautelares em hipóteses de gravidade, urgência e irreparabilidade. Foi ressaltado que essas medidas têm uma dupla natureza: cautelar e tutelar. O aspecto tutelar da medida se refere ao intuito de evitar um dano irreparável e preservar o exercício de direitos humanos. O cautelar, por sua vez, tem por escopo proteger uma situação jurídica enquanto a questão está sendo examinada pela Corte; em outras palavras, busca assegurar o *effet utile* da decisão de fundo e, assim, evitar lesões ao direito humano tratado. Analisando os requisitos para a concessão da medida cautelar – de gravidade, urgência e irreparabilidade – a CIDH, em decisão de 18 de março de 2014, entendeu que todos eles estariam presentes na demanda em exame e determinou que o Governo da Colômbia suspendesse imediatamente os efeitos da decisão da Procuradoria-Geral da Nação de 9 de dezembro de 2013, que destituiu e tornou inelegível o peticionante, *"a fin de garantizar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego y pueda cumplir con el período para el cual fue elegido"*.

Todavia, no dia 19 de março de 2014, dia imediatamente seguinte à decisão da Comissão, o Presidente da Colômbia, sob alegação de cumprimento da decisão da Procuradoria-Geral da Nação, desconsiderou o teor da medida cautelar concedida e destituiu o senhor Petro Urrego do cargo de Prefeito da cidade de Bogotá. Por conta disso, no dia 22 de abril de 2014, foi acionado o Tribunal Superior de Bogotá, que determinou que o Presidente colombiano reconduzisse o senhor Petro Urrego ao cargo de Prefeito da cidade de Bogotá. Essa decisão do Tribunal foi cumprida pelo Presidente no dia seguinte.

Após o correspondente recurso, a Sala Plenária do Conselho de Estado tornou sem efeito a decisão que inabilitou e destituiu Gustavo Petro, o que lhe permitiu disputar as eleições presidenciais de 2018.

4. O BRASIL E O SISTEMA INTER-AMERICANO

O Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, sujeitando-se, com isso, a uma série de deveres previsto nesse importante documento internacional, dentre eles o de respeitar e garantir os direitos previstos na CADH, adotando as disposições protetivas de direito interno. O compromisso assumido pelo Brasil ficou ainda mais intenso com a adesão à cláusula facultativa que reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que ocorreu em 1998. Como bem preleciona PIOVESAN, a adesão do Brasil a tratados internacionais de direitos humanos tem um importante aspecto simbólico, que é o de representar "o seu aceite para com a ideia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a ideia das legitimidades das preocupações internacionais". Além disso, a inserção do Brasil em um sistema de proteção internacional tem o condão de "redimensionar o próprio alcance do termo 'cidadania'". É que com essa adesão os indivíduos passam a ser titulares de direitos acionáveis, e defensáveis, dentro desse sistema internacional de proteção. Com isso "o universo de direitos fundamentais se expande e se

completa, a partir da conjugação dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos".

Ao tratar acerca do relacionamento do ordenamento brasileiro com as normas internacionais de direitos humanos, a Constituição brasileira trouxe em seu bojo a previsão de uma cláusula de abertura aos direitos humanos, por meio da qual ficou consignado que os direitos e garantias expressos naquele documento "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte".

Para respeitável parcela da doutrina, resulta dessa cláusula de abertura que os tratados internacionais sobre direitos humanos que foram incorporados pelo Brasil correspondem a normas materialmente fundamentais, passando a integrar o ordenamento jurídico brasileiro sob a hierarquia constitucional. Essa previsão se coaduna com a tendência das constituições contemporâneas de oferecer um tratamento especial aos tratados internacionais de direitos humanos, sendo "sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central".

Entretanto, após longos anos de debates, o Supremo Tribunal Federal acolheu a chamada teoria do duplo estatuto para os tratados de direitos humanos, que consiste, em síntese, em reconhecer a natureza constitucional para os tratados aprovados pelo rito especial do art. 5º, §3º, e natureza supralegal para os demais tratados. Não obstante não faltem críticas a esse posicionamento, especialmente por colocar a Constituição nacional em hierarquicamente superior aos tratados internacionais de direitos humanos, o fato é que, na atualidade, a Corte Maior reconhece que as leis e atos normativos internos só serão válidas se compatíveis, simultaneamente, com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos. Além disso, é reconhecido aos tratados incorporados pelo rito especial o mesmo *status* de norma constitucional, servindo, inclusive, de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

4.1. Efetividade das decisões do Sistema Interamericano no Brasil

Como visto acima, os tratados de direitos humanos podem ser incorporados no Brasil com *status* constitucional ou supralegal. A Convenção Americana de Direitos Humanos foi incorporada pela rito comum, sendo, portanto, norma supralegal. Uma das consequências desse processo expansivo de proteção de direitos humanos, que integra tratados internacionais ao sistema nacional, é a possibilidade de fiscalização e controle, pelos mecanismo de supervisão e monitoramento, das obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional. O Estado brasileiro já foi acionado diversas vezes por violação a direitos previstos na Convenção Americana, e pelas mais variadas razões.

Ainda que se perceba um estado ainda incipiente das instituições nacionais no reconhecimento da sujeição ao sistema interamericano, é possível constatar contribuições efetivas desse sistema na proteção direitos humanos no Brasil. Em razão dos objetivos desse trabalho, serão tratados, de forma pontual, alguns casos em que o Brasil foi denunciado no sistema interamericano, a fim de demonstrar importantes efeitos práticos obtidos e que representaram incremento da proteção dos direitos humanos violados.

Ao julgar o caso *Ximenes Lopes*, o primeiro caso a tratar da saúde mental na Corte, o Brasil foi condenado pela violação ao direito à integridade pessoal e à vida, além de garantias judiciais, em razão do cruel assassinato de Damião Ximenes em uma casa de repouso no Estado do Ceará. A Corte condenou o Brasil em pena pecuniária a ser paga a familiares da vítima, e impôs a obrigação de investigar os fatos em tempo razoável, de publicar a sentença no diário oficial e de criar programas de capacitação para pessoas ligadas ao atendimento de saúde mental. Ainda que de forma excessivamente lenta, já que se passaram sete anos entre a apresentação da petição e a sentença da Corte, a provocação do sistema interamericano apresentou importantes repercussões internas. ROSATO E CORREIA destacam que, mesmo antes da conclusão do julgamento perante a Corte, já puderam ser observados progressos, dentre os quais: houve o descredenciamento da Casa de Repouso Guararapes, onde ocorreu a morte de Damião, para prestar serviços ao SUS, e sua desativação quase um ano depois do acontecido; houve a concessão de uma pensão vitalícia para a mãe de Damião; e também a inauguração de centro de saúde com o nome de "Damião Ximenes Lopes",

com observância à nova política de saúde mental, trazida pela Lei n. 10.216/2001.

Um outro caso de bastante relevância é o Maria da Penha, Em 1998 foi apresentada petição à CIDH tendo por objeto violência doméstica sofrida pela senhora Maria da Penha Maia Fernandes. Os fatos narrados ocorreram 15 anos antes, mas, até àquela data, o processo criminal não havia sido encerrado, e havia sério risco de prescrição. O caso foi admitido pela Comissão, que dirigiu ao Brasil uma série de recomendações, dentre as quais: conclusão do processo judicial, com responsabilização dos envolvidos na demora; reparação pecuniária da vítima; implementação de políticas públicas ao combate à violência doméstica; intensificação da criação de delegacias de polícia especializadas. Diante das recomendações, foram adotadas pelo Brasil medidas voltadas ao incremento na proteção dos direitos da mulher no Brasil, especialmente sob duas formas: acrescendo as políticas públicas já existentes no Brasil, e impulsionando a adoção de novos programas; edição de legislação específica para a temática, o que veio a ocorrer com a edição da Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Além disso, mesmo não sendo possível estabelecer uma relação de causalidade direta, diversos aprimoramentos institucionais para a proteção dos direitos da mulher foram observados a partir do caso, como a criação de delegacias especializadas, abrigos para mulheres, dentre outros. O agressor, Marco Antônio Heredia Viveros, foi preso no ano de 2002, um ano após a expedição de recomendações pela CIDH.

O terceiro caso trata da crise prisional vivida no Brasil: é o chamado Caso Penitenciária Urso Branco. A Comissão recebeu petição, no ano de 2002, relatando a ocorrência de graves violações a direitos de presos detidos na Penitenciária Urso Branco, em Porto Velho. Foi informado que, enquanto estavam sob custodia do Estado brasileiro, dezenas de presos foram assassinados. Mesmo após a Comissão solicitar ao Brasil a adoção de medidas para a proteção e integridade dos presos, novos crimes continuaram a acontecer. Em razão disso, a CIDH solicitou à Corte a determinação de medidas provisórias ao Estado brasileiro, a fim de evitar outras mortes, tendo sido expedidas diversas resoluções que determinaram medidas a serem cumpridas pelo Brasil. Em 2011, a Comissão firmou um acordo com o Estado brasileiro, que se comprometeu a implementar políticas voltadas a melhorias no sistema prisional. Registram LIMA e ALVES, que, no caso Urso Branco, foram cumpridas "algumas recomendações da Comissão, bem como as medidas provisórias da Corte", dentre as quais se destacam: ampliação do presídio, capacitação de agentes penitenciários, assinatura de documento chamado de "Pacto para melhoria do sistema prisional do estado de Rondônia e levantamento das medidas provisórias outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos".

Ainda que se reconheça uma evidente necessidade de incremento na efetividade das decisões e atos oriundos do sistema interamericano no país, os três casos acima apresentados são uma demonstração de como esse meio de proteção se mostra útil e efetivo, na defesa de direitos humanos no Brasil.

5. O SISTEMA INTERAMERICANO NA PROTEÇÃO DA ESTABILIDADE DEMOCRÁTICA NO BRASIL.

Como visto, por consistirem em direitos humanos garantidos por tratados incorporados pelo Brasil, os direitos políticos eleitorais possuem uma dupla proteção: a promovida pela ordem jurídica nacional e a decorrente dos sistemas internacionais. A proteção com fundamento no direito internacional pode ser desenvolvida tanto por meio da aplicação dos tratados internacionais no sistema jurídico nacional - que servirão como parâmetro para o controle de convencionalidade, senão também por meio de órgãos com jurisdição internacional. É o que será visto a seguir.

5.1. Controle de convencionalidade eleitoral no Brasil

A análise da compatibilidade dos atos internos com a Convenção é conhecida pela doutrina e pela jurisprudência, como controle de convencionalidade. Em uma perspectiva nacional, costuma ser mais notado o controle realizado pelo judiciário. Não obstante, essa análise também pode ser desenvolvida pelo executivo, que pode vetar um projeto de lei por entender inconvencional, por exemplo; e pelo legislativo, realizando um controle preventivo de convencionalidade durante o processo legislativo.

No âmbito do Poder Judiciário, o controle de convencionalidade no Brasil pode ser realizado por todos os juízes e cortes nacionais, o que implica reconhecer que todo o juiz brasileiro, ao avaliar legalidade de uma lei ou ato normativo, deve aferir também sua compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Para desempenhar esse papel de "juiz interamericano", é necessário, além do conhecimento do texto das normas convencionais, a observância das interpretações emanadas pela Corte Interamericana ao realizar o controle de convencionalidade de matriz internacional.

Para García Ramírez, como foi conferida à Corte IDH o poder de interpretar a Convenção Americana, a ela cabe também definir o significado e sentido de suas normas, não somente em relação ao caso concreto, mas também às demais hipóteses provenientes do exame desse caso. É preciso, assim, que seja construído um diálogo entre as Cortes que realizam o controle de convencionalidade. Esse diálogo mostra-se importante para evitar o que André de Carvalho Ramos chamou de "truque de ilusionista", no qual os Estados aceitam o teor dos documentos internacionais, mas, na prática, os descumprem, aplicando-os conforme seu próprio entendimento, e permitindo que existam diversas "Convenções Americanas de Direitos Humanos", cada país tendo a sua própria. A efetivação desse "diálogo entre Cortes" não importa simplesmente na interpretação dos tratados e convenções pelos tribunais locais, mas, principalmente, na repercussão das interpretações das cortes internacionais nos tribunais internos.

Para o Direito Eleitoral, a temática apresenta especial relevância quando se recorda que a Convenção Americana possui *status* supralegal, o que significa que ela se posiciona hierarquicamente acima do Código Eleitoral, da Lei das Eleições, da Lei dos Partidos Políticos, da Lei das Inelegibilidade – com as alterações promovidas pela Lei da Ficha Limpa, das resoluções do TSE – que equivalem a leis ordinárias, e de todas as demais normas e atos infraconstitucionais que regulam o processo eleitoral.

Entretanto, o que se percebe na prática é que são extremamente raras as petições que invocam a Convenção para a defesa de direitos políticos eleitorais, e ainda mais incomuns os julgamentos em que o documento é sequer mencionada. Nesse sentido, Marcelo Peregrino Ferreira afirma que "*(s)e sob outras esferas do Direito a eficácia dos tratados internacionais de Direitos Humanos já é limitada, essa timidez é ainda mais contundente na Justiça Eleitoral*".

Em trabalho realizado no ano de 2014, a fim de avaliar a presença do sistema interamericano de direitos humanos na jurisprudência eleitoral brasileira, buscamos no repertório de decisões do TSE referências às expressões mais comumente utilizadas para se referir ao sistema, e obtivemos os seguintes resultados: foram encontrados no repertório de jurisprudência dessa Corte apenas três julgados fazendo referências a dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, e em nenhum dos casos foi feita menção a decisões da Corte IDH. Essa mesma pesquisa foi realizada cinco anos depois, utilizando termos idênticos, e o cenário se mostra promissor, tanto em termos quantitativos, como qualitativos. Foram encontrados diversos casos com referências aos termos buscados julgados, e com variadas formas de abordagem.

Em alguns casos é possível perceber que o TSE demonstra a preocupação de explicitar a verificação da compatibilidade das normas eleitorais com a CADH. É o que se percebe no REsp nº 060140239 em que foi consignado que "A exigência de requisitos formais estabelecidos em leis e resoluções do TSE para participar do pleito *não conflita com* o texto constitucional nem com a *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Em outra oportunidade, o Tribunal Superior Eleitoral, em julgado recente, reconheceu que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelo judiciário dos Estados-Partes da Convenção de forma difusa, afirmando que "Conquanto ainda não consolidada a jurisprudência brasileira, revela–se prudente que o controle de convencionalidade dos tratados de direitos humanos, com status de supralegalidade, deva ser exercido pela via jurisdicional e em controle difuso".

Todavia, conquanto seja animadora a constatação do reconhecimento do dever de exercer o controle de convencionalidade pelo Tribunal Superior Eleitoral, a análise do repertório jurisprudencial permite concluir que ainda não está sedimentado um efetivo diálogo de Cortes. Ao julgar o Recurso Especial n.º 47153/2014, o TSE, "em uma interpretação inédita e 'à brasileira'", concluiu que as normas

restritivas ao direito à elegibilidade não seriam passíveis de controle de convencionalidade, e que, caso fosse admitido esse controle, qualquer hipótese de inelegibilidade veiculada por norma infraconstitucional seria atentatória ao art. 23 da Convenção. Esse entendimento foi reafirmado no REsp nº. 23184/2018. Contudo, como visto anteriormente, essa conclusão não reflete o entendimento da Corte IDH, que reconheceu a possibilidade e estabeleceu parâmetros para restrições de direitos à elegibilidade. Nesse ponto, é importante relembrar, como bem o faz FERREIRA, que os direitos humanos no Brasil estão sujeitos a uma dupla proteção, de forma que deve ser "afastada a ideia assentada no acórdão de conflito entre ordens jurídicas plurais", uma vez que cada Corte atua em ordens jurídicas diversas e com fundamentos distintos.

Com efeito, é possível identificar um significativo avanço do Tribunal Superior Eleitoral em relação ao reconhecimento do dever de respeito às normas protetivas de direitos políticos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, como reconhecido pelo próprio órgão, essa postura ainda está longe da consolidação na jurisprudência brasileira.

Um fato que pode contribuir para o desprestígio do controle de convencionalidade eleitoral no Brasil é a preterição do direito internacional dos direitos humanos dentre as disciplinas cujo conhecimento é exigido dos que buscam a carreira da magistratura estadual no país, que é quem exerce a jurisdição eleitoral de primeira instância. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 75/2009, definiu quais as disciplinas devem ser obrigatoriamente exigidas nos concursos de provimento de cargos da magistratura estadual. O direito internacional dos direitos humanos não está incluído dentre as doze matérias jurídicas que compõem a lista, ficando ao critério de cada Tribunal de Justiça do país decidir se ele será cobrado ou não no concurso público. Essa omissão é simbólica, na medida em que: a) sugere um descompasso entre as obrigações assumidas internacionalmente e o comportamento adotado no âmbito interno; b) desestimula o desenvolvimento de mais um caminho de proteção dos direitos humanos no Brasil. Além disso, ela representa um desrespeito ao dever previsto na Convenção dos Estados-Partes de adequarem sua legislação interna às disposições do documento.

5.2 O controle de convencionalidade eleitoral na Corte IDH

No tópico anterior foi verificado que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelo judiciário eleitoral brasileiro que, atuando como "juiz interamericano", deverá aferir a compatibilidade do ordenamento interno com a Convenção.

Entretanto, esta relevante tarefa desenvolvida pelo Judiciário nacional não encerra a discussão acerca da validade do ato ou norma questionado. É que, para o Direito Internacional, quaisquer violações a direitos políticos, como direitos humanos que são, não podem ficar adstritas ao exame da jurisdição interna. Nesse sentido, numa perspectiva de direito internacional, independentemente de sua natureza – ato administrativo, ato judicial ou ato legislativo – todos eles são considerados meros fatos na análise da responsabilidade internacional do Estado. Dessa forma, mesmo que se tenha um julgamento interno reconhecendo a compatibilidade de determinada lei com a Convenção, essa questão pode ser analisada no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos por meio da Corte IDH, que irá realizar o controle de convencionalidade definitivo.

Os casos acima apresentados, que tratam acerca de direitos eleitorais, demonstram a necessidade do abandono da ideia de que o processo eleitoral, com a escolha de candidatos e efetivo exercício do mandato, se encerra no âmbito interno do Estado. É dizer, vícios no processo eleitoral, incluindo questões quanto à filiação partidária e elegibilidade, estão sujeitos à jurisdição das Cortes Internacionais de Direitos Humanos às quais o Brasil esteja submetido. Pôde-se constatar nos casos em que o Brasil foi acionado, vistos acima, que o sistema interamericano é capaz de promover medidas que têm impactos efetivos para a proteção de direitos humanos no Brasil, e isso pode ocorrer tanto pela via contenciosa, como de forma amistosa.

Como se viu no caso Urso Branco, é possível que o sistema interamericano não apenas atue para punir violações já ocorridas no Brasil, mas também para influir imediatamente em situações de grave violação, evitando a ampliação da lesão sofrida. Essa constatação é importante na medida em que se percebeu no

caso PETRO que o sistema interamericano atuou de forma ágil para suspender decisão de Estado-Parte que impedia o exercício de direitos políticos por ocupante de cargo público. Foi verificado que a Comissão IDH expediu medida cautelar solicitando a suspensão do ato lesivo em prazo bastante razoável, cerca de três meses após a edição da decisão de inabilitação. Essa agilidade é bastante importante já que, quando se trata de violação a direitos políticos, mais do que apenas uma lesão a quem sofreu mitigação, está-se a falar também, e acima de tudo, sobre a perda do direito da sociedade decidir, sem amarras, os seus legítimos representantes.

Além disso, conforme apresentado no caso Maria da Penha, o sistema interamericano permite melhorias significativas a partir de soluções amistosas, o que pode ser feito por meio da expedição de recomendações. Dessa forma, o sistema interamericano pode ajudar a evitar que a perda do direito de exercer o mandato para o qual foi eleito não seja simplesmente convertido em um valor econômico, nos moldes do sistema europeu da satisfação equitativa, ou materializado em uma sentença que ateste a ofensa depois de alguns anos. A violação a direitos políticos deve ser antes de tudo evitada e, quando constatada, imediatamente combatida.

Todavia, o sistema interamericano não deve ser a via primária; em verdade, deve atuar como um mecanismo adicional na proteção dos direitos políticos dos indivíduos, auxiliando a garantia e manutenção de um processo eleitoral democrático e efetivo. Cabe aos Estados-Partes a tarefa de assegurar o exercício dos direitos políticos previstos na Convenção. Dessa forma, o sistema interamericano possui caráter subsidiário, atuando somente após o fracasso da atuação dos mecanismos internos de proteção. Por esta razão, o esgotamento das vias internas é tido como uma das condições de acesso ao sistema interamericano de direitos humanos.

Nesse sentir, a Corte IDH não pode ser confundida com uma Corte de quarta *instância*, já que a jurisdição interamericana de direitos humanos se dedica à analise da conduta do Estado diante da Convenção. Assim, não há a pretensão de reapreciar julgamento nacional, mas sim de obrigar o Estado a respeitar compromissos de direitos humanos assumidos. Com efeito, a Corte não faz o papel de tribunal de apelação, mas, em verdade, realiza controle de convencionalidade, aferindo se os atos praticados pelo Brasil se adequam às previsões da Convenção.

A análise dos casos anteriormente apresentados oferece uma nova perspectiva em relação aos direitos políticos eleitorais reconhecendo-os como espécies de direitos humanos. Com isso, o sistema interamericano surge como uma adicional via de proteção para questões bastante sensíveis acerca do processo eleitoral e que ensejam questionamentos sobre uma possível crise democrática vivenciada no país, tais como as regras que impedem o "*one man one vote*", o "voto às cegas", o colapso do sistema de partidarismo brasileiro, a falta de transparência nos mecanismos de financiamento, a indústria da desinformação movimentada pelas famigeradas "*fake news*", dentre outros. Esses são alguns dos fatores que geram uma crise de representatividade dos candidatos eleitos, e que influenciam na formação de um ambiente de instabilidade democrática da América Latina.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho permitiu identificar que os direitos políticos são uma categoria de direitos abarcada pela força expansiva dos direitos humanos, sendo-lhes assegurada a dimensão internacional de proteção.

Verificou-se que a proteção dos direitos políticos não se encerra com a sua mera previsão em diplomas normativos, mas que carece de efetiva implementação, podendo-se falar, assim, que são direitos exigíveis do Estado.

Foi demonstrado que o exercício dos direitos políticos pode sofrer limitações, mas que essas restrições não podem ser desproporcionais, desnecessárias, nem tampouco serem utilizadas de forma arbitrária pelo governante.

Percebeu-se que o conteúdo das normas que tratam de direitos políticos no sistema interamericano exige a análise dos principais casos que versaram sobre a matéria na CIDH. Nesse ponto, observou-se a existência do direito a um devido processo eleitoral, que deve ser observado em todas as instâncias dos Estados.

Demonstrou-se que, em diversos casos, as decisões originadas do sistema interamericano possuem importantes efeitos práticos no Brasil, sendo esse sistema um relevante caminho na defesa de direitos políticos.

Observou-se que, não obstante isso, o sistema interamericano ainda é pouco visitado pelo judiciário brasileiro ao tratar sobre direitos políticos.

Destacou-se a necessidade da realização do controle de convencionalidade pelo judiciário eleitoral brasileiro como forma de ampliar a proteção dos direitos políticos, e promover o fortalecimento da estabilidade democrática no país.

REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *Instrumentos Internacionais de Proteção de Direitos Humanos.* Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1997.

CARVALHO RAMOS, André. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO RAMOS, André. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos in AMARAL JÚNIOR, Alberto do e JUBILUT, Lyliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, pp. 805-850.

CARVALHO RAMOS, André. *Processo Internacional dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales.* In *Construyendo las Condiciones de Equidad en los Procesos Electorales* - Cadernos de Capel 57. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* In *Revista Justicia Electoral*. Vol. 1, nº 8, 2011.

FERRARO, Alceu Ravanello. Educação, classe, gênero e voto no Brasil imperial: Lei Saraiva – 1881. In *Educar em Revista***.** Curitiba: Editora UFPR, n. 50, 2013, pp. 181-206.

FERREIRA, Marcelo Peregrino. O direito eleitoral frente aos tratados internacionais: o solipsismo da jurisprudência nacional e o ativismo pro persona no caso mexicano. In R. Opin. Jur**.** Fortaleza, ano 16, n. 22, pp.156-182, jan./jun. 2018.

GALLAGHER, Michael. *Electoral Institutions and Representation.* In LEDUC, Lawrence; NIEMI, Richard G.; NORRIS, Pippa. Comparing Democracies: Election and voting in a changing world. Londres: Sage, 2014, p. 11.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno e convencionalid. In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e integração juridical: emergencia de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 557-589.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. *The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent. Questions,* in *Notre Dame Journal of International & Comparative Law:* Vol. 5, 2015. Disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol5/iss1/5>, acessado em 17/09/2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018.

LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil. In *Revista de Direito Internacional***.** Brasília, v. 10, n. 2, 2013 pp. 237-248.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro." In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e integração juridical: emergencia de um novo direito publico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 744-778.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MONTEIRO, Vítor Andrade. Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendência do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. n. 61 San José, C.R.: IIDH, 2015.

MONTEIRO, Vítor Andrade. Direito Internacional Eleitoral (?): Perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In MENEZES, Wagner; PEREIRA, Ana Cristina P. (Coord.) *Direito e relações internacionais na América Latina*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

MÜLLER, Friederich. Rule of law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept in *Estudos Avançados de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PICADO, Sonia. Derechos políticos como derechos humanos. In NOHLEN, Dieter; et al. (comps.).

Tratado de Derecho Electoral Comparado de America Latina. México: FCE, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional***.** São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional***.** São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos***.** São Paulo, v. 8, nº 15, pp. 93-113, 2011.

SAGUÉS, Nestor Pedro. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la "constitución convencionalizada". In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e integração juridical: emergencia de um novo direito publico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 617-626.

SALAS, Luis Gustavo Arratíbel. Conceptualización del derecho electoral. In *Derecho electoral*. Ciudad de México: Porrúa, 2006, p. 26., apud ALVIM, Frederico Franco. O Direito Eleitoral como ele entre a democracia e a representação política. Revista eletrônica EJE n.4, ano 4.

SARLET, Ingo W. O Direito Fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008.

SARLET, Ingo W. *Eficácia dos Direito Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Inclusão eleitoral e efetivação de direitos políticos. In CARVALHO RAMOS, André de, Alice Kanaan et al. (coords**.**) *Temas de Direito Eleitoral no século XXI*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das Recomendações e Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil: Institucionalização e Política*. São Paulo: Direito GV, 2013.

ZOVATTO, Daniel. Los Derechos Políticos y los Derechos Humanos en América Latina. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*: San José de Costa Rica, 2000.

NOTAS

1. ZOVATTO, Daniel. Los Derechos Políticos y los Derechos Humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José de Costa Rica, 2000. Vale mencionar que parte da doutrina se refere a uma *quarta geração* que englobaria o direito a uma governança democrática. MÜLLER, Friederich. *Rule of law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept* in *Estudos Avançados de Direitos Humanos***.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 44-54, p. 45.
2. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 573.
3. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Informe *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. 2009, Parágrafo, 18.
4. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 69.
5. PICADO, Sonia. Derechos politicos como derechos humanos. In NOHLEN, Dieter; et al. (comps.). *Tratado de Derecho Electoral Comparado de America Latina*. México: FCE, 2007, p. 46.
6. PICADO, Sonia. *Derechos politicos como derechos humanos*, p. 46.
7. PNUD, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2004**),** *La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos,* Nueva York, PNUD. Disponível em <https://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PNUD-seminario.pdf>, acessado em 12/09/2019.
8. MONTEIRO, Vítor de Andrade. Direito Internacional Eleitoral (?): Perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In* MENEZES**,** Wagner; PEREIRA, Ana Cristina P. (Coord.) *Direito e relações internacionais na América Latina.* Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 696-708, p. 698.
9. PICADO, Sonia. Derechos politicos como derechos humanos. In NOHLEN, Dieter; et al (comps.). *Tratado de Derecho Electoral Comparado de America Latina*. México: FCE, 2007, p. 49.
10. SALAS, Luis Gustavo Arratíbel. Conceptualización del derecho electoral*. In Derecho electoral*. Ciudad de México: Porrúa, 2006, p. 26., apud ALVIM, Frederico Franco O. Direito Eleitoral como ele entre a democracia e a representação política. *Revista eletrônica EJE* n. 4, ano 4.
11. GALLAGHER, Michael. Electoral Institutions and Representation. In LEDUC, Lawrence; NIEMI, Richard G.; NORRIS, Pippa. *Comparing Democracies: Election and voting in a changing world.* Londres: Sage, 2014, p. 11.
12. YATAMA vs Nicarágua, 2005, par. 147-164.
13. MONTEIRO, Vítor Andrade. Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendência do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos.* n. 61 *S*an José, C.R.: IIDH, 2015, pp. 173-200.
14. DALLA VIA, Alberto Ricardo. Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales**.** In *Construyendo las Condiciones de Equidad en los Procesos Electorales* **-** Cadernos de Capel 57. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012, p. 32.
15. GALLAGHER, Michael. Electoral Institutions and Representation. In LEDUC, Lawrence; NIEMI, Richard G.; NORRIS, Pippa. Comparing Democracies: Election and voting in a changing world. Londres: Sage, 2014, p. 11.
16. *GALLAGHER, Michael. Electoral Institutions and Representation,* p. 11.
17. Apresentando uma interessante análise histórica acerca de regimes autoritários, LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die***.** New York: Crown, 2018.
18. Tratando acerca da evolução do democracia na América: RAMIREZ, Sergio Garcia. *The relationship between inter-american jurisdiction and states (national systems): some pertinent questions.* Disponível em <http://humanrights.nd.edu/assets/134035/garciaramireziaeng.pdf>, acessado em 10/09/2014, pp. 2-7.
19. CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 206.

20. Corte IDH 2008, caso CASTAÑEDA, parág. 142, citando o artigo 3 da Carta Democrática Interamericana.
21. Corte IDH, 2010, caso CEPEDA parág.172, nota de rodapé da p. 247.
22. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos***.** São Paulo: Saraiva, 2019, p. 362
23. DALLA VIA, Alberto Ricardo. Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *In Revista Justicia Electoral*. Vol. 1, nº 8, 2011, pp. 15-79, p. 32.
24. MONTEIRO, Vítor de Andrade. Direito Internacional Eleitoral (?): Perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In* MENEZES**,** Wagner; PEREIRA, Ana Cristina P. (Coord.) *Direito e relações internacionais na América Latina***.** Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 696-708, pp. 701-703.
25. Um fato interessante observador no caso López Mendoza é a inexistência, na legislação venezuelana, de previsão de um lapso temporal para que a Controladoria-Geral pudesse impor as sanções acessórias, quando fosse declarada a responsabilidade administrativa de um indivíduo. É dizer, após a condenação administrativa, a Controladoria-Geral ficava livre para aplicar a pena acessória – que poderia ser a inabilitação – quando melhor lhe aprouvesse. Essa situação deixava uma porta escancarada para o arbítrio, já que se torna possível aguardar o "melhor momento" para impedir que um eventual adversário político registre sua candidatura. Entendeu a Corte que a falta de disciplinamento de prazo para a aplicação da sanção acessória viola o direito de certeza e clareza da norma, e ofende a segurança jurídica que deve permear os procedimentos administrativos de natureza sancionatória. MONTEIRO, Vítor de Andrade. Direito Internacional Eleitoral (?): Perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humano, p. 703.
26. PIOVESAN, Fávia. *Direitos HUmanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 322.
27. PIOVESAN, Fávia. *Direitos HUmanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 322.
28. Caso "*Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia*", Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Medida Cautelar nº 374-13, de 18 de março de 2014.
29. MONTEIRO, Vítor Andrade. Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendência do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos.* n. 61 *S*an José, C.R.: IIDH, 2015. pp. 173-200.
30. MONTEIRO, Vítor Andrade. Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendência do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, p. 180.
31. Inteiro teor da medida cautelar disponível em < http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC374-13-ES.pdf>, acessada em 12/09/2019.
32. Em 06 de dezembro de 2016, o caso foi declarado admitido pela CIDH. No informe de admissibilidade foi registrada a prolação de nova decisão da Procuradoria-Geral da Nação, que novamente o inabilitou a disputar eleições. O caso foi remetido à Corte em 07 de agosto de 2018.
33. PIOVESAN, Fávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional***.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354.
34. PIOVESAN, Fávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional,* p. 355.
35. PIOVESAN, Fávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional***,** p. 355.
36. Para Flávia Piovesan o artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, do texto constitucional, atribuiu aos direitos humanos internacionais natureza de norma constitucional, passando a incluí-los no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. Para a autora, essa conclusão decorre da interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional de 1988, em especial da amplitude da abrangência dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos norteadores da compreensão do fenômeno constitucional. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional***.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. No mesmo sentido, Ingo Sarlet defende a "hierarquia constitucional e a fundamentalidade (neste caso material, uma vez que não incorporados ao texto constitucional) dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil". SARLET, Ingo W. O Direito Fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais

– RBEC, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008, p. 66.

37. CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *Instrumentos Internacionais de Proteção de Direitos Humanos.* Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1997, p. 18.

38. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *".* In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e integração juridical: emergencia de um novo direito publico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 744-778, p. 764.

39. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 523.

40. LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil. In.: Revista d e Direito Internacional. Brasília, v. 10, n. 2, 2013 pp. 237-248.

41. ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 8, nº 15, pp. 93-113, 2011, p. 103.

42. Disponível em https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm, acessado em 18/09/2019.

43. Acerca do tema, conferir VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das Recomendações e Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil: Institucionalização e Política. S*ão Paulo: Direito GV, 2013. pp. 32/33.

44. Ensina André de Carvalho Ramos que, no Brasil, existe uma dupla garantia a direitos humanos: controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade internacional, de forma que "(q)ualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil. CARVALHO RAMOS, André. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 540.

45. Tratando acerca do controle interno de convencionalidade, GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno e convencionalid. In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e integração juridical: emergencia de um novo direito publico.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 557-589.

46. Tratando acerca do controle difuso de convencionalidade: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *".* In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e integração juridical: emergencia de um novo direito publico.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 744-778, pp. 764-765.

47. Sagués ensina que a conversão dos juízes nacionais em juízes interamericanos de direitos humanos tem como marco o caso *Almonacid Arellano*, julgado pela Corte IDH em 2006. SAGUÉS, Nestor Pedro. *Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la "constitucion convencionalizada".* In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e integração juridical: emergencia de um novo direito publico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 617-626, p. 620.

48. Para o autor, "Because the Court has been conferred the power to interpret the Convention, which is a positive legal order for all state parties to it, the Court possesses the capacity to define the meaning and scope of the corresponding norms. This is true not only for purposes of a concrete case, but also for all hypotheses arising from the case. García Ramírez, Sergio. The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent. Questions, in *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*: Vol. 5, 2015. Disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol5/iss1/5> , acessado em 17/09/2019.

49. Acerca do tema, cf. CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos in AMARAL JÚNIOR, Alberto do e JUBILUT, Lyliana Lyra (orgs.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, pp. 805-850.

50. FERREIRA, Marcelo Peregrino. O direito eleitoral frente aos tratados internacionais: o solipsismo da jurisprudência nacional e o ativismo *pro*

persona no caso mexicano. *In R. Opin. Jur.* Fortaleza, ano 16, n. 22, pp.156-182, jan./jun. 2018. Acerca do tema, conferir do mesmo autor: FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: Direitos Políticos e Inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

51. Pesquisa realizada em 19/11/2014. Foram pesquisadas as seguintes expressões: Convenção Americana de Direitos Humanos, direitos humanos, Pacto de San José, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Comissão *Interamericana* de Direitos Humanos, Corte IDH e CIDH. MONTEIRO, Vítor Andrade. Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendência do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos.* n. 61 *S*an José, C.R.: IIDH, 2015. pp. 173-200.

52. Pesquisa realizada em setembro de 2019. Foram obtidos os seguintes resultados no repertório do Tribunal Superior Eleitoral: 5 processos para "Convenção Americana de Direitos Humanos", 74 processos para "direitos humanos", 6 para "Pacto de San José", 1 para "Corte Interamericana de Direitos Humanos" e 0 para "Comissão Interamericana de Direitos Humanos".

53. Recurso Especial Eleitoral nº 060140239, Acórdão, Relator(a) Min. Og Fernandes, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 22/11/2018.

54. FERREIRA, Marcelo Peregrino. O direito eleitoral frente aos tratados internacionais: o solipsismo da jurisprudência nacional e o ativismo pro persona no caso mexicano. *In* **R.** *Opin. Jur.* Fortaleza, ano 16, n. 22, pp.156-182, jan./jun. 2018.

55. "3. As hipóteses de inelegibilidade no ordenamento jurídico pátrio são fixadas de acordo com os parâmetros constitucionais de probidade, moralidade e de ética, e veiculadas por meio de reserva de lei formal (lei complementar), nos termos do art. 14, § 9º, da Constituição da República, razão por que, a prevalecer a tese segundo a qual a restrição ao direito de ser votado se submete às normas convencionais, haveria a subversão da hierarquia das fontes, de maneira a outorgar o status supraconstitucional à Convenção Americana, o que, como se sabe, não encontra esteio na jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal que atribui o caráter supralegal a tratados internacionais que versem direitos humanos (ver por todos RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso). 4. Além disso, e sob um enfoque de modelagem interinstitucional, ao encampar a referida tese estar-se-ia tolhendo, pela via da hermenêutica, a atuação confiada pelo constituinte ao legislador infraconstitucional de estabelecer qualquer causa restritiva ao ius honorum. Vale dizer: toda e qualquer hipótese de inelegibilidade veiculada por norma infraconstitucional (no caso, através de lei complementar) seria atentatória ao art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a despeito de a Constituição facultar tal prerrogativa ao legislador ordinário. Ora, chancelar essa consequência, concessa venia, não encontra lastro constitucional, e não pode ser admitida." TSE - Recurso Ordinário nº 47153, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 02/12/2014

56. FERREIRA, Marcelo Peregrino. O direito eleitoral frente aos tratados internacionais: o solipsismo da jurisprudência nacional e o ativismo *pro persona* no caso mexicano. *In R. Opin. Jur***.** Fortaleza, ano 16, n. 22, pp.156-182, jan./jun. 2018, p.162.

57. A única menção a documento internacional é a "Declaração Universal dos Direitos do Homem", constante no tópico "teoria geral do direito e política", incluída na parte de humanística.

58. SAGUÉS, Nestor Pedro. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la "constitucion convencionalizada". In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e integração juridical: emergencia de um novo direito publico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 617-626, p. 620.

59. CARVALHO RAMOS, André de. Processo Internacional dos Direitos Humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 397

60. CARVALHO RAMOS, André de. Processo Internacional dos Direitos Humanos, p. 397.

61. MONTEIRO, Vítor Andrade. Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendência do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos.* n. 61 *S*an José, C.R.: IIDH, 2015. pp. 173-200.

62. Nesse ponto, é importante a observação de MANTOVANI e ALVES: "Portanto, quando

os Estados cumprem com uma decisão proveniente dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, não abrem mão de sua soberania, mas sim, estão em pleno exercício dela, já que '(...) por livre decisão de suas vontades soberanas, lenta, porém sistematicamente, foram ampliando o campo de suas relações regulamentadas, decididas em comum'". LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil. In *Revista de Direito Internacional***.** Brasília, v. 10, n. 2, 2013 pp. 237-248.

63. MONTEIRO, Vítor Andrade. Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendência do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos.* n. 61 *S*an José, C.R.: IIDH, 2015. pp. 173-200.
64. CARVALHO RAMOS, André de. Processo Internacional dos Direitos Humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 385
65. CARVALHO RAMOS, André de. Processo Internacional dos Direitos Humanos, p. 385.

ANEXOS

DISCURSO PRONUNCIADO NA ABERTURA SOLENE DO VII CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS: O DESAFIO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (19 A 30 DE AGOSTO DE 2019, EM FORTALEZA, CEARÁ, BRASIL)

César Barros Leal

Realizou estágio pós-doutoral em Estudos Latino-americanos na Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da Universidade Nacional Autônoma do México; em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; em Direitos Humanos na Universidade de Salamanca; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Membro da Academia Cearense de Letras.

Senhoras e senhores.

Boa noite a todos e todas. Nossa saudação, banhada de intenso entusiasmo, aos ilustres convidados, assim como aos alunos e observadores do VII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos. Uma referência especial aos integrantes da mesa, já nominados pela cerimonialista: Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, Juiz da Corte Internacional de Justiça, que veio de Haia para enriquecer este evento com sua conferência magna; Dra. Maria Esther Martínez Quinteiro, Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade Portucalense (Porto, Portugal) e Professora aposentada da Universidade de Salamanca; Dr. Renato Zerbini Ribeiro Leão, Presidente do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, em Genebra. Um registro se impõe à presença de numerosas autoridades e amigos, a quem não cito nominalmente pelo permanente receio, que nos acode nessas circunstâncias, de claudicar em omissões indesculpáveis. Lamento a ausência, por motivos de saúde, de minha esposa Ivana, promotora de justiça, ex-aluna, a quem sempre saúdo com a ênfase que se impõe, pelo imperativo do acendrado sentimento que nos une há 32 anos.

Foi no ano de 2012 que começamos a reproduzir em Fortaleza os cursos congêneres promovidos pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, em San José, Costa Rica. Na verdade, o Brasil é único país que logrou replicar esta atividade, realizada há três décadas, em que fui aluno no distante ano de 1990 e depois, professor. Logo em seguida, aliás, ouviremos a saudação do atual diretor executivo do IIDH, Joseph Thompson, em que enaltece este espaço acadêmico que hoje integra o calendário cultural de nosso Estado. Colho o ensejo para agradecer-lhe e parabenizá-lo pela riquíssima compilação de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, máxime os direitos econômicos, sociais e culturais, com ênfase no sistema interamericano, que nos foi encaminhada e agora se encontra à disposição no site do IBDH, com a ressalva de que esse material foi preparado especialmente para a presente atividade.

Este hotel, que nos acolheu em 2017, recebe, desde a manhã de hoje, um grupo selecionado e heterogêneo de alunos e observadores, de diversas unidades federativas e de outros países, alguns dos quais foram alunos em todas as versões anteriores. Eles tomarão parte durante as duas próximas semanas deste Curso cujo eixo central vem a ser "O Desafio dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", objeto de quatro livros, em português, espanhol, francês e inglês, coordenados por mim e pelo Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade. No prefácio dessas quatro obras recordamos os Princípios de Limburgo (redigidos por um grupo de especialistas no campo do direito internacional, convocados pela Comissão

Internacional de Juristas, a Faculdade de Direito da Universidade de Limburg (Maastricht, Países Baixos) e o Instituto de Direitos Humanos Urban Morgan, Universidade de Cincinnati (Ohio, EUA), e que se reuniram em Masstricht no período de 2 a 6 de junho de 1986 "com o propósito de considerar a natureza e o alcance das obrigações dos Estados Partes conforme o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", em cujo item 8º se lê: Embora a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Pacto se logre progressivamente, a aplicação de alguns desses direitos pode fazer-se justiciável de imediato, enquanto outros direitos podem fazer-se justiciáveis no decorrer do tempo". E mais: art. (21) A obrigação de lograr progressivamente a plena efetividade dos direitos requer que os Estados Partes atuem com toda a rapidez possível para lograr a efetividade dos direitos. Sob nenhuma circunstância isto será interpretado de maneira que implique que os Estados têm o direito de adiar indefinidamente esforços destinados a assegurar a plena efetividade.

A par das quatro obras mencionadas, cumpre referir que também estamos lançando, os números 17/18 e 19 da revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (a primeira vez em duas décadas que produzimos dois números no mesmo ano), mais um livro do Prof. Cançado Trindade, sob o título "*Direito à Reparação – Origem e Evolução no Direito Internacional*" (tema de sua conferência magna esta noite) e o sétimo tomo da Série "Estudios em Ciencias Penales y Derechos Humanos", organizado por mim e pela Doutora Julieta Morales Sánchez, em homenagem ao professor mexicano Antonio Sánchez Galindo, recém falecido.

Senhoras e senhores. Conferências magnas, palestras, painéis, oficinas temáticas (que buscarão, por sua parte, analisar a temática central, nas esferas municipal, estadual e federal e a partir das quais se formularão propostas a serem encaminhadas às autoridades pertinentes), a par do estudo de caso (simulação de uma denúncia hipotética, encaminhada ao sistema interamericano de direitos humanos, redigida pela professora Sílvia Loureiro), compõem uma pletora de atividades que fazem deste Curso uma experiência única, inesquecível, até porque conta com um corpo excepcionalmente qualificado de professores e facilitadores, brasileiros e estrangeiros.

Procederemos agora à entrega da Medalha Antônio Augusto Cançado Trindade, outorgada anualmente a pessoas ou instituições que se notabilizaram na promoção dos direitos humanos: em primeiro lugar, à Professora Maria Esther Martínez Quinteiro, da Universidade de Salamanca; e à Professora Loretta Ortiz Ahlf, política e advogada mexicana.

Chamamos os representantes do Escritório de Direitos Humanos e Assessoria Jurídica Popular Frei Tito de Alencar para receberem um reconhecimento do IBDH e do IIDH, como expressão de nosso apreço e de nosso reconhecimento por sua atuação com vistas à defesa e a promoção dos direitos humanos. Em seguida, o mesmo reconhecimento fazemos chegar às mãos de quem representa o Centro de Defesa e Promoção de Direitos Humanos da Arquidiocese de Fortaleza.

Mantendo uma tradição que remonta à nossa primeira edição, o saldo remanescente na conta bancária aberta no Banco Bradesco para este Curso se destinará ao Lar Amigos de Jesus, que trata de crianças e adolescentes vítimas de câncer e outras doenças severas. Em louvor de uma obra inexcedível, à sua administradora, Irmã Maria da Conceição Dias de Albuquerque, pedimos uma salva de palmas.

Estamos a concluir e o fazemos na expectativa de que, nestas duas semanas, possamos debater sobre o tema proposto e propor uma pletora de ações e políticas públicas, no âmbito local, estadual e nacional, que possam concorrer para materializar os sonhos que nutrimos de um novo tempo, em que os direitos humanos, pela dimensão transcendental da mensagem que embutem, sejam respeitados em sua plenitude.

Obrigado pela atenção.

Ouviremos a seguir a saudação do Prof. Joseph Thompson, Diretor Executivo do IIDH.

Com a palavra o Prof. Cançado Trindade, que enriquecerá este ato inaugural com a conferencia magna "Direito à Reparação: Origem e Evolução no Direito Internacional".

ENTREVISTA COM O JUIZ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL E OS DESAFIOS DO MUNDO ATUAL - CONCEDIDA AO DR. PEDRO SLOBODA, NA SEDE DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Não é nenhum exagero afirmar que a *Revista do IBDH* entrevista, aqui na Haia, em 01 de setembro de 2019, o maior internacionalista brasileiro de todos os tempos. Prêmio Yorke por sua tese de doutorado em Cambridge, Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília, ex-Consultor Jurídico do Itamaraty (1985-1990), Antônio Augusto Cançado Trindade reinventou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no período em que foi seu Presidente (1999-2004). Concebendo como objetivo último do direito a realização da justiça, o Professor Cançado Trindade tem dado contribuição inestimável ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sua bibliografia é simplesmente monumental. Doutor *honoris causa* por diversas Universidades de vários países em três continentes (América Latina, Europa e Ásia), é o jurista brasileiro mais respeitado e lido no mundo. Atualmente, exerce seu segundo mandato como Juiz da Corte Internacional de Justiça. Seus Votos Individuais são estudados nas principais Universidades do mundo. Sua contribuição ao direito internacional ainda está para ser calculada, e sua obra inspirará, por muitas décadas, gerações de internacionalistas.

Professor, muito obrigado pela entrevista. É uma honra para qualquer amante do direito internacional poder ter essa conversa.

1. - *Professor, sete brasileiros já foram eleitos Juízes da Corte Permanente de Justiça Internacional e da Corte Internacional de Justiça, mas o Senhor foi o primeiro a ser reeleito Juiz da Corte Mundial. Isso pode ser visto como um reconhecimento da contribuição do pensamento brasileiro para o direito das gentes?*

A. A. Cançado Trindade: - Efetivamente, em toda a história do Brasil, dos juristas que já foram alçados pela ONU à Corte Mundial na Haia (Corte Permanente de Justiça Internacional [CPJI] e Corte Internacional de Justiça [CIJ]), dos tempos de Ruy Barbosa (CPJI e Sociedade das Nações) até o presente, sou o primeiro e único jurista brasileiro a ter sido eleito e reeleito à Corte Mundial da Haia. É este um fato sem precedentes em nosso país. Para minha grata satisfação, minhas reeleições, tanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH) em 2001, quanto à CIJ, em novembro de 2017, se deram com o apoio *unânime* de todos os países da América Latina.

Estou muito feliz com isto, pois tenho sustentado e avançado com fidelidade, sucessivamente em ambos tribunais internacionais, o legado dos postulados da doutrina jurídica latino-americana e sua contribuição ao desenvolvimento progressivo do direito internacional. Tenho avançado muito além de meus predecessores neste propósito básico dos avanços no direito internacional. E desde 2004, venho representando - e continuarei a fazê-lo - toda a América Latina igualmente no *Curatorium* ou Conselho Diretor (por este eleito e reeleito) da Academia de Direito Internacional da Haia, que funciona, juntamente com a CIJ, no mesmo Palácio da Paz na Haia. Também na Academia de Direito Internacional da Haia, desde sua criação em 1923 até o presente, sou o primeiro e único jurista brasileiro a ter nela ministrado, além de cursos temáticos, um Curso Geral de Direito Internacional Público (em 2005), reeditado três vezes.

2. - *O Senhor é famoso pelos Votos Dissidentes, que muitas vezes são mais extensos e fundamentados que as próprias decisões da Corte Internacional de Justiça. Como o Senhor acha que esses Votos*

contribuem para o desenvolvimento progressivo do direito internacional?

A. A. Cançado Trindade: - Assim têm meus Votos Individuais contribuído em razão de meu empenho em avançar a visão humanista da missão comum dos tribunais internacionais contemporâneos, a da realização da justiça. Neste mesmo propósito, continuarei atualizando, em novas edições, alguns de meus livros publicados nos últimos anos em vários países em distintos idiomas. E prosseguirei com dedicação em minha construção jurisprudencial dentro da CIJ, rumo à consolidação da humanização do direito internacional contemporâneo. Para minha satisfação, meus Votos Individuais têm sido estudados e amplamente reconhecidos nos círculos acadêmicos de muitos países.

A esse respeito, o Conselho Editorial da Nijhoff, principal editora jurídica europeia de direito internacional, decidiu, há meia década, incluir meus Votos Individuais em sua seletiva Série "Juízes": meus Votos nela figuram em três tomos, lançados na Haia e em Estrasburgo (volume I com meus Votos na CtIADH, e volumes II-III com meus Votos na CIJ até 2016). Desde a criação da CIJ em 1945 até o presente (meados de 2019), sou o sexto Juiz no mundo (o único de todo o continente americano) a ter a honra de ser incluído nesta coletânea. Meus Votos Individuais, em ambos tribunais internacionais, já se encontram publicados também em língua francesa (em Paris), e em espanhol (na cidade do México, em três tomos, já na terceira edição).

3. - *Na ocasião em que o Senhor foi reeleito para a CIJ, ocorreu algo inédito, que resultou na ausência de nacional de um membro permanente do Conselho de Segurança na Corte Internacional de Justiça. O Senhor acha que isso pode ser um indício de um novo tempo na Corte?*

A.A. Cançado Trindade: - Espero que sim. Afinal, não havia razão alguma para que os Estados que compõem o P-5 no Conselho de Segurança da ONU continuassem a supor que lhes caberia sempre ter um Juiz (cada um deles) também na CIJ. Não há P-5 na CIJ; nenhum outro tribunal internacional contemporâneo abre ou abriria espaço para isto. Espero que estejamos realmente ingressando em um novo tempo na CIJ, pois todos os Estados são juridicamente iguais. A atual situação - refletindo a justiça - se encontra em plena conformidade com a letra e o espírito da Carta das Nações Unidas, que forma um todo com o Estatuto da CIJ.

4. - *No seu Voto Dissidente no caso Croácia versus Sérvia (2015), sobre a Convenção contra o Genocídio, o Senhor criticou o rigor do conjunto probatório exigido pela Corte Internacional de Justiça com relação ao dolus specialis do crime de genocídio. O Senhor acha que a CIJ ainda é muito relutante ao tratar de direitos humanos?*

A. A. Cançado Trindade: - Na CIJ, ao longo da última década, tenho estado engajado na adjudicação de todas as questões e casos interpostos na CIJ, sobre distintas áreas do direito internacional. Desde que ingressei na CIJ (eleito e reeleito pela ONU em 2008 e em 2017, respectivamente), os casos têm passado a versar sobre virtualmente todos os capítulos do direito internacional, o que me encanta: cada caso é um universo em si mesmo, quanto à temática e ao volume da documentação, e quanto às controvérsias apresentadas para decisão pela CIJ. Tanto os casos contenciosos interestatais como os pedidos de parecer são muito documentados. Quanto à fase escrita do procedimento, é este o tribunal internacional mais documentado que existe (conheço também os demais); soma-se a documentação adicional apresentada posteriormente na fase oral, das audiências. No futuro próximo haverá matérias de alta complexidade diante da CIJ, a exemplo do que tem ocorrido nos três últimos anos. Por exemplo, no referido caso da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Croácia *versus* Sérvia, 2015), que encerrou a adjudicação das guerras nos Bálcãs ao longo da década de noventa, em que a CIJ evitou determinar uma violação daquela Convenção, apresentei um longo e contundente Voto Dissidente no qual alertei para a necessidade de interpretar e aplicar a referida Convenção com atenção voltada aos grupos de indivíduos vulneráveis, e não às susceptibilidades dos Estados.

5. - *No seu outro Voto Dissidente, no caso das Imunidades Jurisdicionais dos Estados, o Senhor argumentou que os Estados não deveriam gozar de imunidades por crimes graves, que o Senhor chamou de delicta imperii. Que papel o acesso à justiça deve ter no direito internacional?*

A. A. Cançado Trindade: - No caso anterior das *Imunidades Jurisdicionais dos Estados* (Alemanha *versus* Itália, com intervenção da Grécia, sentença de 03.02.2012), em meu extenso e firme Voto Dissidente discordei da decisão da CIJ, e sustentei que não há imunidades estatais em casos de crimes internacionais. O primado é

o do direito de acesso à justiça. Ao concentrar-me na necessidade de assegurar a proteção da pessoa humana face aos crimes internacionais, rejeitei a invocação indevida de imunidades estatais. Ainda antes desta lamentável sentença de 2012 quanto ao mérito, ante a decisão prévia da CIJ de 06.07.2010 de rechaçar a demanda reconvencional da Itália, emiti outro Voto Dissidente também extenso, em que sustentei, *inter alia*, que era inadmissível e infundado sugerir, inclusive buscando apoiar-se nos mais falsos dogmas positivistas, que os crimes de trabalho forçado e escravo da época do III *Reich* não estariam proibidos.

Em minha dissidência, sustentei que estavam claramente proibidos pela consciência humana, e que tais crimes não poderiam ser encobertos por imunidades estatais; já na época da Alemanha nazista, e ainda antes dela, a impossibilidade de impunidade do Estado por crimes contra a humanidade (como os massacres perpetrado pelas tropas nazistas em Civitella (Itália) e em Distomo (Grécia), e pela sujeição de pessoas detidas a trabalho forçado e escravo na indústria bélica alemã, entre 1943 e 1945, já se encontrava profundamente arraigada na consciência humana, na *consciência jurídica universal*, como - em meu entendimento - fonte *material* última de todo o Direito.

Por conseguinte, na concepção que sustento - tanto neste caso assim como em outros, - os seres humanos não são meros *objetos* de regulamentação do direito internacional, mas sim *sujeitos* de direitos que emanam diretamente deste. Na minha percepção, foi o despertar gradual da consciência humana que fez evoluir a conceitualização dos "*delicta juris gentium*", como violações do Direito Internacional Humanitário. Assim prevalece a concepção humanista, que sustento, do próprio Direito Internacional, o direito das gentes (*droit des gens*), com o primado da consciência sobre a vontade.

Os direitos humanos efetivamente se sobrepõem aos interesses e conveniências dos Estados, são *anteriores e superiores aos Estados*. Em minha dissidência na CIJ no caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, sustentei a inalienabilidade dos direitos inerentes al ser humano, rechaçando qualquer pretendida renúncia destes direitos por parte do Estado, como contrária ao *ordre public* internacional e desprovida de quaisquer efeitos jurídicos. Seria infundado tentar sugerir que isto ainda não estava reconhecido à época da II guerra mundial, uma visão própria da velha postura positivista, com sua inevitável submissão ao poder estabelecido. Não há - nunca houve - imunidade nem impunidade estatal para crimes contra a humanidade.

6. - *Desde quando o Senhor é responsável, no Palácio da Paz da Haia, pela custódia dos Arquivos de Nuremberg? E como se sente a respeito?*

A. A. Cançado Trindade: - Ao tornar-me Presidente da Comissão da Biblioteca da CIJ, eleito por meus pares em 2015, e por eles reeleito no início do ano de 2018, tenho sido o responsável pela custódia ou guarda dos históricos Arquivos de Nuremberg, depositados no subsolo de nossa Biblioteca aqui no Palácio da Paz da Haia. Tenho me dedicado à sua preservação e divulgação, e me sinto sumamente honrado em fazê-lo, em benefício da comunidade internacional como um todo. É algo mais do que nunca necessário e de suma importância, ainda mais em nossos dias, face à onda inaceitável de "negacionismo" que hoje nos aflige.

Em fevereiro do ano de 2018, lançamos aqui na Corte Mundial na Haia, um livreto narrando e explicando todo o conteúdo dos Arquivos de Nuremberg. Uma vez digitalizados (já com o aval da consultoria jurídica do Secretário Geral da ONU e o consentimento das quatro potências aliadas da II Guerra Mundial), passarão estes Arquivos, ademais, a ser apresentados nas exposições permanentes do Museu Memorial do Holocausto (em Washington D.C.) e do Memorial da Shoah (em Paris). Pela primeira vez os Arquivos de Nuremberg vêm de passar a ser mostrados em exibições públicas permanentes, a partir de 2018. Sinto-me gratificado em estar contribuindo decisivamente a tornar isto possível. Até o presente, o acesso aos Arquivos de Nuremberg tem sido possível, ainda que restrito, sujeito a autorização prévia, dada a necessidade de sua preservação cuidadosa.

Em outubro de 2017 visitei pessoalmente, em Nuremberg, o Centro de Documentação (recentemente aberto) sobre as origens do nazismo, impressionante e assustador; também visitei o Palácio de Justiça, onde se realizaram os juízos do Tribunal de Nuremberg (1945-1946), marcando o fim do nazismo. Com esta visita, espero haver contribuído a consolidar a rota histórica de Nuremberg à Haia, na busca da realização da justiça no plano internacional.

Mas o preocupante é que, posteriormente ao ocorrido na II guerra mundial, seguiram-se novos genocídios, em distintos continentes, como os do Camboja, de Ruanda, dos Bálcãs, dentre outros.

Cabe recordar que, uma vez concluídos os juízos de Nuremberg, seus Arquivos foram confiados à nossa CIJ em 1947, e foram depositados conosco aqui na CIJ na Haia entre dezembro de 1948 e março de 1950, encarregando-se a ONU de assumir as despesas de seu transporte e preservação. Compõem os referidos Arquivos quatro tipos de documentos, a saber: a) 250 mil páginas de documentos em papel (transcrições das audiências nos quatro idiomas, e demais documentos investigatórios); b) 1942 discos de gramofone correspondendo a 775 horas de audiências dos juízos de Nuremberg; c) 37 filmes e 13 microfilmes, contendo o material probatório; d) outros objetos usados como provas (inclusive fragmentos de pele humana).

Há que preservar a memória viva das trágicas devastações do passado, gerando milhões de vítimas civis inocentes, inclusive crianças. Afinal, os seres humanos realmente não aprendem as lições do passado, como podemos constatar no mundo altamente perigoso em que hoje vivemos, ou sobrevivemos, com a ameaça crescente das armas nucleares, e o lamentável ressurgimento do fascismo e neonazismo em alguns países em distintos continentes. Os seres humanos têm - sempre tiveram - o bem e o mal dentro de si, de nossos dias até séculos de volta ao Livro do *Gênesis*.

7. - *O Senhor é o primeiro brasileiro a ter integrado e presidido, em dois períodos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos; como se sente como pioneiro nas posições que sustentou, com tanta repercussão internacional?*

A. A. Cançado Trindade: - Sim, sou o primeiro brasileiro, eleito pela OEA em 1994, a tornar-se Juiz da CtIADH (em 1995), da qual vim em seguida a tornar-me Presidente (eleito por meus pares) por dois mandatos (1999-2004). Ao lá terminar meu segundo mandato, tornei-me, eleito pela ONU, Juiz da CIJ (em 2009). Antes de tudo isto, quando atuei como Consultor Jurídico do Itamaraty (1985-1990), preparei os pareceres que serviram de fundamentos para as decisões tomadas pelo Brasil de aderir aos tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos da OEA e ONU (a saber, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas), e de aceitar a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além de ser o responsável pela fundamentação da inserção do Brasil no *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, também sou o autor do disposto no artigo 5(2) de nossa Constituição Federal. Esta disposição teve origem em uma proposta que apresentei à Assembleia Nacional Constituinte (Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais). Minha proposta foi aceita e transformou-se no artigo 5(2) de nossa Constituição de 1988, mediante o qual os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter "aplicação imediata" (artigo 5(1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados.

Não sou notícia, faço história; muito discretamente, venho fazendo história ao longo de mais de três décadas, inclusive na solução de importantes controvérsias internacionais (em distintos continentes), sucessivamente em duas jurisdições internacionais, e também mediante pareceres a organismos internacionais (ACNUR, UNESCO, OEA e Conselho da Europa). Algumas destas controvérsias têm afetado segmentos da população em situações graves; sua solução judicial (tanto na CtIADH como na CIJ) têm assim se revestido da maior importância.

Meus 12 anos na CtIADH (1995-2008) foram uma época mística, inesquecível, de grande e memorável construção jurisprudencial, hoje mundialmente reconhecida. Deixei toda esta experiência registrada em meu livro de memórias da Corte Interamericana, hoje em sua quinta edição. A visão humanista da missão dos tribunais internacionais contemporâneos, que venho sustentando e avançando ao longo dos anos, sucessivamente em duas jurisdições internacionais (CtIADH e CIJ), bem conhecida no exterior, talvez venha a ser mais conhecida e reconhecida também em nosso país introvertido, o Brasil, dentro de algumas décadas, se o mundo ainda existir.

8. - *Há muitos anos o Senhor tem chamado atenção para o processo de humanização do direito internacional. No seu Voto Arrazoado no Parecer Consultivo da CIJ sobre a Declaração de Independência do Kossovo, por exemplo, o Senhor*

ressalta a importância desse direito centrado no ser humano. Como o Senhor compreende a relação entre população e território enquanto elementos constitutivos do Estado?

A. A. Cançado Trindade: - Efetivamente há muitos anos venho sustentando a concepção humanista do direito internacional, abarcando os fins humanos do Estado, tal como o fiz, *inter alia*, em meu extenso Voto Arrazoado no Parecer Consultivo da CIJ sobre a *Declaração de Independência do Kossovo* (de 22.07.2010). Comecei por recordar a experiência histórica dos sistemas de minorias e de mandatos na era da Sociedade das Nações, e do sistema de tutela e da administração internacional de território na era das Nações Unidas, - atentos todos às condições de vida da população, consoante uma visão essencialmente humanista, revelando, como denominador comum, a consciência para o *dever de cuidado com o gênero humano*.

O *jus gentium* contemporâneo, fiel a esta visão *humanista*, deixa claro que o Estado, ou quaisquer outras formas de organização sócio-política, foram todos concebidos, e passaram a existir, para a pessoa humana, e não *vice-versa*. E as organizações internacionais, criadas por Estados, passaram a ser fiéis à observância do princípio de humanidade *lato sensu*, situando-o bem além da antiga e estrita dimensão interestatal. Efetivamente, - acrescentei em meu Voto Arrazoado, - os seres humanos, a população ou o povo constituem o mais precioso elemento constitutivo da condição de Estado (*statehood*).

Os sistemas históricos mencionados, voltados à proteção das populações e à salvaguarda da dignidade da pessoa humana, se inspiraram no *princípio fundamental de humanidade*. Assim sustentei minha posição principista e anti-voluntarista. Ainda em meu Voto Arrazoado no Parecer da CIJ sobre a *Declaração de Independência do Kossovo*, destaquei a importância dos princípios de direito internacional no âmbito do Direito das Nações Unidas, e em relação aos *fins humanos* do Estado, conduzindo inclusive à superação do paradigma estritamente interestatal no direito internacional contemporâneo.

Posteriormente, em meu outro Voto Arrazoado sobre a matéria, que apresentei na Sentença da CIJ (de 16.04.2013) abarcando a demarcação de fronteira e condições de vida de populações nômades, no caso da *Disputa Fronteiriça entre Burkina Faso e Níger*, concentrei-me sobretudo no "fator humano", constituído no *cas d´espèce* pelas populações nômades e seminômades habitando na região da fronteira. No curso do procedimento ante a CIJ, as próprias partes litigantes asseguraram que as condições de vida das populações locais não seriam afetadas pelo traçado da fronteira, considerando o regime de *transhumance* como um verdadeiro "sistema de solidariedade".

Ponderei então que o presente caso revelava que, mesmo um tema clássico como o do território, passava a ser hoje abordado conjuntamente com a população, à luz do *princípio de humanidade*, orientando a busca da melhoria das condições de vida da *societas gentium* e a realização do bem comum", no âmbito do novo *jus gentium* de nossos tempos. Era perfeitamente viável demarcar a fronteira tendo em mente as necessidades das populações locais; havia que ter presente, - agreguei, - que em perspectiva histórica ou temporal, as populações nômades e seminômades, assim como sedentárias, precederam em muito a emergência dos Estados no *jus gentium* clássico.

Os Estados, - acrescentei em meu Voto Arrazoado, - se formaram historicamente para cuidar dos seres humanos sob suas respectivas jurisdições, tendo sempre presentes os seus fins humanos. Mais além da soberania estatal, a lição básica a extrair-se do presente caso entre Burkina Faso e Níger centrava-se na solidariedade humana, *pari passu* com a necessária segurança jurídica das fronteiras. Isto se encontra em linha com a *sociabilidade,* emanando da *recta ratio* nos fundamentos do *jus gentium*. A *recta ratio*, - recordei, - marcou presença no pensamento dos "pais fundadores" do direito das gentes (já no século XVI), e continua a ressoar na consciência humana em nossos dias.

9. - *Isso me remete a uma de suas principais obras: seu Curso Geral ministrado na Academia da Haia: "Direito Internacional para a Humanidade: Rumo a um Novo Jus Gentium". Em que medida o Senhor acha que é possível criar um novo direito internacional para o século XXI, pautado, como o Senhor diz, não por uma raison d´État, mas por uma raison d´humanité?*

A. A. Cançado Trindade: - Neste meu *opus magnum*, três vezes reeditado até o presente na Haia, e hoje estudado e reconhecido em numerosos países, desenvolvo o *Leitmotiv* da identificação de um *corpus juris* crescentemente orientado ao atendimento das necessidades e

aspirações dos seres humanos, dos povos e da humanidade como um todo. Com a superação do enfoque estritamente interestatal da disciplina do passado, a personalidade jurídica internacional se expandiu, vindo hoje a abarcar, além dos Estados e organizações internacionais, também os povos, indivíduos e a humanidade como sujeitos do direito internacional.

A conscientização crescente da necessidade de orientar-se por valores universalmente compartilhados tem gerado uma mudança fundamental na visão do direito internacional nas últimas décadas, com maior atenção a seus fundamentos e, paralelamente a suas fontes formais, à sua fonte material (a consciência jurídica universal). Examino, ao longo da obra, em seguida, as construções conceituais desse novo direito internacional e identifico considerações básicas de humanidade permeando todo o seu *corpus juris* (todos os seus capítulos), revelando os processos correntes de sua humanização e universalização. Enfim, analiso a construção do Estado de direito (*état de Droit*, *rule of law*) internacional, reconhecendo a necessidade e a busca da jurisdição internacional obrigatória, rumo a um novo *jus gentium*, o Direito Internacional para a humanidade.

10. - *Qual é o papel da recta ratio, da consciência jurídica universal, nesse novo direito das gentes?*

A. A. Cançado Trindade: - Como examino em meu referido *opus magnum* resultante do meu Curso Geral de Direito Internacional Público, que ministrei na Academia de Direito Internacional da Haia, a noção de *recta ratio*, em perspectiva histórica, passou a ser identificada a partir das obras dos chamados "pais fundadores" do direito internacional, nos séculos XVI e XVII (F. Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, entre outros), como pertencente ao domínio dos fundamentos do direito natural, e, para alguns, a identificar-se ela própria integralmente com este último.

As raízes de seu pensamento humanista remontam a um passado mais distante, como, e.g., o dos ensinamentos magistrais no *De Officiis* de Cícero, baseados na *recta ratio*, tendo se inspirado em grande parte na filosofia escolástica do direito natural, em particular na concepção estoicotomista da *recta ratio* e da justiça, que reconheceu a pessoa humana como um ser social, racional e dotado de dignidade intrínseca. Foi Cícero quem formulou a mais célebre caracterização da *recta ratio*, ao sustentar que tudo o que é correto encontra-se determinado, em muitos aspectos, pelo *orthos logos*.

Desse modo, a *recta ratio* passou a ser considerada como indispensável para a sobrevivência do próprio direito internacional emergente, tido como universal (dada a unidade do gênero humano), aplicável a todos - *tanto aos Estados como aos indivíduos* - e em todas partes (*totus orbis*). Ao contribuir ao surgimento do *jus humanis societatis*, mestres como Francisco de Vitoria e Domingo de Soto imbuíam seus ensinamentos do pensamento humanista que os precedeu. A partir dos "pais fundadores" do direito internacional, nos séculos XVI e XVII, a *recta ratio* passou a ser invocada para fundamentar a visão do direito internacional nascente como *necessário* e não simplesmente *voluntário.*

Os princípios da *recta ratio* emanam da consciência humana e afirmam a relação inelutável entre o jurídico e o ético, na visão do direito natural, que situa os ditames da *recta ratio* nos fundamentos do próprio *jus gentium.* Com efeito, ainda antes dos "fundadores" do direito internacional, já no século XIII, Tomás de Aquino (12251274) se referiu ao conceito de *jus gentium* em sua *Summa Theologiae*, como algo apreendido pela própria razão natural (sendo assim mais perfeito que o direito positivo), consciente da dimensão temporal, revestido de uma validez universal, e dirigido à realização do bem comum, em benefício último de todos os seres humanos, - pois de outro modo seria injusto. Assim, na visão tomista, era claro o fundamento ético do *jus gentium*, conformando uma "razão comum de todas as nações" na busca do bem comum. Esse novo *jus gentium* emana, em última análise, da consciência humana (*recta ratio*), da *consciência jurídica universal* como sua fonte material última, tal como a identifico, concebo e examino em meu referido *opus magnum*.

11. - *No seus três Votos Dissidentes nos três casos recentes das Ilhas Marshall (2016), o Senhor lamenta a invocação jurisprudencial negativa da CIJ e comenta que no Parecer de 1996, ao não condenar explicitamente as armas nucleares, ela priorizou a vida de um estado hipotético em prejuízo da vida, em última análise, da própria humanidade. A CIJ continua estadocêntrica?*

A. A. Cançado Trindade: - Em 2016, nos três casos das *Obrigações de Desarmamento Nuclear*, em que a CIJ rechaçou indevidamente as

três demandas interpostas pelas Ilhas Marshall, apresentei três extensos e contundentes Votos Dissidentes, em que condenei firmemente as armas nucleares e conclamei todos os Estados ao pronto cumprimento da obrigação universal de desarmamento nuclear. Sou o primeiro dos Juízes da CIJ, em toda a sua história, a ter sido reeleito pela ONU à CIJ depois desta condenação das armas nucleares que fundamentei em minhas três referidas dissidências nestes casos, decididos em 05 de outubro de 2016.

A posição que defendi em minha forte dissidência na CIJ em sustentação do pronto e necessário desarmamento nuclear teve repercussão na Assembleia Geral da ONU, que, pouco tempo depois, em 23.12.2016, convocou uma Conferência neste propósito. Dentro da CIJ, tenho me empenhado assim para que ela se conscientize da necessidade premente de transcender sua miopia concentrada nos Estados, pois só sobreviveremos se passarmos a responder às necessidades da humanidade como um todo; uma delas é precisamente por um fim às armas nucleares, uma afronta à comunidade internacional como um todo.

A referida Conferência convocada pela Assembleia Geral da ONU em fins de 2016 se realizou em duas sessões, em março e junho-julho de 2017, culminando com a adoção recente do Tratado de Proibição de Armas Nucleares, aos 07.07.2017, aberto à assinatura seguida de ratificação pelos Estados no dia 20.09.2017. As potências nucleares evitam referir-se a esta Convenção, e pressionam os demais Estados a não assiná-la nem ratificá-la. Só se referem ao Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares de 1968, como se a Convenção de 2017 não existisse. Mas não logram impedir que as armas nucleares estejam definitivamente proibidas para todos no direito internacional contemporâneo.

12. - *O Senhor acredita que o recrudescimento do nacionalismo e as atuais críticas a um suposto globalismo podem significar um retrocesso nessa evolução do direito internacional?*

A. A. Cançado Trindade: - Vivemos um momento perigosíssimo para a humanidade como um todo. As razões que levaram à ascensão do multilateralismo e ao reconhecimento da importância das organizações internacionais vêm sendo postas de lado, de modo irresponsável, pelos arautos da política de poder e do unilateralismo, que estão causando um dano irreparável à comunidade internacional como um todo. O único "globalismo" que enxergam é o do fluxo de capitais, em favor dos mais ricos, ao mesmo tempo em que erguem muros para bloquear o livre movimento de seres humanos, dos migrantes indocumentados e dos mais pobres.

Como o demonstram as condições de vida das populações, o mundo de hoje se afigura cada vez mais fragmentado (de modo algum "globalizado"), com um número crescente (mais de um bilhão de pessoas) vivendo em condições infra-humanas, e com sua força de trabalho submetida às vicissitudes do "mercado". Já não mais se preservam os bens da educação pública e da saúde pública, tragicamente destruídos em numerosos países, a partir dos programas (de fins da década de oitenta e início da década de noventa) do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial falsamente cunhados como de "desenvolvimento". Ao contrário, os recursos financeiros à busca de lucro passaram a ser tidos como sendo de muito maior importância do que as próprias vidas dos seres humanos.

Passou-se hoje em dia a vangloriar a "soberania" dos Estados (poderosos), responsável por tantas atrocidades no passado, e também no presente. A soberania estatal volta a ser invocada para a execução de atos desumanos remontando a ilícitos internacionais, como a edificação de muros, gerando a trágica desagregação familiar, e impedindo a livre circulação e até mesmo a própria sobrevivência de migrantes indocumentados e vulneráveis, em contraste chocante com o livre fluxo de capitais. Os líderes nacionalistas de hoje, em sua ignorância do direito internacional, vêm assim fomentando o lamentável ressurgimento do fascismo. Há que reagir face a um mundo tão sombrio, injusto e imprevisível como o atual; todos os que nos opomos a esta lamentável desconstrução, alimentamos a esperança na prevalência e contínua evolução do novo *jus gentium*, em benefício da humanidade como um todo, assim como nossa determinação de prosseguir trabalhando neste sentido.

13. - *Neste ano de 2019, no seu Voto Arrazoado no Parecer da CIJ das Ilhas Chagos, o Senhor ressaltou a natureza cogente da autodeterminação dos povos. No século XXI, os próprios povos devem ser considerados sujeitos de direito internacional?*

A. A. Cançado Trindade: - Já há muito os povos são sujeitos do direito internacional, de que têm dado testemunho o direito de

autodeterminação dos povos, e a própria evolução do Direito das Nações Unidas. Em fevereiro deste ano de 2019, emitimos na CIJ o Parecer, a nós solicitado pela Assembleia Geral da ONU, acerca da questão do reassentamento dos habitantes do arquipélago de Chagos, no contexto do processo histórico de descolonização das Ilhas Maurício, à luz de resoluções da Assembleia Geral da ONU. Emiti um longo Voto Arrazoado, em que fui mais além da CIJ, ao sustentar que o direito de autodeterminação dos povos pertence ao domínio do *jus cogens*, e que a população do arquipélago de Chagos, indevidamente deportada das Ilhas, tem o direito de retornar às mesmas, e às reparações de danos. Toda a matéria encontra-se cuidadosamente examinada e explicada em detalhes em meu extenso Voto Arrazoado no referido Parecer da CIJ.

14. - *Que poderia nos dizer sobre a adjudicação internacional presente de casos pela Corte Mundial, e a que casos o Senhor tem se dedicado mais nesse momento?*

A. A. Cançado Trindade: - A par de nossas decisões recentes, temos, no momento, neste início de setembro de 2019, 16 casos pendentes na agenda da CIJ, sobre distintos capítulos do direito internacional. As repercussões de alguns deles poderão vir a ser amplas. Dedico-me inteiramente ao exame dos casos, todos eles, apresentados à CIJ, tal como registrado em meus Votos Individuais completos e publicados em coletâneas em distintos idiomas, estudados em diversos países (muito mais do que em nosso próprio país introvertido, alheio aos grandes temas do direito internacional).

Breve, em um caso complexo, opondo a República Democrática do Congo a Uganda, terá a CIJ audiências públicas em novembro de 2019 aqui em sua sede na Haia, para adjudicar e determinar as reparações no tocante ao conflito armado e aos massacres perpetrados na Região dos Grandes Lagos na África (ocorridos na segunda metade da década de noventa, pouco após o genocídio em Ruanda), tidos como a "Guerra Mundial Africana", lamentavelmente esquecida, com seus mais de quatro milhões de vítimas.

15. - *Sobre o tema recorrente dos "muros", no Parecer Consultivo de 2004 sobre a construção por Israel de um muro em território palestino ocupado, se o senhor estivesse na Corte, haveria um voto separado?*

A. A. Cançado Trindade: - O que hoje voltamos a constatar, ao nos aproximarmos do final da segunda década do século XXI, é que não se aprenderam as lições do passado, e vivemos - ou sobrevivemos - hoje em um mundo autodestrutivo. Há uma década e meia atrás, quando a CIJ emitiu seu Parecer sobre as *Consequências Jurídicas da Edificação de um Muro no Território Palestino Ocupado*, em meados de 2004, eu atuava como Juiz da CtIADH. Se eu já estivesse na CIJ naquela época, teria votado a favor do referido Parecer, que estabeleceu violações decorrentes da edificação do muro de Jerusalém e o dever de reparação de danos. Ademais, teria apresentado um Voto Arrazoado, para superar as insuficiências do raciocínio da CIJ.

Neste Voto Arrazoado, teria defendido a necessidade de ir mais além do mesmo, sustentando as convergências entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário, assim como a consolidação do direito de autodeterminação dos povos, e a incidência aqui do *jus cogens*, a par das obrigações *erga omnes* (e não apenas estas últimas). Apesar de todas as resoluções anuais sucessivamente adotadas pela Assembleia Geral da ONU desde então, no mesmo sentido do Parecer da CIJ de 2004, o muro lá permanece, e hoje se edificam novos muros em distintos continentes. Urge rechaçar o atual culto ideológico à ignorância e à vulgaridade, vitimizando com a maior indiferença um número rapidamente crescente de seres humanos

As próprias organizações internacionais - a começar pela ONU - encontram-se hoje crescentemente desprovidas de recursos para a realização de sua missão, em decorrência da hostilidade de determinadas superpotências (a própria ONU privada de 35% de seu orçamento). O multilateralismo está sendo deliberadamente debilitado, ao mesmo tempo em que se passa a vangloriar a soberania dos Estados (poderosos), responsável por tantas atrocidades no passado, e também no presente. A soberania estatal é invocada para a execução de atos desumanos remontando a ilícitos internacionais, como a edificação de muros, gerando a trágica desagregação familiar, e impedindo a livre circulação e até mesmo a própria sobrevivência de migrantes indocumentados e vulneráveis, em contraste chocante com o livre fluxo de capitais.

Os recursos financeiros à busca de lucro passam a ser tidos como sendo de muito maior importância do que as próprias vidas dos seres humanos. Há que reagir ao mundo tão sombrio, injusto e imprevisível como o atual. Passou a haver um abismo socioeconômico, que se aprofunda entre os países, e, no interior deles, entre segmentos da população, perdendo de vista que os Estados foram originalmente concebidos para a realização do bem comum, e não para a satisfação egoísta de interesses privados. O Estado existe para o ser humano, e não vice-versa. Não podem os Estados eximir-se de tomar medidas de proteção redobrada dos seres humanos que dela tanto necessitam, para enfrentar e superar a crescente vulnerabilidade dos mesmos. Há que ter sempre em mente todo um sistema de valores, e, em seu âmbito, o papel *central* reservado aos direitos inerentes à pessoa humana.

16. - *Professor, na sua opinião, qual foi o seu Voto mais importante?*

A. A. Cançado Trindade: - Alguns de meus Votos Individuais têm sido marcantes, e reconhecidos como tendo feito história. Em meu livro de memórias da CtIADH, hoje em sua 5ª. edição (*El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2018, pp. 1-452), eu os identifico e abordo a influência que vieram a ter na construção jurisprudencial atinente a determinados capítulos do direito internacional (e.g., personalidade e capacidade jurídicas internacionais da pessoa humana, direito fundamental de acesso à justiça, reparações de danos em todas as suas formas, regime jurídico próprio das medidas provisórias de proteção). Do mesmo modo, no tocante a meus Votos Individuais na CIJ, tenho do mesmo modo os examinado em meus estudos recentes publicados em distintos países. Alguns desses meus Votos encontram-se mencionados nesta entrevista.

17. - *Professor, durante a sua formação, quando o Senhor percebeu a sua vocação internacionalista? E o pensamento jusnaturalista esteve presente desde o início da sua formação?*

A. A. Cançado Trindade: - Em 2013 concedi uma entrevista, por escrito, a uma Professora da Universidade de Valencia, Espanha, precisamente sobre minha formação e minha visão do direito internacional. O texto final, depois de meses de preparação, foi editado em forma de livro (*Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade - Reflexiones sobre la Justicia Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 15-111). Aí assinalo que muito cedo, já em meus anos de formação, me conscientizei de minha vocação internacionalista, e me identifiquei inteiramente com o pensamento jusnaturalista, que marcou presença já em meus primeiros escritos. Na mesma entrevista abordei, *inter alia*, os dramas da atualidade diante dos tribunais internacionais, a relação entre o tempo e o direito, a relevância do acesso direto da pessoa humana à justiça internacional, a necessidade de realização desta justiça, agregada à gradual consolidação da humanização do direito internacional contemporâneo.

18. - *Que livro o Senhor indicaria para um jovem estudante que leia essa entrevista?*

A .A. Cançado Trindade: - Os pontos aos quais nos referimos nesta entrevista encontram-se por mim examinados em meu livro publicado recentemente em nosso país, já em sua 3ª. edição, intitulado *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, (Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2019, pp. 1-507). Neste livro examino questões históricas, problemas da atualidade, e os avanços logrados, com base em minha própria experiência acumulada ao longo dos anos no âmbito dos tribunais internacionais contemporâneos.

19. - *E um livro não jurídico?*

A. A. Cançado Trindade: - Recomendo a leitura das tragédias gregas clássicas, escritas por Ésquilo (*circa* 525-524 a 456-455 a.C.), Sófocles (*circa* 497-496 a 406-405 a.C.), e Eurípides (*circa* 480 a 406 a.C.). Sempre as tenho lido e relido, ao longo da vida. Seus ensinamentos são perenes, o que em minha percepção as dota de atualidade sempre. Em sucessivos Votos Individuais meus, tanto na CtIADH como na CIJ, ao longo dos anos, encontram-se numerosas ponderações que neles inseri acerca dos ensinamentos das tragédias gregas clássicas, tais como os percebo.

Em meu bem recente e extenso Voto Arrazoado anexado ao Parecer da CIJ (de 25.02.2019) sobre as *Consequências Jurídicas da Separação do Arquipélago de Chagos de Mauritius em 1965*, por exemplo, referi-me, - como anteriormente em tantos outros Votos, - *inter alia*, à presença nas tragédias gregas da permanência do sofrimento humano imposto, e da presença do bem e do mal por toda parte.

*Com isto, constituem uma fonte inestimável de atenção constante ao destino dos seres humanos, sobretudo em face da imper*feição da justiça humana. Dadas a violência persistente, agravada pela vulnerabilidade das vítimas, e a propensidade humana à crueldade, torna-se imprescindível a leitura dos escritos de Ésquilo, Sófocles e Eurípides: das antigas tragédias às contemporâneas, a existência humana tem estado sempre circundada pela tragédia.

Professor, muito obrigado.

CASE OF *APPEAL RELATING TO THE JURISDICTION OF THE ICAO COUNCIL UNDER ARTICLE 84 OF THE CONVENTION ON INTERNATIONAL CIVIL AVIATION* (BAHRAIN, EGYPT, SAUDI ARABIA AND UNITED ARAB EMIRATES [UAE] *VERSUS* QATAR) JUDGMENT OF 14 JULY 2020)

SEPARATE OPINION OF JUDGE A. A. CANÇADO TRINDADE

I. *Prolegomena*: Initial Considerations

1. I have accompanied the majority of the International Court of Justice (ICJ), in voting in support of the adoption today, 14 July 2020, of its present Judgments, dismissing the appeals raised by the applicant States in the present correlated cases of *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation* (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates [UAE] *versus* Qatar) ("ICAOA"), and of *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article II, Section 2, of the 1944 International Air Services Transit Agreement* (Bahrain, Egypt, and UAE *versus* Qatar) ("ICAOB").

2. I arrive likewise at the conclusions of the ICJ set forth in the *dispositif* of the two present Judgments (*ICAOA*, para. 126; and *ICAOB*, para. 127), also for the dismissal of all appeals raised by the applicant States. This does not mean that my own reasoning coincides entirely with that of the ICJ in the handling of all successive points in the two present cases in this respect. This being so, I feel obliged to present my current Separate Opinion, in order to express my own position in relation to one of the arguments raised by the appellant States, in the two present cases of *ICAOA* and *ICAOB*, namely, the argument concerning the so-called "countermeasures".

3. May I initially recall, at this preliminary stage, that, in general terms, the appellant States in both cases base their first ground of appeal, as to the alleged lack of jurisdiction of the ICAO Council, on the argument that the airspace restrictions adopted by them were taken as lawful "countermeasures" in response to Qatar's alleged prior breaches of obligations arising under customary international law, as well as of resolutions of the Security Council, and the Riyadh Agreements. The appellant States further claim that, in their view, "countermeasures" constitute a circumstance precluding wrongfulness under general international law, having been, to them, specially recognized under the Riyadh Agreements.

4. The appellant States further contends that the disagreement submitted by Qatar to the ICAO Council would require the Council to adjudicate upon matters falling outside its jurisdiction, in a forum that is not properly equipped to hear the matters at issue. They argue that their objection is to be distinguished from the earlier case concerning the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council* (India *versus* Pakistan, Judgment of 18.08.1972) because in the present case the invocation of "countermeasures" has taken the dispute outside the scope of civil aviation and the respective treaties (the Chicago Convention in the ICAOA case and the IASTA Agreement in the ICAOB case).

5. In the present Separate Opinion, I shall at first address "countermeasures" in breach of the foundations of the law of nations, and State responsibility. In sequence, I shall survey the lengthy and strong criticisms of "countermeasures" presented in the corresponding debates of both the U.N. International Law Commission, as well as of the VI Committee of the U.N. General Assembly (parts III and IV). Following that, I shall focus on the prevalence of the imperative of judicial settlement over the State's "will". I shall then present my own reflections, first, on international legal thinking and the prevalence of human conscience (*recta ratio*) over the

"will"; secondly, on the universal juridical conscience in the rejection of voluntarism and "countermeasures"; and thirdly, on law and justice interrelated, with general principles of law in the foundations of the new *jus gentium*. The way shall then be paved for the presentation of my final considerations, in an epilogue, with the points dealt with herein.

6. The two cases *ICAOA* and *ICAOB* are interrelated, as their presentation and arguments indicate. The two joint *Applications Instituting Proceedings*, received by the ICJ on 04.07.2018, contain appeals against two decisions rendered by the Council of the International Civil Aviation Organization (the "ICAO Council") on 29.06.2018. The first case, of *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation* (ICAOA), was presented, as already indicated, by Bahrain, Egypt, Saudi Arabia, and the UAE, to constitute an appeal against the decision rendered by the ICAO Council in the proceedings initiated by Qatar against these four States, which were initiated on the basis of Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (the "Chicago Convention"). In these proceedings before the ICAO Council, Qatar claimed that the decisions of the four States (the airspace restrictions) violated the Chicago Convention.

7. The dispute between the Parties is mainly focused on whether the ICAO Council had jurisdiction to decide on the applications submitted by Qatar on alleged violations of the Chicago Convention (ICAOA) or the IASTA (ICAOB), and alternatively, whether the applications submitted by Qatar are admissible. As I have already pointed out, in both cases *ICAOA* and *ICAOB* I have selected one point raised by the appellant States, namely, that of so-called "countermeasures", so as to examine herein their lack of legal foundations and their negative effects on the law of nations and State responsibility.

II. "COUNTERMEASURES" IN BREACH OF THE FOUNDATIONS OF THE LAW OF NATIONS, AND STATE RESPONSIBILITY

8. The appellant States, as just seen, have decided to rely *inter alia* on "countermeasures", bringing to the fore an unfortunate initiative taken by the U.N. International Law Commission (ILC) in its prolonged discussions on the matter in the nineties and until 2001 (*infra*). This having been so, I feel bound to begin my own considerations of "countermeasures" in breach of the foundations of the law of nations, and of State responsibility, and to present, in sequence, the criticisms of "countermeasures" in corresponding debates of the U.N. ILC, as well as of the VI Committee of the U.N. General Assembly.

9. In effect, the ILC consumed many years of its work on the elaboration and adoption of its *Articles on State Responsibility* (2001), which disclosed also some resistance to certain innovations not in accordance with the foundations of the law of nations. Such was the case – as I warned in my General Course delivered at the Hague Academy of International Law in 2005 – of the space occupied, in the elaboration of those Articles,

> by so-called "countermeasures" (Articles 22 and 49-54), in comparison with the much more succinct space devoted to serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law (Articles 40-41). *Ubi societas, ibi jus*. It should not pass unnoticed that countermeasures (...) ha[ve] now been taken to the centre of the domain of State responsibility without originally and intrinsically belonging to it. Countermeasures are reminiscent of the old practice of retaliation, and, – whether one wishes to admit it or not, – they rely upon force rather than conscience. Recourse to them discloses the insufficient degree of development of the treatment of State responsibility.

10. In this respect, there have been warnings as to resort to "countermeasures": as the international legal order is based upon justice rather than force, it has been criticized that to confer a high standing to "countermeasures" in the domain of State responsibility is "to elevate to a position of high dignity one of [international] society's least dignified and least sociable aspects", thus condemning that society "to be what it is". Other criticisms have emanated from lucid trends of international legal doctrine.

11. It has been recalled, e.g., that resort to "countermeasures" in practice ensues mainly from the domain of "the reciprocity of State interests" rather than principles, disclosing clear risks of retaliation, which are to be avoided.

Judicial control of "countermeasures" was contemplated by ILC's *rapporteur* G. Arangio-Ruiz, in his seventh *Report* (of 1995), stressing the need of an institutionalized reaction – within the ambit of the United Nations – of the "organized international community", – and the idea of a neutral control of "countermeasures" remained alive.

12. I have recalled such criticisms in my aforementioned General Course delivered at the Hague Academy of International Law (2005), and I have further warned that

> [T]he much larger space occupied by "countermeasures" than by other truly fundamental aspects of State responsibility in the 2001 ILC Articles on the subject discloses an apparent lack of confidence in the role of law for attaining justice; the greater emphasis is therein shifted to coercive means – envisaged as "legal" ones – rather than on conscience and the prevalence of *opinio juris communis*.
>
> Yet, in a domain of International Law endowed with a specificity of its own, such as the International Law of Human Rights, the overall picture is rather different. This is a domain which has rendered possible a re-encounter with the very foundations of the international responsibility of States. Herein attention is correctly focused on Law rather than force, on conscience rather than "will", to the greater effectiveness of public international law itself.

13. These criticisms have called for further attention to the matter, in particular to the step backward taken by the insertion of "countermeasures" in the 2001 Articles on State Responsibility (cf. *infra*). Such insertion took place despite the successive and strong criticisms of "countermeasures" in the prolonged debates on the matter, of the U.N. ILC as well as of the VI Committee of the U.N. General Assembly (*infra*). I much regret that "countermeasures" have been raised by the appellant States in the present two cases (of ICAOA and ICAOB); all the mistakes of the past in the raising and stating of the point, with all its legal consequences, should not be forgotten in the present, at least by those of us who believe in international law and work for its prevalence.

III. CRITICISMS OF "COUNTERMEASURES" IN CORRESPONDING DEBATES OF THE U.N. INTERNATIONAL LAW COMMISSION

14. Strong criticisms of "countermeasures" were formulated in successive debates of the U.N. ILC itself, in the period of 1992-2001, centered on the issue. Thus, one of the ILC members, Mr. Jiuyong Shi (China), took a categorical position against them, warning as to the "impropriety" of the concept of "countermeasures" under general international law; to him, States allegedly "injured" which took "countermeasures" were "often themselves the wrongdoing States". Thus, for Mr. J. Shi, the application of reprisals or countermeasures disclosed the outcome of the relationship between "powerful" States and "weak and small" States which were "unable to assert their rights under international law.

15. For that reason, many small States regarded "the concept of reprisals or countermeasures as synonymous with aggression or intervention, whether armed or unarmed". "Countermeasures", – he added, – were "controversial" and should not be included in the law of State responsibility, being "certainly" to "the advantage of the more powerful States". Instead of reflecting general rules of international law, – Mr. J. Shi concluded, – "countermeasures" remained "controversial", reflecting "simply power relationships", and should then "be excluded from the topic of State responsibility".

16. Another ILC member who took likewise a categorical position against "countermeasures" was Mr. Carlos Calero Rodrigues (Brazil), who strongly criticized them; he warned that, if the ILC "was to be faithful to its duty of contributing to the progressive development of international law, it must try to establish limits to countermeasures in order to correct some of the more glaring injustices to which their broad application might give rise". He advocated the "clear and unrestricted" prohibition of "countermeasures", which "should not be considered legitimate" in threatening the territorial integrity or independence of the State against which they were applied; such "extreme coercion", – he added, – "should not be allowed".

17. Mr. C. Calero Rodrigues stressed his own "faithfulness to the traditional Latin American position on that matter", and reasserted his own "endorsement of a strict prohibition of countermeasures which endangered the territorial integrity or political independence of a State". He was firm in further warning that "countermeasures should not infringe on fundamental human rights, diplomatic relations, the rules of *jus cogens* or the rights of third States".

18. Within the ILC, as it can be seen, there were those aforementioned members who remained strongly opposed to the initiative of inserting into the Draft Articles a reference to so-called "countermeasures" all the time (*supra*). In addition, there were those members who were critical of them from the start, though ending up not opposing their insertion into Article 50 (2) of the Draft Articles. As to these latter, one ILC member, Mr. Awn Al-Khasawneh (Jordan), warned that States resorting to "countermeasures" "took the law into their own hands", forgetful of the rule of law at the international legal level. To him, "countermeasures" raised the "likelihood of abuse, largely because of power disparities among States"; furthermore, there is the "punitive" function and intent of "countermeasures".

19. Another ILC member, Mr. Pemmaraju Sreenivasa Rao (India), also warned that "countermeasures" reflected the position of the "stronger party", and one should have a care not to transpose such political "power relationships" into the domain of the law; moreover, "punitive reprisals or countermeasures" should be expressly prohibited. This point, originally made by him in 1992, was subsequently taken again by him at the ILC, in 1996, when he expressly stated his "complete disagreement" with chapter III of the draft Articles on the controversial "countermeasures". The ILC ended up with "an unsupportable, contradictory and unjustified regime for countermeasures"; after all, he added, "[n]o State should be encouraged to decide unilaterally to take the law into its own hands, no matter how real the provocation to which it reacted".

20. It seemed "advisable" to Mr. P. Sreenivasa Rao "to refer expressly to the provisions of the [U.N.] Charter which dealt with the non-use of force and the different methods for the peaceful settlement of disputes". In conclusion, he identified the "trouble with the existing wording", namely: "if the State accused of the internationally wrongful act defaulted, the injured State would be free to act as it saw fit, and that was tantamount to making the law of the strongest prevail. It would be preferable if the dispute settlement procedure that had been initiated continued to apply".

21. In the ILC's debates of two years earlier, Mr. John de Saram (Sri Lanka) pointed out that even when considering "countermeasures", attention should be turned to multilateral (or even bilateral) treaties, as from the U.N. Charter, in the light of their provisions on "peaceful settlement of disputes". Even when this latter is not achieved, – he added, —endeavors should be undertaken to avoid "chaos" resulting from "the taking by individuals States of countermeasures in an uncoordinated manner".

22. Shortly afterward at the ILC, Mr. Václav Mikulka (Czech Republic) pondered, as to the "consequences of State crimes", that "priority should be given to the collective response of the international community", so as to avoid "countermeasures"; in his view, it would here be desirable for the ILC "to establish the regime of responsibility for State crimes". The ILC members also counted, in mid-1994, on the intervention of their guest speaker, Mr. Chengyuan Tang, Secretary-General of the Asian-African Legal Consultative Committee (AALCC), who acknowledged the concern expressed at the ILC as to the formulation of a "regime of unilateral countermeasures" with its "inherent danger of abuse", as to the "recourse to reprisals", as well as to a "resort to unlawful or disproportionate countermeasures".

23. Subsequently, in the ILC's debates, Mr. Peter Kabatsi (Uganda) made clear that he was "totally opposed to legalizing unilateral self-help at the international level by one State against another, as that would only serve the interests of the strong against the weak and the rich against the poor". He added that Chapter III of the draft Articles contained passages that, if retained, "would further aggravate the situation of the State against which the countermeasures were directed". Likewise, there were those ILC members who criticized strongly "countermeasures", though not opposing them until the end, despite the negative effects of the resort to them.

24. One of those ILC members (Mr. Julio Barboza) wrote thoughtfully later (in 2003) that "countermeasures" amounting to reprisals faced the prohibition found in General Assembly resolution 2625(XXX). Prevalence was acknowledged to the obligations of protection of the human person, in the International Law of Human Rights and International Humanitarian Law. There is no point at all, – he added, – in "countermeasures", in cases lodged with an international tribunal, which can anyway order provisional measures of protection before delivering its decision on the merits; to resort to "countermeasures" without a test of their legality is a "step backward".

25. This critical point was in effect made also in the remaining debates (in 2000-2001) of ILC members on the matter. Thus, in 2000, Mr. Maurice Kamto (Cameroon) pointed out that he had kept his reservations to "countermeasures", for being "a step backward at a time when the trend was in the opposite direction, towards the regulation of international relations through dispute settlement machinery, including judicial machinery"; this was, in his view, a wrong step taken by the ILC, as there was no basis in general customary law for "countermeasures", being a wrongful resort to sanctions. To him, it should be kept in mind that countermeasures were unduly devised in the late 1970s and early 1980s, considerably weakening the Security Council's authority and expanding "private justice".

26. For his part, on the same occasion in the ILC, Mr. C. John R. Dugard (South Africa) pondered that international lawyers disliked "countermeasures" and reprisals as they were "primitive and lacked the means for law enforcement"; so-called "reciprocal countermeasures" were thus to be rejected. He further warned that "[m]ost countermeasures inevitably had some adverse impact on some human rights, particularly in the social and economic field". Shortly afterward, Mr. Nabil Elaraby (Egypt) also criticized countermeasures for being "highly controversial", and for underlining the "imbalance" and widening "the gap between rich and powerful States and the rest", having thus been "used and abused" in the contemporary world. In the following year of 2001, Mr. James Kateka (Tanzania) likewise declared that he "remained opposed" to countermeasures, as "they continued to be a threat to small and weak States and gave the more powerful States another weapon".

27. At the final stage of consideration of the Draft Articles on State Responsibility, the ILC counted on relevant comments received from States (at the original request from the U.N. General Assembly), reproduced in its *Yearbook* (1998 and 2001). In 1998, Mexico and Argentina presented their criticisms of the inclusion of "countermeasures" thereon. Denmark, on behalf of the Nordic countries, stated that "there is no room for countermeasures where a mandatory system of dispute settlement exists as between the conflicting parties". And the Czech Republic held that "countermeasures are not considered to constitute a 'right' per se of an injured State".

28. Later on, in 2001, China criticized the reference to "countermeasures", and called for "appropriate restrictions on their use". Japan, for its part, likewise warned as to the risk of abuse of "countermeasures", and fully shared "the concern expressed by quite a few States in the VI Committee on the risk of the abuse of countermeasures", which needed "substantial and procedural restrictions". Mexico, for its part, much regretted the decision of inclusion of "countermeasures" into the Draft under consideration, which "would open the way to abuse" which "could aggravate an existing conflict"; the result could be "extremely risky, especially for the weakest States", and such risks should be minimized, avoiding their use "for punitive purposes".

29. Argentina was likewise critical, warning against "the exceptional nature of countermeasures", and the need "to minimize the possibility of abuses". Shortly after the adoption of the ILC's Articles on State Responsibility (2001), the *rapporteur*, Mr. James Crawford, in the commentaries he published, observed critically that the chapter containing countermeasures "was the most controversial aspect of the provisional text adopted in 2000. Concerns were expressed at various levels" (e.g., in relation to the implementation of State responsibility; in respect of obligations not subject to countermeasures; and by reference to the so-called "collective" countermeasures). After recalling that at least one State (Greece) argued that "countermeasures should be prohibited entirely", he added that "the ILC did not endorse that position".

IV. CRITICISMS OF "COUNTER-MEASURES" IN CORRESPONDING DEBATES OF THE VI COMMITTEE OF THE U.N. GENERAL ASSEMBLY

30. Criticisms of countermeasures were, furthermore, firmly expressed in the parallel and corresponding debates of successive sessions (1992-2000) of the VI Committee of the U.N. General Assembly. Thus, e.g., in the debates of 04.11.1992 of the VI Committee, the Delegate of Indonesia (Mr. Abdul Nasier) warned that "countermeasures generally tended to be punitive"; in particular, "armed countermeasures were contrary" to Article 2 (3) and (4) of the U.N. Charter, and, "[a]ccordingly, countermeasures had no place in the law on State responsibility".

31. Other criticisms along the years of debates on the matter in the VI Committee were firmly formulated and sustained by the Cuban Delegation. Thus, in the debates of 05.11.1992, the Delegate of Cuba (Ms. Olga Valdés) warned that in resorting to "reprisals or countermeasures", powerful or rich countries "easily enjoy an advantage over weak or poor countries". She added that they contain "the seeds of aggression", being moreover surrounded by uncertainty; accordingly, they are not desirable in international law.

32. The Cuban Delegation insisted on its position against "countermeasures". Thus, subsequently, in the debates of the VI Committee of 04.12.2000, the Delegate of Cuba (Ms. Soraya Álvarez Núñez) opposed "countermeasures" are being "most controversial", and as amounting to "armed reprisals", involving "collective sanctions or collective interventions". She added that such reprisals "tended to aggravate disputes between States" by resorting to "the wrongful use of force". Such politically motivated tactic was "in violation of the principles of the Charter of the United Nations and [of] international law".

33. There were other strong criticisms by States' representatives of "countermeasures" in the work of the VI Committee of the General Assembly. Thus, e.g., in its debates of 04.11.1993 on the matter, the Delegate of Mexico (Mr. J. Gómez Robledo) warned that "the imposition of unilateral sanctions by one or more States" in reaction to the conduct of another State was a breach of international law, that "might exacerbate international conflicts", and thus all provisions or references to "countermeasures should be deleted".

34. There were other manifestations of criticism of, and opposition to, "countermeasures", in the prolonged debates of the VI Committee of the General Assembly on the matter. For example, in the debates of 13.11.2000, the Delegate of India (Mr. Prem Gupta) strongly criticized that resort of "States to take countermeasures was open to serious abuse", and thus the point should be excluded "altogether from the scope of State responsibility, leaving issues concerning such measures to be dealt with under general international law, especially under the Charter of the United Nations".

35. He added that "countermeasures" were "merely sanctions under another name", which "should not be used to punish a State". The Delegate of India stressed that there was a duty to keep in mind "their humanitarian consequences and the need to protect civilian populations from their adverse effects"; in his understanding, "countermeasures could not be taken and, if taken, must be immediately suspended, if an internationally wrongful act had ceased or if the dispute had been submitted to a court or tribunal with authority to hand down binding decisions".

36. On his part, the Delegate of Pakistan (Mr. Akhtar Ali Kazi) was likewise critical: in the debates of the VI Committee of 05.11.1992, for example, he warned that opinions within the ILC were "divided as to whether provisions on countermeasures should be included in the draft", given the difficulties surrounding them deriving from the "the disparities in the size, power, and level of development of States". "Countermeasures", – he continued, – gave an advantage to "powerful or rich" States over "weak or poor" States; these latter required "particular attention" in the context of "countermeasures", "in order to prevent the regime from becoming a tool of power politics".

37. In the same debates of the VI Committee of 05.11.1992, strong criticisms were also proffered by the Delegate of Algeria (Mr. Sidi Abed), who began by warning that so-called "countermeasures" originated from the practice of "the most powerful" States. "Countermeasures" thus required, – he added, – "the most careful safeguards", taking into account the "*de facto* inequalities between

States" so as to avoid a "questionable" practice leading to "abuses", and to remedy a "situation when the rules of international law were violated".

38. As seen above (parts III and IV), "countermeasures" were heavily criticized throughout the whole preparatory work of the corresponding provisions of the ILC's Draft Articles on State Responsibility. It is somehow surprising and regrettable that, despite all the firm criticisms against them, they counted on supporters for their inclusion in those Draft Articles, without any juridical grounds; it is likewise surprising and regrettable that the ICJ itself referred to "countermeasures" in its Judgment of 25.09.1997 in the case of *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary *versus* Slovakia, paras. 82-85), and again referred to it in the present Judgments of the ICJ of today in the two cases of *ICAOA* and *ICAOB* (para. 49 of both Judgments).

V. THE PREVALENCE OF THE IMPERATIVE OF JUDICIAL SETTLEMENT OVER THE STATE'S "WILL"

39. There were further criticisms to the initiative of consideration of so-called "countermeasures" (cf. *infra*). There are other points to take here into account, e.g., there were, on the other hand, those who, in superficially favoring "countermeasures", appeared clearly oblivious of the earlier lessons of true jurists on the importance of the realization of justice. Once again, in the present case, the ICJ reiterates its view that jurisdiction is based on State consent, which I have always opposed within the Court: in my perception, human conscience stands above *voluntas*.

1. Further Criticisms of So-Called "Countermeasures"

40. Further criticisms of the controversial initiative of considering "countermeasures" were promptly raised from distinct sources. In the mid-nineties (in 1994), e.g., it was timely warned that "[u]nilateral countermeasures" were, "without doubt, extremely difficult and perhaps even dangerous to codify", remaining always "prone to abuse on the part of the strong against the weak". Even a narrative study (of 2000) of the ILC draft, shortly before its adoption, did not prescind from acknowledging "the controversial issue of countermeasures", and the fact that "several members" of the ILC "continued to voice concern that smaller States may suffer the abuse of countermeasures by powerful States".

41. Still earlier (also in 1994), another criticism was advanced recalling that "many [ILC] members shared the concern expressed forcefully by the special *rapporteur* that the unilateral character of countermeasures opens up the possibility of their abuse, especially (but not only) by powerful States". It was then recalled that the ILC, in its *Report* of 1993, criticized that unilateral "countermeasures" were to "the detriment of the principles of equality and justice"; furthermore, they let the deciding State to exercise coercion, to which those in favor of "compulsory dispute settlement" were clearly opposed, focusing on the "common interest" of preventing "their illicit and arbitrary use".

2. Earlier Lessons on the Importance of the Realization of Justice

42. Moreover, may I here add that it is to keep in mind likewise some lessons from a more distant past, identified by learned international jurists, in a distinct and wider horizon. Thus, to recall one early example, in his thoughtful book *La Justice Internationale*, published in 1924, four years after the adoption of the Statute of the old Permanent Court of International Justice (PCIJ), Nicolas Politis, in recalling the historical development from private justice to public justice, advocated for the evolution, at an international level, from optional to compulsory jurisdiction.

43. Subsequently, at the earlier years of the new era of the ICJ, in 1952, A. Truyol y Serra firmly criticized legal positivism, and stressed the importance of general principles of international law, based upon natural law, for the interpretation and application of the norms of the international legal order, thus assuring the realization of justice. He invoked earlier writings, e.g., of A. Verdross, and stressed the relevance of *recta ratio*, for securing what he identified as the universality of the new international law.

44. Still, in the evolving years of the era of the ICJ, Maurice Bourquin pondered, in 1960, that an international dispute may be lodged

with an international tribunal once it comes into existence, irrespectively of any insistence on further exhaustion of diplomatic means or initiatives. Recourse to judicial settlement is attentive to the existence of a disagreement between the parties as to points of law or fact. The existence of the dispute is already established in being submitted to the international tribunal, to "l'empire du droit", even if its object is not necessarily set up in "a clear and definitive manner".

3. Human Conscience above *Voluntas*

45. The Judgment of the ICJ in the present case of *ICAOA* contains several cross-references (in paras. 67, 88, 90, and 93) to its own decisions (Order of 15.10.2008, and Judgment on preliminary objections of 01.04.2011) in the case of *Application of the CERD Convention* (Georgia *versus* Russian Federation). The ICJ reiterates, in the present Judgment, its understanding that "jurisdiction is based on consent" (para. 55). Within the ICJ, I have always expressed my strong criticism of this misunderstanding.

46. May I here recall that in my Dissenting Opinion in the case of *Application of the CERD Convention* (Judgment of 01.04.2011), I firmly criticized the ICJ's majority for reaching, as one of its conclusions, the view that Article 22 of the CERD Convention "imposes preconditions" to be complied with (paras. 142 and 148) before a State could refer a dispute to the ICJ thereunder. In my Dissenting Opinion, I then pondered:

> The fact is that there is no conclusive indication to that effect in the *travaux préparatoires* of the CERD Convention, nor is there any statement as to the existence of a resolutory obligation incumbent upon States Parties, to do all they can to settle their disputes previously by negotiation before they can seize the ICJ. Resort to negotiation was generally referred to as a factual *effort* or *attempt* only, rather than as a resolutory obligation (para. 101).

47. I then added that the position of the ICJ's majority in the *cas d'espèce*, as to Article 22 of the CERD Convention, in my perception, "does not stand"; in this connection, I recalled that, in the *travaux préparatoires* of the CERD Convention, there were clearly those "who were sensitive to the regulation of social relations under the CERD Convention, and who favored possible recourse to the ICJ without 'preconditions'" (para. 107).

48. I next recalled that, at an earlier stage of proceedings in the case of the *Application of the CERD Convention* (Georgia *versus* Russian Federation, Provisional Measures of Protection, Order of 15.10.2008), the ICJ held that Article 22 of that Convention does not suggest that formal negotiations thereunder would constitute "preconditions" to be fulfilled before the seising of the ICJ; despite this timely clarification made by the ICJ itself in its Order of 15.10.2008, in its subsequent Judgment (Preliminary Objections, of 01.04.2011) in the same case, – I warned in my Dissenting Opinion, – it "was incomprehensibly made dead letter by the Court itself (para. 129), which thus ran against and deconstructed its own *res interpretata*" (paras. 112 and 114).

49. I expressed regret as to the outcome of the ICJ's decision in the case of the *Application of the CERD Convention* (01.04.2011), with "the ineluctable consequence of inaptly and wrongfully giving pride of place to State consent, even above the fundamental values at stake, underlying the CERD Convention, which call for the realization of justice" (para. 202). I then again warned that the ICJ "cannot keep on privileging State consent above everything, time and time again, even after such consent has already been given by States at the time of ratification" of human rights Conventions (para. 205).

50. It is further to be kept in mind, – I proceeded, – the "humanist optics" whereby "the *justiciable* are, ultimately, the human beings concerned" (well in keeping with the creation itself of the PCIJ and the ICJ); thus, "to erect a mandatory 'precondition' of prior negotiations for the exercise of the Court's jurisdiction amounts to erecting, in my view, a groundless and most regrettable obstacle to justice" (para. 208). And I then at last pondered, on this particular issue, that

> The Court cannot remain a hostage of State consent. It cannot keep displaying an instinctive and continuing search for State consent, (...) to the point of losing sight of the imperative of realization of justice. The moment State consent is manifested is when the State concerned decides to become a party to a treaty, – such as the human rights treaty in the present case, the CERD Convention. The hermeneutics

> and proper application of that treaty cannot be continuously subjected to a recurring search for State consent. This would unduly render the letter of the treaty dead, and human rights treaties are meant to be living instruments, let alone their spirit.
>
> (…) As this [tragedy] persists, being seemingly proper to the human condition, the need also persists to *alleviate* human suffering, by means of the *realization of justice*. This latter is an imperative which the World Court is to keep in mind. This goal – the realization of justice – can hardly be attained from a strict State-centered voluntarist perspective, and a recurring search for State consent. This Court cannot, in my view, keep on paying lip service to what it assumes as representing the State's "intentions" or "will". (…)
>
> In the present Judgment, the Court entirely missed this point: it rather embarked on the usual exaltation of State consent, labeled, in paragraph 110, as 'the fundamental principle of consent'. I do not at all subscribe to its view, as, in my understanding, consent is not "fundamental", it is not even a "principle". What is 'fundamental', i.e., what lays in the *foundations* of this Court, since its creation, is the imperative of the *realization of justice*, by means of compulsory jurisdiction. State consent is but a rule to be observed in the exercise of compulsory jurisdiction for the realization of justice. It is a means, not an end, it is a procedural requirement, not an element of treaty interpretation; it surely does not belong to the domain of the *prima principia*. This is what I have been endeavoring to demonstrate in the present Dissenting Opinion (paras. 198, 209, and 211).

51. The awareness of the importance of the imperative of judicial settlement of international disputes for the realization of justice and its prevalence over the State's "will", found support in international legal thinking as from the beginning of the era of international tribunals (cf. *supra*). Furthermore, international law, since its historical origins, has been a law of nations, a *droit des gens*, and not a strictly inter-State law; the human person was considered from the start as a subject of law. In effect, the historical process of the *humanization* of the law of nations has stressed the relevance of the international legal titularity of the human being, the centrality of which corresponds to the new *ethos* of our times.

52. The fidelity to the original lessons and legacy of the "founding fathers" of the law of nations (part VI, *infra*) accounts for the reconstruction and evolution of the *jus gentium* in our times, in conformity with the *recta ratio*, as a new and truly *universal law of humankind*. It is thus more sensitive to the identification and realization of superior common values and goals, concerning humankind as a whole. The historical trajectory of the new *jus gentium* of our times calls for our attention, keeping in mind the factual context of the two present cases (ICAOA and ICAOB) before the ICJ.

53. Before turning to the examination of this historical formation and development of the new *jus gentium*, may I here recall that in the present cases of *ICAOA* and *ICAOB*, the appellant States have asserted (in their second ground of appeal) that the ICAO Council "erred in fact and law in rejecting [their] first preliminary objection in respect of the competence of the ICAO Council". The appellant States have thus requested the Court to adjudge that the Council did not have jurisdiction to entertain Qatar's application submitted to the ICAO Council.

VI. INTERNATIONAL LEGAL THINKING AND THE PREVALENCE OF HUMAN CONSCIENCE (*RECTA RATIO*) OVER THE "WILL"

54. Keeping all this in mind, may I now recall here that the identification of *recta ratio* flourished in this historical humanization of the law of nations as from the writings of its "founding fathers" at the XVIth. and XVIIth. centuries, focusing the emerging new *jus gentium* in the realm of natural law. This evolution found inspiration in the much earlier scholastic philosophy of this outlook, in particular in the Aristotelian-stoic-thomist conception of *recta ratio* and justice, which conceived human beings as endowed with intrinsic dignity. The *recta ratio* came to be seen as indispensable to the prevalence of the law of nations itself. It was Cicero who effectively formulated the best-known characterization of *recta ratio*, even if its roots go back to the thinking of ancient Greeks (Plato and Aristotle), corresponding to its *orthos* logos.

55. In conformity with the principles of *recta ratio*, each subject of law is to behave with justice, as such principles emanate from human

conscience, asserting the ineluctable relationship between law and ethics. Natural law reflects the dictates of *recta ratio*, where justice has its foundations. In his ancient time, M.T. Cicero attributed (in *De Republica*, book III, ch. XXII, para. 33) to *recta ratio* perennial validity, extending to all nations in all epochs. In his well-known *De Legibus* (*On the Laws*, book II, *circa* 51-43 b.C.), he pondered that nothing was "more destructive" than "the use of violence in public affairs". Cicero left a relevant legacy to the "founding fathers" of the law of nations, in situating the *recta ratio* in the foundations of the *jus gentium* itself.

56. The classical *jus gentium* of Roman law, in transcending with the passing of time its origins of private law, was wholly transformed, in associating itself with the emerging law of nations, – to what decisively contributed the writings of the "founding fathers" of this latter, particularly those of F. Vitoria, F. Suárez, A. Gentili, H. Grotius, C. Bynkershoek, S. Pufendorf and C. Wolff, among others. The new *jus gentium*, as from the XVIth. and XVIIth. centuries came to be associated with humankind itself, engaged in securing its unity and in attending its needs and aspirations, in conformity with an essentially universalist conception.

57. The *jus communicationis* of F. de Vitoria, e.g., was conceived as a law for all human beings. Thus, already in the XVIth. and XVIIth. centuries, to F. de Vitoria and F. Suárez the emerging State was not an exclusive subject of the law of nations, which comprised moreover peoples and individuals; humankind was taken into account even before the emerging States. The international legal order was *necessary* rather than "voluntary", with *recta ratio* in its foundations.

58. It may here be recalled that, in the XVIth. century, in his well-acclaimed *Relecciones Teológicas* (1538-1539), F. de Vitoria sustained, as to the legal order, that the international community (*totus orbis*) has primacy over the "will" of each individual State; furthermore, it is coextensive with humankind itself. The new *jus gentium* secured the unity of *societas gentium* and provided the foundations – emanating from a *lex praeceptiva* of natural law – for the *totus orbis*, susceptible of being found by the *recta ratio* inherent to humankind. The way was thus paved for a universal *jus gentium*, for the apprehension by reason of *jus gentium* as a true *jus necessarium*, transcending the limitations of the *jus voluntarium*.

59. From the whole work of F. de Vitoria, and in particular, from his *Relectio De Indis Prior*, the conception emerged of a *jus gentium* entirely emancipated from its origin of private law – in Roman Law, – endowed with a humanist vision, at a universal level. Furthermore, reparation for violations of human rights came to reflect an international need assisted by the law of nations, in conformity with the *recta ratio*, with the same principles of justice applying to emerging States as well as to individuals or peoples forming them. In echoing likewise the universalist vision of the law of nations, A. Gentili (author of *De Jure Belli*, 1598), sustained, at the end of the XVIth. century, that it is the Law that regulates the relationship between the members of the universal *societas gentium*.

60. In the XVIIth. century, in the vision of Francisco Suárez (author of *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), the subjects of law (emerging States and others) needed a universal legal system to regulate their relations as members of the universal community. The new *jus gentium* is formed by the uses and customs common to humankind, being conformed by natural reason for the humankind as a whole as a universal law. F. Suárez also drew attention to the precepts of *jus gentium* encompassing equity and justice, in the whole harmony with natural law, wherefrom its norms emanate disclosing its truly universal character.

61. The contribution of F. de Vitoria and F. Suárez, from the Spanish theological school to the consolidation of the new *jus gentium* was clear. On his part, F. de Vitoria sought to adapt the Thomist thinking to the historical reality of the XVIth. century, while F. Suárez presented a formulation of the matter which paved the way for the work of H. Grotius. One and the other, F. de Vitoria and F. Suárez, set up the bases of the law of universal application (*commune omnibus gentibus*), of law for humankind as a whole.

62. In the conception of *jus gentium* of H. Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625), it is made clear that the State is not an end in itself, but a means to secure the social order, and to perfect civil society which "comprises the whole of humankind" . The State is to pursue the common good, respectful of the rights of human beings; in his view, the *raison d'État* has limits, and the rights of individuals can be

protected against their own State. The writings of H. Grotius make it clear that one cannot pretend to base the international community itself on the *voluntas* of each State individually.

63. H. Grotius sustained that international relations were subject to the legal norms, and not to the *raison d'État*, which is incompatible with the existence itself of the international community: this latter cannot prescind from Law. In this line of thinking, Samuel Pufendorf (author of *De Jure Naturae et Gentium*, 1672) likewise identified natural law itself with *recta ratio*. On his turn, Christian Wolff (author of *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), pondered that, as individuals have to promote the common good, the State has, on its turn, the correlative duty to seek its perfection.

64. Following that, the personification of the powerful State, inspired in the legal philosophy of G.W.F. Hegel, had unfortunately a most regrettable influence upon international law by the end of the XIXth century and in the first decades of the XXth. century. Regrettably, the universal outlook and the legacy of the "founding fathers" of international law (*supra*) were discarded by the emergence of legal positivism, endowing States with a "will" of their own and reducing the rights of human beings to those "granted" by States.

65. Voluntarist positivism, grounded on the consent or "will" of States, became the predominant criterion, denying *jus standi* to human beings, and envisaging a strictly inter-State law, no longer *above* but *between* sovereign States. It resisted the ideal of the emancipation of human beings and their recognition as subjects of international law, keeping them under the absolute control of the State. Yet, the idea of the absolute State sovereignty (with which legal positivism aligned itself, ineluctably subservient to power), which led to the irresponsibility and the alleged omnipotence of the State, not impeding the successive atrocities committed by it against human beings, with the passing of time became entirely groundless, as the disastrous consequences of such distortion had become widely known.

66. The truth is that, from the "founding fathers" of the law of nations grounded on the *recta ratio* until our times, the jusnaturalist thinking in international law has never faded away; it overcame all crises, in its perennial reaction of human conscience against successive atrocities committed against human beings, which regrettably counted on the subservience and cowardice of legal positivism. It could be argued that the contemporary world is entirely distinct from that of the epoch of the "founding fathers" of the law of nations, who supported a *civitas maxima* ruled by the *droit des gens*.

67. Even if one has two distinct world scenarios (no one would contest it), there is no way to deny that the human aspiration remains the same, namely, that of the construction of an international legal order applicable both to States (and international organizations) as well as to individuals, pursuant to certain universal standards of justice, and concerning humankind as a whole. As from the initial influence of the thinking of F. de Vitoria (*supra*), a "continuing revival" of natural law, which has never faded away, has been constantly identified. Rather than being a return to classical natural law, it is a reassertion or restoration of a standard of justice, whereby positive law is reconsidered, – bearing in mind the conservationist view and the degeneration of legal positivism attached to the *status quo*, in its typical subservience to power.

68. The "continuing revival" of natural law strengthens the safeguard of the universality of the rights inherent to all human beings, – overcoming self-contained positive norms, deprived of universality for varying from one social *milieu* to another. Those universal rights stand against the arbitrary manifestations of State power, in acknowledgment of the importance of fundamental principles of international law, which have so much been influencing the evolution, along with more than the last seven decades, of the International Law of Human Rights.

69. To rescue and sustain nowadays the legacy of the evolving *jus gentium* – as I have been caring to do already for years, – amounts to keep on safeguarding the universalist conception of international law, turned to the unsafe world wherein we live. It remains essential to keep in mind the objective and necessary international law, emanating from the *recta ratio*, giving expression to universal values, and advancing a wide conception of international legal personality (including human beings, and humankind as a whole); this can render viable to address more adequately the problems facing the *jus gentium* of our times, the international law for humankind.

70. States cannot discriminate or tolerate situations to the detriment of migrants (even the undocumented ones), and ought to secure access to justice to any person, irrespective of his or her migratory status, as well as to oppose successive and systematic restrictions. Contemporary international law counts on the mechanisms of protection of human beings in situations of adversity (International Law of Human Rights, International Humanitarian Law, International Law of Refugees) as well as the operation of the Law of International Organizations. Moreover, it counts on the multiple international tribunals, engaged in the realization of justice. The advances of the international legal order correspond to the awareness of human conscience to the need for realization of the common good and justice.

71. Awareness of, and respect for, the fundamental principles of international law are essential for the prevalence of rights. The positivists mistakenly identified the principles with the norms emanating therefrom, indulging into the confusion between what it is (*Sein*) and what it should be (*Sollen*). They opted for a static vision of the world, entirely ignoring its temporal dimension; moreover, they isolated Law from other areas of human knowledge. Regrettably, positivists and "realists" are numerous today, which accounts for the worrisome decline in the cultivation of the knowledge of Law. They remain oblivious of the fact that the use of force projects itself, leading to the decomposition of the social tissue, and to the grave violations of human rights and International Humanitarian Law, – opening wounds which will require generations to heal.

72. One cannot simply resort to violence utilizing its own methods. Legal positivism and "realism" have regrettably been invariably subservient to power, unable to understand and accept the profound transformations of contemporary international law in seeking the realization of the imperatives of justice. Whenever their minimization prevailed the results have been disastrous. The emancipation of human persons *vis-à-vis* their own State and the emancipation of peoples in the law of nations have occurred before the lack of awareness of legal positivists and "realists", who wrongly pretended that the reality over which they worked was permanent and unavoidable; what actually occurred was that with perplexity before the changes, they had to move from one historical moment to another one, entirely different.

73. In my perception, their basic mistake has been their minimization of the *principles*, which lie on the foundations of any legal system (national and international), and which inform and conform the new legal order in the search for the realization of justice. May I here recall that, as Jacques Maritain rightly warned already in 1940, the temporal dimension of social facts and the imperatives of ethics and justice, together with the general principles of law (the principles of natural law) are to be kept in mind, so as to construct a new international legal order in opposition to violence and the use of force.

74. Voluntarist positivism was unable to explain the process of the formation of the norms of general international law. And "realists" focused themselves only on the conduct of States (even when unlawful) as a "permanent factor", – as criticized by Hersch Lauterpacht, – which led them soon to "disapprove" the idea of collective security, early in the era of the United Nations; they could only see interests and advantages, and did not seem to believe in human reason, in *recta ratio*, not even in the capacity of human beings to extract lessons from historical experience.

VII. THE UNIVERSAL JURIDICAL CONSCIENCE IN THE REJECTION OF VOLUNTARISM AND "COUNTER-MEASURES"

75. For those who dedicate themselves to the law of nations, it has become evident that one can only properly approach its foundations and validity as from *universal juridical conscience*, in conformity with the *recta ratio*. In my understanding, the true jusinternationalist thinking conceives international law as being endowed with its own intrinsic value and being thus certainly superior to a simple "voluntary" law. It derives its authority from the *recta ratio* itself (*est dictatum rectae rationis*), which has always called for a truly universal law of nations.

76. As just seen (part VI, *supra*), the evolution itself of the law of nations has disclosed the prevalence of human conscience (*recta ratio*) over the "will" (*supra*). By contrast, legal positivism statically focused rather on the "will" of States. Humankind as a subject of international law cannot at all be restrictively

visualized from the optics of States only; definitively, what imposes itself is to recognize the limits of States as from the optics of humankind, this latter likewise being a subject of contemporary international law.

77. It is clear that human conscience stands well above the "will". The emergence, formation, development, and expansion of the law of nations (*droit des gens*) are grounded on the *recta ratio* and are guided by general principles of law and human values. Law and justice are interrelated, they evolve together. It is regrettable that the great majority of practitioners in international law overvalue the "will" of the contending parties, without realizing the importance of fundamental principles and superior human values.

78. Voluntarism and positivism have by themselves rendered a disservice to international law. So-called "countermeasures" are an example of deconstruction ensuing therefrom, which should not appeal in legal practice. It is regrettable that, in the present proceedings, as seen (*supra*), the appellant States invoked "countermeasures" in both cases of *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation* (*ICAOA* case), as well as of *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article II, Section 2, of the 1944 International Air Services Transit Agreement* (*ICAOB* case), – an initiative that could and should have been avoided and is not to be repeated.

VIII. LAW AND JUSTICE INTERRELATED: GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN THE FOUNDATIONS OF THE NEW *JUS GENTIUM*

79. In sequence, there are some remaining interrelated points to be here addressed, so as to complement the present considerations, namely: first, basic considerations of humanity in the *corpus juris gentium*; secondly, human suffering and the need of protection to victims; and thirdly, the interrelationship between law and justice orienting jurisprudential construction. After all, to the jurist is reserved a role of crucial importance in the current strengthening of the construction, in conformity with the *recta ratio*, of the new *jus gentium* of our times, the *universal law of humankind*.

1. Basic Considerations of Humanity in the *Corpus Juris Gentium*

80. In a historical perspective, as seen, two (legal) reasonings can be perceived: one, attentive to principles and values, to the ineluctable interrelationship between law and justice; the other, attentive to authority and imposition or control, to the ineluctable relationship between law and power. The law of nations, with the *Leitmotiv* I have identified for so many years, conforms a *corpus juris gentium* nowadays orienting law and justice together to the satisfaction of the needs and aspirations of human beings, of peoples, and humankind as a whole. On the basis of the experience accumulated in recent decades, there is no reason for limitation to positive (international) law. The international community cannot prescind from universal values.

81. The traditional inter-State outlook of international law has surely been overcome, with the expansion of international legal personality encompassing nowadays, besides States, international organizations, individuals and peoples, as well as humankind. The conditions are thus met for keeping on advancing the construction of a new *jus gentium*, keeping in mind the social needs and aspirations of the international community (*civitas maxima gentium*), of humankind as a whole, so as to provide responses to fulfill them. Moreover, it is essential to acknowledge the importance of fundamental principles of international law, in light of the universal conception of the law of nations.

82. Contemporary international law bears witness of legitimate concern of the international community as a whole with the conditions of living of peoples everywhere. This new *jus gentium* of our days contains basic considerations of humanity in the whole *corpus juris* of contemporary international law, reflecting the humanization of this latter. This evolution, in the lines of the continued universalization and humanization of the law of nations, is faithful to the thinking of the "founding fathers" of the discipline (*supra*), attentive nowadays to the needs and aspirations of the international community, and humankind as a whole.

2. Human Suffering and the Need of Protection to Victims

83. The evolving law of nations cannot make abstraction of human cruelty, as it has to extend protection to those victimized by injustice and human suffering. In this connection, may I recall that, in the mid-XXth. century, shortly after the II world war, a learned historian, A. J. Toynbee observed that the works of artists and academicians "outlive the deeds of businessmen, soldiers, and statesmen", and further pondered that

> (...) The ghosts of Agamemnon and Pericles haunt the living world of today by the grace of the magic words of Homer and Thucydides (...). The experience that we were having in our world now had been experienced by Thucydides in his world already. (...) The prophets, through their own experience, anticipated Aeschylus' discovery that learning comes through suffering – a discovery which we, in our time and circumstances, have been making too. (...) Civilizations rise and fall and, in falling, give rise to others (...).

84. Warning that "the atom bomb and our many other new lethal weapons are capable, in another war, of wiping out not merely the belligerents but the whole of the human race", A.J. Toynbee added that

> (...) In each of (...) civilizations, mankind (...) is trying to rise above mere humanity (...) towards some higher kind of spiritual life. (...) The goal (...) has never been reached by any human society. It has, perhaps, been reached by individual men and women. (...) But if there have been a few transfigured men and women, there has never been such a thing as a civilized society. Civilization, as we know it, is a movement and not a condition, a voyage, and not a harbor. No known civilization has ever reached the goal of civilization yet. (...).

85. A. J. Toynbee then regretted that "contradictions and paradoxes in the life of the world" at that time looked like "symptoms of serious social and spiritual sickness". And he concluded that "man's only dangers (...) have come from the man himself"; after all, the truth facing us is that "in this world, we do learn by suffering", and that "life in this world is not an end in itself and by itself". Such were his words in 1948, as a learned and sensitive historian. By that time the law of nations was already engaged in assuring the vindication of the rights of human beings also at the international level.

86. In effect, in the same year of 1948, – may I here recall, – the law of nations itself expressed concern for humankind, as exemplified by the adoption, successively, in that same year, e.g., of the OAS American Declaration of the Rights and Duties of Man (adopted on 02.05.1948), of the U.N. Convention against Genocide (adopted on 09.12.1948), and of the U.N. Universal Declaration of Human Rights (adopted on 10.12.1948). The International Law of Human Rights was, at last, seeing the light of the day, enhancing the position of human beings and their inherent rights in the *corpus juris gentium* from those historical moments onwards.

3. THE INTERRELATIONSHIP BETWEEN LAW AND JUSTICE ORIENTING JURISPRUDENTIAL CONSTRUCTION.

87. Along the time, it has remained necessary to avoid the undue and regrettable divorce between *law* and *justice*, which legal positivists had incurred into (*summum jus, summa injuria*). In historical perspective, may I here further recall that, in her times, Simone Weil, in some of her last pages (*Écrits de Londres / Escritos de Londres*, 1943) before her premature death, pointed out that the ancient Greeks, who were not familiar with the notion of *law* (finding no words for it), concentrated thus on *justice*.

88. One decade earlier, Simone Weil had written her book *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale* (1934), wherein, after recalling the lessons found in Homer's *Iliad* (VIIIth. century b.C.), then warned that "the essential evil of humankind" ("le mal essentiel de l'humanité") is "la substitution des moyens aux fins"; human history thus distorted, – she proceeded, – becomes subjection ("asservissement"), and such an oppression presents "rien de providentiel", it reflects a struggle for power, wherein construction and destruction are intermingled (pp. 41-43 and 46). S. Weil further pondered that

> Toute société oppressive est cimentée par cette religion du pouvoir, qui fausse tous les rapports sociaux en permettant aux puissants d'ordonner au-delà de ce qu'ils

> peuvent imposer; il n'en est autrement que dans les moments d'effervescence populaire, moments où au contraire tous, esclaves révoltés et maîtres menacés, oublient combien les chaînes de l'oppression sont lourdes et solides.

89. Also in our days, legal positivists do not appear to be aware even of the dangers of the unbalance between *law* and *justice* in their own outlook. They can behold only the first one, – law, – in their characteristic subservience to the established power. The results have been regrettable, if not tragic. All those devoted to international law in its universality feel bound to care constantly that *law and justice* are not at all put apart, they are interrelated and advance together. After all, it is in jusnaturalist thinking that the notion of *justice* has always occupied a central position, orienting *law* as a whole. In my own perception and conception, *justice* is found, in sum, at the beginning of all *law*, being, moreover, its ultimate end.

90. The law of nations can only be properly considered together with its foundations, and its basic principles that permeate its whole *corpus juris*, in line with natural law thinking. This has been sustained, along the decades, e.g., by the most lucid Latin American doctrine of international law, from its earlier manifestations in the XIXth. century, until nowadays at the end of the second decade of the XXIst. century. As I have been sustaining along the years, basic principles give expression to the values and ultimate ends of the international legal order,

> so as to guide it and to protect it against the incongruences of State practice, and to fulfill the needs of the international community itself. The principles referred to, is emanating from the human conscience and not from the "will" of States, give expression to the idea of *objective* justice (in the best line of jusnaturalist thinking), to the benefit of the international community as a whole.

91. In effect, I have been making this point along the years in the case-law of the ICJ. For example, one decade ago, in my lengthy Separate Opinion in the ICJ's Advisory Opinion (of 22.07.2010) on the *Declaration of Independence of Kosovo*, I singled out, *inter alia*, the relevance of the general principles of international law in the framework of the Law of the United Nations, and in relation to the *human ends* of the State (paras. 177-211), leading furthermore to the overcoming of the strictly inter-State paradigm in contemporary international law. I have recently done so again, in my Separate Opinion in the ICJ's Advisory Opinion (of 25.02.2019) on the *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (para. 292).

92. Likewise, on another occasion, in my extensive Dissenting Opinion in the ICJ's Judgment (of 01.04.2011) in the case concerning the *Application of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia *versus* Russian Federation), – in which the Court found it had no jurisdiction to examine the application, – I strongly criticized the ICJ's "outdated voluntarist conception" (emphasizing State consent) and drew attention to "the imperatives of the realization of justice at an international level" (para. 44, and cf. para. 127). After addressing the need "to overcome the vicissitudes of the 'will' of States" (paras. 188-189), I stressed the importance of general principles of law and fundamental values, standing well above State consent (para. 194).

93. I further pointed out that the compromissory clause (Article 22) of the aforementioned Convention should have been interpreted by the ICJ taking into account its nature and material content, in addition to the object and purpose of the Convention, as a human rights treaty (paras. 64-118); as it did not do so, it did not contribute to the realization of justice in the *cas d'espèce*. As I warned in my lecture at the Hague Academy of International Law in 2017, "la position fondamentale d'un tribunal international ne peut être que principiste, sans faire de concessions injustifiées au volontarisme des États". And I added that the general principles of international law inform and conform the norms and rules of the law of nations,

> étant une manifestation de la conscience juridique universelle; dans le *jus gentium* en évolution, les considérations fondamentales de l'humanité jouent un rôle de la plus haute importance.

94. More recently, the issue again marked its presence in respect of the interrelationship between law and justice orienting jurisprudential construction. In my extensive Separate Opinion appended to the ICJ's aforementioned Advisory

Opinion on the *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (of 25.02.2019), I have *inter alia* strongly criticized any attempt to limit the meaning and scope of application of general principles of law; I have pondered that

> The addition, in Article 38(1)(c) of the PCIJ/ICJ Statute, to general principles of law, of the qualification 'recognized by civilized nations', was, in my perception, distracted, done without reflection and without a minimal critical spirit, – keeping in mind that in 1920, in 1945, and nowadays, it was and remains impossible to determine which are the 'civilized nations'. No country is to consider itself as essentially 'civilized'; we can only identify the ones which behave in a 'civilized' way for some time, and while they so behave.
>
> In my view, the aforementioned qualification was added to the 'general principles of law' in Article 38 of the Statute of the PCIJ in 1920 by mental lethargy and was maintained in the Statute of the ICJ in 1945, wherein it remains until now (beginning of 2019), by mental inertia, and without a critical spirit. We ought to have some more courage and humility, much needed, in relation to our human condition, given the notorious human propensity to unlimited cruelty. From the ancient Greek tragedies to contemporary ones, human existence has always been surrounded by tragedy. Definitively, there do not exist nations or countries 'civilized' *per se*, but only those which behave in a civilized way for some time, and while they so behave (paras. 293-294).

95. Very recently, in the case of *Application of the Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (preliminary objections, Judgment of 08.11.2019, Ukraine *versus* Russian Federation), I have pointed out, in my Separate Opinion, that

> The prevalence of human beings over States marked presence in the writings of the "founding fathers" of the law of nations, already attentive to the need of redress for the harm done to the human person. This concern mark presence in the writings of the "founding fathers" of the XVIth. century, namely: Francisco de Vitoria (Second *Relectio* – *De Indis*, 1538-1539); Juan de la Peña (*De Bello contra Insulanos*, 1545); Bartolomé de Las Casas (*De Regia Potestate*, 1571); Juan Roa Dávila (*De Regnorum Justitia*, 1591); and Alberico Gentili (*De Jure Belli*, 1598).
>
> Attention to the need of redress is likewise present in the writings of the "founding fathers" of the following XVIIth. century, namely: Juan Zapata y Sandoval (*De Justitia Distributiva et Acceptione Personarum ei Opposita Disceptatio*, 1609); Francisco Suárez (*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612); Hugo Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625, book II, ch. 17); and Samuel Pufendorf (*Elementorum Jurisprudentiae Universalis – Libri Duo*, 1672; and *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, 1673); and is also present in the writings of other thinkers of the XVIIIth. century. This is to be kept in mind (paras. 40-41).

96. Nowadays we are fortunate to live in the era of international tribunals, created for the exercise of the common mission of realization of justice. Overcoming an outdated State voluntarist conception, they have been contributing to the expansion of international jurisdiction, responsibility, personality, and capacity, to the benefit of humankind, – as I have been pointing out along the years in successive writings. The advances achieved so far are due to the awareness that human conscience stands above the "will".

97. May I here furthermore recall that, in my understanding, an international tribunal is entitled, besides settling disputes, to state what the law is (*juris dictio*), keeping in mind that contemporary international law applies directly to States, international organizations, peoples, and individuals, as well as humankind. It is necessary to keep in mind that

> Le travail des tribunaux internationaux contemporains peut donc être apprécié de la perspective des *justiciables* eux-mêmes. Dans la quête de leur mission commune, des avancées rassurantes ont été accomplies (...) toujours de la perspective des *justiciables*. Il y a là un développement actuel très significatif, qui émane de l'éveil de la conscience humaine à son importance; et comme je l'ai souligné au fil des ans, la conscience humaine est la source *matérielle* ultime de tout droit. (...)

> La coexistence, dans le droit international contemporain, de multiples tribunaux internationaux, a considérablement élargi le nombre de *justiciables*, dans toutes les parties du monde, même dans les conditions les plus défavorables (…). L'opération coordonnée et harmonieuse des tribunaux internationaux contemporains est un signe de notre époque, (…) et de l'espoir dans la construction d'un monde avec plus de justice.

98. After all, the foundations of international law emanate clearly from human conscience, the universal juridical conscience, and not from the so-called "will" of individual States. Judicial settlement nowadays extends itself significantly to all domains of contemporary international law, and the present co-existence of international tribunals has considerably enlarged the number of *justiciables* in all parts of the world even under the most adverse conditions, in an essential and indispensable step to the realization of justice at international level.

99. In effect, in its case-law, the ICJ has not yet devoted sufficient attention to the general principles of law; in my perception, it has unduly given much importance to State "consent", an attitude that I have constantly criticized. In my understanding, general principles of law are in the foundations themselves of international law, being essential for the realization of justice. Moreover, in our times, even the difficulties in the labour of the ICJ in given cases ought to be considered in the larger framework, – besides the expansion of the international *jurisdiction*, – of the concomitant expansion of the international legal *personality* as well as of the international *responsibility*, – and the mechanisms of implementation of this latter.

100. Such expansion (of international jurisdiction, legal personality and capacity, and responsibility), characteristic of our times, comes on its part to foster the encouraging historical process in course of the *humanization* of international law. There have been cases with true advances with the necessary overcoming of persisting difficulties, discarding the dogmas of the past. The rights of the human person have been effectively marking presence also in the framework of the ICJ's traditional inter-State *contentieux*.

IX. EPILOGUE: FINAL CONSIDERATIONS.

101. With these considerations in mind, may I now proceed, last but not least, to a brief recapitulation of the main points that I have deemed fit to make, in the present Separate Opinion, in respect of the lack of foundation of so-called "countermeasures", as raised by the appellant States in the cas d'espèce. *Primus*: It may be recalled that, along the nineties, in the several years of its work on the elaboration followed by the adoption of its Articles on State Responsibility (in 2001), the members of the ILC consumed much time facing some resistance to certain innovations inserted into the draft, in particular that of "countermeasures", found by some participants as not being in accordance with the foundations of the law of nations.

102. *Secundus*: The same occurred in the corresponding debates of delegates in the VI Committee of the U.N. General Assembly, likewise critical of "countermeasures". *Tertius*: The awareness of the importance and the prevalence of the imperative of judicial settlement of international disputes, and the support for the imperative of such prevalence over the State's "will", has found support in international legal thinking as from the beginning of the era of international tribunals.

103. *Quartus*: It is important to keep in mind the reflections on international legal thinking and the prevalence of *recta ratio* (human conscience) over the "will". *Quintus*: In the history of international legal thinking, it is important to keep in mind that the identification of *recta ratio* occurred as from the writings of the "founding fathers" of international law at the XVIth. and XVIIth. centuries, in the realm of natural law. *Sextus*: Each subject of law is to behave with justice, in conformity with the principles of *recta ratio*, which emanate from human conscience, asserting the ineluctable relationship between law and ethics.

104. *Septimus*: Natural law reflects the principles of *recta ratio*, where justice has its foundations. *Octavus*: The legal order of the international community (*totus orbis*) has primacy over the "will" of each individual State, being coextensive with humankind itself. *Nonus*: The new *jus gentium*, securing the unity of *societas gentium*, provided the foundations – emanating from a *lex praeceptiva* of natural law

– for the *totus orbis*, capable of being found by the *recta ratio* inherent to humankind.

105. *Decimus*: On the other hand, as from the end of the XIXth. century and in the first decades of the XXth. century, voluntarist positivism, grounded on the consent or "will" of States, envisaged a strictly inter-State law, ineluctably subservient to power, leading to devastating consequences against human beings. *Undecimus*: The present cases (ICAOA and ICAOB) before the ICJ once again show that international adjudication can only be properly undertaken from a humanist perspective, necessarily avoiding the pitfalls of an outdated and impertinent State voluntarist outlook.

106. *Duodecimus*: *Recta ratio* and the jusnaturalist thinking in international law have never faded away until our times, as a perennial reaction of human conscience against the subservience and cowardice of legal positivism and the breaches of the rights of human beings. *Tertius decimus*: The foundations and validity of the law of nations can only be properly approached as from the *universal juridical conscience*, in conformity with the *recta ratio*.

107. *Quartus decimus*: Human conscience stands well above the "will" of States, and the law of nations is grounded by *recta ratio* and guided by general principles of law and human values. *Quintus decimus*: Voluntarism and positivism have rendered a disservice to international law, and "countermeasures" are an unacceptable deconstruction to be avoided. *Sextus decimus*: The universal rights of human beings stand against the arbitrary manifestations of State power, in acknowledgment of the importance of fundamental principles of international law.

108. *Septimus decimus*: Awareness of, and respect for, the fundamental principles of international law are essential for the prevalence of rights; legal positivists mistakenly identified the principles with the norms emanating therefrom. *Duodevicesimus*: Voluntarist positivism was unable to explain the process of formation of the norms of general international law; in effect, the emancipation of human persons *vis-à-vis* their own State as well as of peoples in the law of nations has occurred even before the lack of awareness of legal positivists.

109. *Undevicesimus*: The evolution of the law of nations conforms to a *corpus juris gentium* that has advanced the prevalence of human conscience (*recta ratio*) over the "will" of States. *Vicesimus*: The present cases (ICAOA and ICAOB) before the ICJ leave it clear that so-called "countermeasures" provide no legal ground whatsoever for any legal action. *Vicesimus primus*: It is essential to remain attentive to universal principles and values, to the ineluctable interrelationship between law and justice; the international community cannot prescind from universal principles and values of the law of nations, in light of the universal conception of the *droit des gens*.

110. *Vicesimus secundus*: General principles of law are a manifestation of the universal juridical conscience. *Vicesimus tertius*: The common mission in the work of contemporary international tribunals can be properly appreciated from the perspectives of the *justiciables* themselves. *Vicesimus quartus*: The law of nations orients nowadays law and justice together, to the satisfaction of the needs and aspirations of human beings, of peoples, and humankind as a whole.

111. *Vicesimus quintus*: The rights of the human person have been effectively marking presence also in the framework of the ICJ's traditional inter-State *contentieux*. *Vicesimus sextus*: *Law* and *justice* are interrelated and advance together; after all, it is in jusnaturalist thinking that the notion of *justice* has always occupied a central position, orienting *law* as a whole. *Vicesimus septimus*: The foundations of international law emanate clearly from human conscience, the universal juridical conscience, and not from the so-called "will" of individual States.

112. *Vicesimus octavus*: On the other hand, legal positivists remain unaware even of the dangers of the unbalance between *law* and *justice* in their own outlook, and do not consider the legal effects of their indifference. *Vicesimus nonus*: The ICJ cannot remain a hostage of State consent; it has to make sure that it is the imperative of realization of justice which prevails. *Trigesimus*: The traditional inter-State outlook of international law has surely been overcome, with the expansion of international legal personality encompassing nowadays, besides States, international organizations, individuals, and peoples, as well as humankind.

113. *Trigesimus primus*: Such expansion, characteristic of our times, – encompassing altogether international jurisdiction, legal personality and capacity, and responsibility,

– comes on its part to foster the encouraging historical process in course of the *humanization* of international law. *Trigesimus secundus*: It is important to keep on believing in human reason, in *recta ratio*, and in the capacity of human beings to extract lessons from historical experience, in the permanent endeavours towards the realization of justice.

114. *Trigesimus tertius*: After all, it is further to be kept in mind that fundamental principles of law lie on the very foundations of the international legal system itself, being essential for the realization of justice. *Trigesimus quartus*: The present cases of *ICAOA* and *ICAOB* reveal the importance of the awareness of the historical formation of the law of nations, as well as of the needed faithfulness of the ICJ to the realization of justice, which clearly prevails over the "will" of States.

BOOK REVIEW / RESENHA:

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *THE ACCESS OF INDIVIDUALS TO INTERNATIONAL JUSTICE,* OXFORD, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2011, PP. 1-236.

Professor Marcin Kaldunski
International Law Department, Nicolaus Copernicus University, Torun, Poland.

Judge Antônio Augusto Cançado Trindade is widely known as the outstanding and eminent defender of individuals and human rights in contemporary international society. He has published enormously on the topic of human rights and the protection of individuals under both domestic and international law. As a Judge, both in the Inter-American Court of Human Rights during the period 1991-2006, and in the International Court of Justice (since 2007 until the present), he not only disseminated his approach to international law but also introduced his methods of legal thinking into the world of legal practice.

The book presents a characteristic feature of his views and progressive approach to international law sometimes referred to as 'humanization of international law' (p. 49). His concepts such as "universal juridical conscience", "*droit au Droit*", "*jus necessarium*", and "*recta ratio*" form the basis and the foundation on which his vision of international law has been structured. Interestingly, the author speaks impliedly about the role and responsibilities of international lawyers in the contemporary world. International law has evolved, explains Judge Cançado Trindade. Human beings are benefited therefrom, and international law is thus enriched and justified, freeing itself from the chains of statism, and meeting its original vocation, that of a true *jus gentium*. We have been witnessing for almost two decades he evolution of international law to what has been conceived of as the International Law of Human Rights. This law, essentially victim-oriented, discloses the new ethos of our times: that of the emerging primacy of the *raison d'humanité* over the old *raison d'État* (p. 208).

Therefore, the book seems to be a suggestion for all of us that the more human-oriented approach is an overarching and indispensable element for the systematic conception of international law. Thus, the fundamental task of an international lawyer is to cement the right of access to justice for all people in all circumstances against all odds, in every situation, and without regard to any obstacles whatsoever. In the end, a new international law (a new universal *jus gentium*) of our time will be shaped with an individual positioned at its very center.

Access to justice is a basic and fundamental right of individuals. Judge Cançado Trindade places great weight on the access to justice and the right to individual petition both in his scholarly writing and judicial practice. The direct access of the human person to international justice is the topic to which the author has devoted a great many years (p. xxvii). In his view, such access represents the essence of the international protection of human rights. It forms the foundation of legal protection granted to individuals under international treaties. It comprises both due process of law, the right to a fair trial, and the execution of judgments in good faith. In his own words:

"[t]he right of access to justice *lato sensu* comprises not only the formal access to justice (the right to institute legal proceedings), by means of an effective remedy, but also the guarantees of the due process of law (with equality of arms, conforming the *process équitable*), up to the judgment (as the *prestation juridictionnelle*), with its faithful execution, with the provision of the reparation due. The realization of justice is in itself a form of reparation, granting satisfaction

to the victim. In this way, those victimized by oppression have their right to the law (*droit au Droit*) duly vindicated".

In the same line, Judge Cançado Trindade claims that the Government of a State which incurs grave and systematic violations of human rights ceases to represent the or population victimized. It seems therefore that such a State foregoes its very right of existence, since its primary purpose is to effectively protect its own individuals (both nationals and other human persons under its jurisdiction).

The whole book is filled with valuable reflections which might give rise to a polemic and be contested under various theoretical headings, but their value is that they are in many respects thought-provoking. Additionally, Judge Cançado Trindade formulated his own original conclusions with respect to access to international justice, in the area which - as the reader will see - is one of the most prominent aspects in the protection of human rights.

Judge Cançado Trindade's book aims to provide an encompassing, systematic framework for access to international justice. He admits it himself while stressing that the approach pursued in the book purports to dedicate special attention to the consolidation of the position of the human person before international tribunals, in particular those of human rights (p. xxviii). The book consists of eleven chapters: the historical recovery of the human person as a subject of the law of nations (I), the exercise of the rights of access to international justice: the right of international individual petition (II), access to justice at international level and the right to an effective domestic remedy (III), the interrelation between the access to justice (right to an effective remedy) and the guarantees of the due process of law (IV), access to international justice in relation to the interaction between international law and domestic law (V), access to justice: the safeguard and preservation of the integrity of international jurisdiction (VI), new developments in the notion of 'potential victim': the preventive dimension of protection (VII), the protection of victims in situations of great adversity and defencelessness (VIII and IX), access to justice of victims of massacres and crimes of State (X), the overcoming of obstacles to direct access to justice (XI). The Reader is introduced to the basic problems of the book in the concise and synthetic introduction and the results of the research are presented in the final conclusions. It is quite visible that, from the perspective of the whole book, the theoretical parts seem to be most important. Of course, it does not mean that other considerations, in particular of practical nature, do not deserve careful attention.

The review will focus especially on a cursory overview of the book's content. The monograph starts with some historical background. Eventually, Judge Cançado Trindade concludes with an obvious observation that the individual is a subject of both domestic and international law endowed with basic rights and obligations. All law exists for the human being and the law of nations is no exception to that (p. 13). To confirm that, the book continues with the analysis of the right of international individual petition to which the author refers as the judicial mechanism of the emancipation of the human being vis-à-vis his own State. In this regard, Judge Cançado Trindade argues that only through the individual petitions - an important and most dynamic mechanism of international protection of human rights - the direct access of the individual to justice at the international level is guaranteed. It proves that the process of humanization of international law is an undeniable reality.

The next chapter of the book discusses access to justice at the international level and the right to an effective domestic remedy. The author focuses especially, and rightly so, on the *Castillo Paéz versus Peru* case (1997) and Article 25 of the American Convention. He also discusses the converging case law of both the European Court and the Inter-American Court to conclude that the right to a domestic remedy constitutes one of the basic pillars of the rule of law in a democratic society. Consequently, Judge Cançado Trindade turns his attention to the interrelation between the access to justice and the guarantees of due process (chapter IV). Again, he reviews the case-law of both the European Court and the Inter-American Court. Several important and apt observations have been made here, for example, that the correct administration of justice is one of the essential elements of the État de Droit and it includes by necessity the faithful execution of judgments (p. 72). All in all, the State is under a duty to provide full access to justice, by means of effective domestic remedies, in conformity with the guarantees of the due process of law. Only in

such a scenario, the realization of justice is fully secured.

The author also devotes much of his attention to access to international justice in relation to the interaction between international law and domestic law (chapter V). This part seems to be of special relevance to the book as a whole. He rightly points to Article 27 of the VCLT to argue that States cannot invoke the international difficulties or gaps in domestic law in order to justify non-compliance with the obligations provided for by the human rights treaties. He also persuasively suggests that both domestic law and international law cannot be seen in isolation and in a compartmentalized way: both are intertwined and constantly interact.

Therefore, - he proceeds, - one may speak of efficient and genuine human rights only if domestic law and international are taken as the single law devoted to the protection of the human person. To this end, the States must fulfill their general obligation to bring domestic law into conformity with human rights treaties. It will improve the national systems of judicial protection. It should also be noted that the consolidation of domestic law and international law with a view to effectuating human rights is clearly visibly through the evolution of the rule of exhaustion of local remedies (which is not unlimited) and the principle of complementarily prevailing in international criminal law.

The institutional aspect of the international protection of human rights is covered by chapter VI. Access to justice by individuals requires an international structure with full integrity and effectiveness, including the secure execution of judgments and the compliance with the conventional obligations by States. Judge Cançado Trindade traces the development of international human rights tribunals and their converging case law to conclude that it sets certain limits on State voluntarism. He also emphasizes the primacy of consideration of *ordre public* over the will of individual States.

The Judge sees it fit to stress the importance of the new developments in the notion of the "potential victim" as a central element in the international *contentieux* of human rights which experienced a noticeable enlargement in recent years due to the activity of human rights tribunals. Then he moves forward to discuss in two parts the protection of victims in situations of great adversity or defencelessness (in particular, migrants and civilian in situations of armed conflicts). More importantly, the author elaborates on the access to justice of victims of massacres and crimes of State (chapter X). The human rights tribunals have always experienced certain difficulties in trying the cases and determining international responsibility as well as the condition of a victim.

To ensure effective protection, Judge Cançado Trindade correctly expends the notion of direct victim. He also emphasizes the victims' right to redress. It is his view that the crimes of State do exist despite the work of the International Law Commission and its decision not to include the notion of crimes of State into the draft articles on State responsibility. He opines that crimes of State have been not only State-sponsored but also State-conceived, State-planned, State-financed, and eventually executed by States in their own capacities (p. 191). Moreover, the concept of crimes refers to the most heinous acts that breach basic human rights. Humankind has undergone indescribable sufferings until attaining the degree of human consciousness that sets the *raison d'État* limits. Therefore, the notion of crimes should be applied in order to underline the atrocity of acts of States.

The book concludes with a set of important observations. In chapter XI, Judge Cançado Trindade persuasively explains why the laws of self-amnesty are utterly at variance with human rights treaties. His attention has also been focused on the obligation of States to ensure effective access to justice and the guarantees of due process. He also believes that the material content of *jus cogens* has expanded and at present encompasses the absolute prohibition of all forms of torture, the basic principle of equality and non-discrimination, and the right to access to justice. The human rights values have formed the basic foundation of the international legal order and these values care to ascribe to human rights concrete expression (p. 205). It may be discussed whether his conception of the content of *jus cogens* reflects the prevailing international law as it exists now, as it still seems that there is no consensus as to which human rights are indeed considered *jus cogens*. But for Judge Cançado Trindade the rights of the human person are prior and superior to the rights of States, and, seemingly, therefore the basic human rights form a part of *jus cogens*.

The human rights include the peremptory access to justice which comprises, *inter alia*, the right to initiate proceedings (and, in particular, the international individual petition) before international tribunals and the guarantees of due process of law as well as the right to due protection by means of the faithful compliance with, or execution of, the judicial decisions of those tribunals (p. 210). Ultimately, both the Inter-American and the European Courts have safeguarded access to international justice as they have overcome obstacles to the individual petitioners' direct access to justice. These reassuring evolutions are due to the awakening of the universal juridical conscience, heralding a new *jus gentium*.

It needs to be mentioned that the book clearly reflects prodigious research and erudition. The author has taken into account the decisions of international courts and tribunals as well as the work of the International Law Commission (ILC). He also relies on an impressive number of publications written on the subject which includes authors from various States and legal cultures. Therefore, the book is a result of diligent and arduous work. The reading of the book confirms that the author critically assessed the current state of international law and arrived at many interesting and significant conclusions. The book is accompanied by an extensive list of cases; a table of international treaties, conventions, and instruments; and a 17-page selected bibliography. It is well suited for international human rights courses at the postgraduate university level and could also be an important guide for international human rights practitioners. This observation is reinforced by the fact that the book's content and structure is the outcome of a general course on international human rights law delivered by Judge Cançado Trindade at the Academy of European Law of the European University Institute in Florence in June 2007.

In sum, this book has several strengths. The book tries to persuade the reader that individual access to international justice is an important step in the evolution of international law. The author's idea should become the law at some point in the near future. Therefore, the book has its original significance for the future: it contributes to the correct evolution of international law by way of academic scholarship. Judge Cançado Trindade must be applauded for taking up again a difficult and complex subject. His considerations are interesting and valuable.

His theoretical discussion on various aspects of access to justice presents an in-depth analysis and compels to the rethinking of the concept of access to justice. The breadth of issues and the richness of arguments certainly proves that the author fully committed himself to the subject matter. It is increasingly understood in the field of the theory of human rights and international law as a whole that the full understanding of international law can only be achieved with a sound grasp of human rights and, in particular, the access of individuals to justice. Therefore, the added value of the book is the discussion on the legal foundation of public international law. Besides, the book remains an excellent stand-alone resource; perhaps not a one-stop-shop, but a point of departure for a more detailed discussion of various aspects of human rights and international law itself.

Of course, it is not possible, in a review of such a book, to comment in detail on every aspect demanding special attention. Nevertheless, it follows from this brief description that the book under review is a well-researched and very erudite piece, giving evidence of the author's sound knowledge of international law. Judge Cançado Trindade does not avoid a discussion of thorny issues and confidently presents and defends his views. I would venture to conclude that anyone with a genuine interest in international law would immediately identify the book as an impressive example of the work on international human rights and the basis of international law.

NOTES

1. A. Kozłowski, *The Normative Dimension of the Conception of the Individual Presented in Opinions of Judge Antônio Augusto Cançado Trindade of the ICJ - Fundamental Elements*, 2015 Wroclaw Review of Law, Administration & Economics 5(2), at 3; Robert P. Barnidge, Jr., *The Contribution of Judge Antônio Augusto Cançado Trindade to the Adjudication of International Human Rights at the International Court of Justice*, in: James A. Green, Christopher P.M. Waters (eds), *Adjudicating International Human Rights. Essays in Honour of Sandy Ghandhi* (Martinus Nijhoff Publishers 2014), at 34-49.
2. See, for instance, his Separate Opinion in the case of *Unilateral Declaration of Independence*, Advisory Opinion of 22 July 2010, I.C.J. Reports 2010, 553, 602, paras. 90, 196.
3. His Dissenting Opinion in the case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)*, Judgment of 3 February 2012, I.C.J. Reports 2012, 179, at 289, para. 310.
4. See his Separate Opinion in the case of *Unilateral Declaration of Independence*, Advisory Opinion of 22 July 2010, I.C.J. Reports 2010, 553, at 602, para. 180.

CONSELHO EDITORIAL

• **Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente de Honra)**
Ph.D. (Cambridge – Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro do Conselho Diretor do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) e da Assembleia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Membro Titular do *Institut de Droit International* e Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia).

• **César Barros Leal (Presidente)**
Realizou estágio pós-doutoral em Estudos Latino-americanos na Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da Universidade Nacional Autônoma do México; em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; em Direitos Humanos na Universidade de Salamanca; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Membro da Academia Cearense de Letras.

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

• **Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati (2º Vice-Presidente)**
Coordenadora do Curso de Direito do Instituto Camillo Filho; Presidente da Academia Piauiense de Letras Jurídicas; Membro da Academia Piauiense de Letras; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

• **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.

• **Bleine Queiroz Caúla**
Doutora em Direito pela Universitat Rovira i Virgili (Espanha); Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil (Universidade de Fortaleza); Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare 2008; Professora Assistente da Universidade de Fortaleza.

• **Catherine Maia**
Professora na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto (Portugal); Visiting Professor em Sciences Politics, na Universidade Católica de Lille e na ENS Cachan (França); Investigadora na Academia Internacional de Direito Humanitário e Direitos Humanos de Genebra; Membro do Centro de Direito Internacional (Brasil).

• **Elkin Eduardo Gallego Giraldo**
Presidente do Instituto Colombiano de Direitos Humanos (ICDH); Docente da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma Latino-americana e Universidade San Buenaventura, Campus Medellín; Especialista em Direito Adminsitrativo e Mestrando em Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da Universidade Santo Tomás.

• **Emilia Segares**
Secretária-Adjunta da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

• **Emmanuel Teófilo Furtado**
Realizou estágio de pós-doutorado em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca – Espanha; Professor Visitante da Universidade de Havre – França; Professor de Direito da Universidade Federal do Ceará; Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho 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.

• **Juan Carlos Murillo**
Representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) para a América Central.

• **Juana María Ibáñez Rivas**
Advogada; Consultora em temas de Direitos Humanos e Direito internacional Humanitário; Investigadora do *Groupe d'études en Droit International et Latino-américain de la Sorbonne*, Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne; ex-Advogada na Área Legal da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Assessora Jurídica da Delegação Regional do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICR) para Bolívia, Equador e Peru.

- **Pablo Saavedra Alessandri**

Secretário da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

- **Philippe Couvreur**

Secretário da Corte Internacional de Justiça (Haia); Professor de Direito Internacional Público da Universidade Católica de Lavaina, Belgica.

- **Renato Zerbini Ribeiro Leão**

Doutor em Direito Internacional e Relações Internacionais pela Universidade Autônoma de Madri (UAM); Presidente do Comitê de Direitos Econômicos e Sociais das Nações Unidas; Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos de San José, Costa Rica; Professor Titular do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

- **Ruth Villanueva Castilleja**

Subprocuradora de Direitos Humanos e Prevenção do Delito da Procuradoria Geral da República; Titular de Prevenção e Readaptação Social e Presidente do Conselho de Menores da Secretaria de Governo; Catedrática da Universidade Nacional Autônoma do México; Diretora Geral de Proteção ao Migrante do Instituto Nacional de Migração.

- **Sílvia Maria de Silva Loureiro**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental – PPGDA e do curso de Graduação em Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas nas áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional; corresponsável pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental – ED/UEA.

- **Valter Moura do Carmo**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; ex-Assessor do Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará – PGE; Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília; Realizou estágio de Pós-doutorado na Universidade de Marília.