

## **JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

# **MIGRAÇÃO, REFÚGIO E APÁTRIDAS**

- **Parecer Consultivo 16/99 -  
O Direito à Informação sobre a Assistência  
Consular no Marco do Devido Processo Legal**
- **Parecer Consultivo 18/03 -  
A Condição Jurídica e os Direitos dos  
Migrantes Indocumentados**
- **Crianças Yean e Bosico Vs. República  
Dominicana**
- **Vélez Loo Vs. Panamá**
- **Nadege Dorzema e Outros  
Vs. República Dominicana**

**JURISPRUDÊNCIA DA  
CORTE INTERAMERICANA  
DE DIREITOS HUMANOS**

# **MIGRAÇÃO, REFÚGIO E APÁTRIDAS**



**MINISTÉRIO DA  
JUSTIÇA**

*Comissão de Anistia*

*Secretaria Nacional de Justiça*

## EXPEDIENTE

---

### **PRESIDENTA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Dilma Rousseff

### **MINISTRO DA JUSTIÇA**

José Eduardo Cardozo

### **SECRETÁRIO EXECUTIVO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**

Marivaldo de Castro Pereira

### **SECRETÁRIO NACIONAL DE JUSTIÇA E PRESIDENTE DA COMISSÃO DE ANISTIA**

Paulo Abrão

### **DIRETORA DA COMISSÃO DE ANISTIA**

Amarilis Busch Tavares

### **DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE ESTRANGEIROS**

João Guilherme Granja

### **DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL**

Ricardo Andrade Saadi

### **DIRETORA DO DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA, CLASSIFICAÇÃO, TÍTULOS E QUALIFICAÇÃO**

Fernanda Alves dos Anjos

### **GABINETE DA COMISSÃO DE ANISTIA**

Larissa Nacif Fonseca, Chefe de Gabinete

Marleide Ferreira Rocha, Assessora

### **GABINETE DA SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA**

Frederico de Moraes Andrade Coutinho, Chefe de Gabinete

Cristina Timponi Cambiaghi, Assessora

### **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente

Roberto F. Caldas, Vice-Presidente

Manuel E. Ventura Robles, Juiz

Diego García Sayán, Juiz

Alberto Pérez Pérez, Juiz

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juiz

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta

341.27

J95c Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília : Ministério da Justiça, 2014.

7 v.

ISBN : 978-85-85820-81-7

1. Direitos humanos. 2. Direitos indígenas. 3. Direitos e garantias individuais. 5. Liberdade de expressão 6. Migração. I. Brasil Ministério da Justiça. II. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CDD

**Capa e Projeto Gráfico:** Alex Furini

**Tradução:** Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos

**Revisão:** Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos

**Tiragem:** 2.000 exemplares

**Impresso por:** Prol Editora Gráfica Ltda

## SUMÁRIO

---

<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>5</b>
<b>PARECER CONSULTIVO 16/99 - O DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE A ASSISTÊNCIA CONSULAR NO MARCO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL</b>	<b>7</b>
<b>PARECER CONSULTIVO 18/03 - A CONDIÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS</b>	<b>67</b>
<b>CASO DAS CRIANÇAS YEAN E BOSICO VS. REPÚBLICA DOMINICANA</b>	<b>181</b>
<b>CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ</b>	<b>247</b>
<b>CASO NADEGE DORZEMA E OUTROS VS. REPÚBLICA DOMINICANA</b>	<b>317</b>



## APRESENTAÇÃO

---

A publicação desta Coleção inédita em língua portuguesa contendo decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos supre uma lacuna histórica para a formação do pensamento jurídico e da jurisprudência brasileira.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) surgiu no contexto da evolução pós-guerra do direito internacional e em complementaridade lógica, temporal e jurídica à construção do Sistema Universal de proteção que começou a ser erguido com a Declaração da ONU de 1948. Tanto em escala mundial quanto continental esse novo sistema representou uma reação normativa, jurídica, política, ética e moral aos conflitos e extermínios produzidos na Segunda Guerra.

O SIDH constituiu-se como sistema regional de proteção e defesa dos direitos humanos, contribuindo para a difusão regional da ideia de que o Estado não é o único sujeito de direito internacional, passando-se a aceitar o indivíduo como pleiteador de seus direitos em escala internacional. Tal movimento deu início à revisão do conceito de soberania estatal pós-Westphalia, admitindo-se um certo grau de intervenção internacional no contexto interno, em nome da garantia e do respeito aos direitos humanos.

A Comissão já completava dez anos de existência quando veio à luz o instrumento normativo que lhe garantiu estrutura institucional abrangente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em vigência desde 1978. Desde essa data, passou a contar com seu ramo jurisdicional, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica.

Apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pato de San José da Costa Rica) em 25 de setembro de 1992, apenas seis anos depois, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Antes disso, a Constituição Federal de 1988, a *Constituição Cidadã*, já previa no art.7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias que “*O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.*”

É preciso reconhecer que, seja por desconhecimento ou dificuldades de acesso, os operadores do direito e administradores públicos nos três poderes do Estado brasileiro ainda fundamentam muito pouco as suas ações, demandas ou decisões judiciais na jurisprudência internacional, a despeito do longo acervo de Tratados e Acordos firmados pelo Brasil.

Mas este cenário está em mudança. Quase duas décadas depois de reconhecida a competência da Corte, pode-se afirmar que os Tribunais brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal, vêm ampliando as citações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em suas decisões, a exemplo do caso sobre prisão do depositário infiel, do duplo grau de jurisdição, do uso de algemas, da individualização da pena, da presunção de inocência, do direito de recorrer em liberdade e da razoável duração do processo. Afinal, são mais de 160 sentenças já emitidas pela CorteIDH em distintos casos e cuja aplicabilidade vincula a todos os países aderentes da Convenção.

Assim, impulsionada pela sua missão institucional de *promover e construir direitos e políticas de justiça voltadas à garantia e ao desenvolvimento dos Direitos Humanos e da Cidadania, por meio de ações conjuntas do poder público e da sociedade*, a Secretaria Nacional de Justiça (SNJ/MJ) e a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça vem estreitando laços institucionais com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As primeiras iniciativas ocorreram por ocasião da realização no Brasil do “Curso sobre Controle de Convencionalidade e Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, quando durante uma semana membros da Corte e operadores judiciais de diversos países e estados brasileiros se reuniram para discutir sobre a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Posteriormente foi firmado convênio com a Corte para o fortalecimento da difusão de sua jurisprudência em língua portuguesa para os operadores jurídicos brasileiros e cujo resultado mais concreto está na presente obra.

Como produto foram selecionadas, editadas, sistematizadas e traduzidas as sentenças paradigmáticas e mais relevantes da Corte de maneira a tornar acessível seus critérios jurisprudenciais a todos os brasileiros, sejam agentes do Estado, sejam vítimas de violações, e disponibilizando, assim, mais uma ferramenta de ampliação da efetividade da justiça que poderá ser aplicada de maneira que influencie nas normas, decisões, práticas e políticas públicas internas.

A presente obra é distribuída em 7 volumes que correspondem a diferentes temas de direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, a saber: Volume 1: Direito à vida (execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados), Anistias e Direito à Verdade; Volume 2: Direitos dos Povos Indígenas; Volume 3: Direitos Econômicos Sociais e Culturais (DESC) e Discriminação; Volume 4: Direito à Integridade Pessoal; Volume 5: Direito à Liberdade Pessoal; Volume 6: Liberdade de Expressão; e Volume 7: Migração, Refúgio e Apátridas.

É com muita satisfação que esta obra é trazida aos operadores de direito de todo o Brasil, à sociedade civil, aos estudantes, professores e acadêmicos, e aos advogados e defensores dos direitos humanos, esperando que essa iniciativa possa contribuir para a difusão e a ampliação do acesso a mais um instrumento da tutela efetiva dos direitos humanos, para o fortalecimento do interesse em sua aplicabilidade cotidiana e para a aproximação de sistemas jurídicos com mais profundo diálogo técnico e humano entre as nações e povos do continente.

José Eduardo Cardozo  
Ministro da Justiça

Humberto Sierra Porto  
Presidente  
Corte Interamericana de  
Direitos Humanos

Paulo Abrão  
Secretário Nacional de Justiça  
Presidente da Comissão de Anistia

Roberto F. Caldas  
Vice-Presidente  
Corte Interamericana de  
Direitos Humanos

\*\*\*

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**PARECER CONSULTIVO 16/99 - O DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE A ASSISTÊNCIA CONSULAR**  
**NO MARCO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - DE 1º DE OUTUBRO DE 1999,**

**SOLICITADO PELOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

*O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco do Devido Processo Legal*

Estiveram presentes:

Antônio A. Cançado Trindade, Presidente;  
Máximo Pacheco Gómez, Vice-Presidente;  
Hernán Salgado Pesantes, Juiz;  
Oliver Jackman, Juiz;  
Alirio Abreu Burelli, Juiz;  
Sergio García Ramírez, Juiz y  
Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juiz.

Estiveram presentes, ademais:

Manuel E. Ventura Robles, Secretário e  
Renzo Pomi, Secretário Adjunto.

**A CORTE**

integrada na forma antes mencionada,

profere o seguinte Parecer Consultivo:

**I**  
**Apresentação da Consulta**

1. Em 9 de dezembro de 1997, os Estados Unidos Mexicanos (doravante denominado “México” ou “o Estado requerente”) submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”) um pedido de Parecer Consultivo sobre “diversos tratados relacionados à proteção dos direitos humanos nos Estados [a]mericanos” (doravante denominada “a consulta”). Segundo as manifestações do Estado requerente, a consulta se relaciona às garantias judiciais mínimas e ao devido processo no marco da pena de morte, imposta judicialmente a estrangeiros, a quem o Estado receptor não informou sobre seu direito a comunicar-se e a solicitar a assistência das autoridades consulares do Estado de sua nacionalidade.
2. O México acrescentou que a consulta, fundada no disposto no artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção Americana” ou “o Pacto de San José”), tem como antecedente as gestões bilaterais que realizou a favor de alguns de seus nacionais que não teriam sido informados oportunamente pelo Estado receptor sobre seu direito a comunicar-se com as autoridades consulares mexicanas, e teriam sido condenados à morte em dez entidades federativas dos Estados Unidos da América.
3. De acordo com as manifestações do Estado requerente, a consulta tem os seguintes pressupostos de fato: tanto o Estado que envia como o Estado receptor são Partes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares; ambos são membros da Organização dos Estados Americanos (doravante denominada “a OEA”) e assinaram a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração Americana”) e ainda que o Estado receptor não tenha ratificado a Convenção Americana, sim ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos da Organização das Nações Unidas (doravante denominada “a ONU”).
4. Partindo destas premissas, o México solicitou o parecer da Corte sobre os seguintes assuntos:

*Em relação à Convenção de Viena sobre Relações Consulares:*

1. No marco do artigo 64.1 da Convenção Americana, deve-se entender o artigo 36 da Convenção de Viena [sobre Relações Consulares], no sentido de conter disposições relacionadas à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos?
2. Do ponto de vista do Direito Internacional, a exigibilidade dos direitos individuais que o citado artigo 36 confere aos estrangeiros, por parte dos interessados frente ao Estado receptor, está subordinada aos protestos do Estado de sua nacionalidade?
3. Tomando em conta o objeto e fim do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena, deve-se interpretar a expressão “sem tardar”, contida neste preceito, no sentido de requerer que as autoridades do Estado receptor informem a todo estrangeiro detido por delitos puníveis com a pena capital sobre os direitos que lhe confere o próprio artigo 36.1.b) no momento da prisão e, em todo caso, antes de que o detido preste qualquer declaração ou confissão perante as autoridades policiais ou judiciais?
4. Do ponto de vista do Direito Internacional e, tratando-se de pessoas estrangeiras, quais deveriam ser as consequências jurídicas a respeito da imposição e execução da pena de morte diante da falta de notificação a que se refere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena?

*A respeito do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:*

5. No marco do artigo 64.1 da Convenção Americana, deve-se entender os artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto no sentido de conter disposições relacionadas à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos?
6. No âmbito do artigo 14 do Pacto, deve-se entender que o próprio artigo 14 deve ser aplicado e interpretado à luz da expressão “todas as salvaguardas possíveis visando um julgamento justo”, contida no parágrafo 5 das Salvaguardas das Nações Unidas [que garantem proteção aos direitos das pessoas condenadas à pena de morte] e que, no caso de estrangeiros acusados ou culpados por delitos puníveis com a pena capital, esta expressão inclui a imediata notificação ao detido ou processado, por parte do Estado receptor, sobre os direitos que lhe confere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena?
7. No caso de pessoas estrangeiras acusadas ou denunciadas formalmente por delitos puníveis com a pena capital, a omissão da notificação exigida pelo artigo 36.1.b) da Convenção de Viena com respeito aos interessados, por parte do Estado receptor, se conforma com o direito destas pessoas de dispor dos “meios necessários à preparação de sua defesa” de acordo com o artigo 14.3.b) do Pacto?
8. No caso de pessoas estrangeiras acusadas ou denunciadas formalmente por delitos puníveis com a pena capital, deve-se entender que as expressões “pelo menos, as seguintes garantias”, contidas no artigo 14.3 do Pacto, e “pelo menos igual”, contida no parágrafo 5 das respectivas Salvaguardas das Nações Unidas, eximem o Estado receptor do imediato cumprimento das disposições do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena com respeito ao detido ou processado?
9. No caso de países [a]mericanos constituídos como Estados federais que são Parte no Pacto de Direitos Civis, e no marco dos artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto, estes Estados estão obrigados a garantir a notificação oportuna a que se refere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena a todo indivíduo de nacionalidade estrangeira preso, detido ou processado em seu território por delitos puníveis com a pena capital; e a adotar disposições conforme o seu direito interno para tornar efetiva em tais casos a notificação oportuna a que se refere esse artigo em todos os seus componentes, se o mesmo direito já não estivesse garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, a fim de dar plena eficácia aos respectivos direitos e garantias consagrados no Pacto?
10. No marco do Pacto e no caso de pessoas estrangeiras, quais deveriam ser as consequências jurídicas a respeito da imposição e execução da pena de morte, diante da falta de notificação a que se refere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena?

*A respeito da Carta da OEA e da Declaração Americana:*

11. No caso de prisões e detenções de estrangeiros por delitos puníveis com a pena capital e no marco dos artigos 3.I)<sup>1</sup> da Carta e II da Declaração, a omissão por parte do Estado receptor de notificar o

1. A referência original feita pelo Estado requerente corresponde ao artigo 3.I) da Carta da OEA reformada pelo Protocolo de Buenos Aires em 1967, pelo Protocolo de Cartagena de Índias em 1985, pelo Protocolo de Washington em 1992, e pelo Protocolo de Manágua em 1993.

- detido ou acusado, sem tardar, sobre os direitos que lhe confere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena, se conforma com a proclamação da Carta dos direitos humanos, sem distinção por motivos de nacionalidade, e com o reconhecimento da Declaração sobre o direito à igualdade perante a lei sem distinção alguma?
12. No caso de pessoas estrangeiras e no marco do artigo 3.[I]<sup>2</sup> da Carta da OEA e dos artigos I, II e XXVI da Declaração, quais deveriam ser as consequências jurídicas a respeito da imposição e da execução da pena de morte, diante da falta de notificação a que se refere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena?

## II Glossário

5. Para os efeitos do presente Parecer Consultivo, a Corte utilizará os seguintes termos com o significado indicado:

- |  |   |
|--|---|
| a) “direito à informação sobre a assistência consular” ou “direito à informação” | O direito do nacional do Estado que envia, que é preso, detido ou posto em prisão preventiva, a ser informado, “sem tardar”, que tem os seguintes direitos:<br>i) o direito à notificação consular, e<br>ii) o direito a que qualquer comunicação que dirija à repartição consular seja transmitida sem demora. (art. 36.1.b] Convenção de Viena sobre Relações Consulares) |
| b) “direito à notificação consular” ou “direito à notificação”                   | O direito do nacional do Estado que envia a solicitar e conseguir que as autoridades competentes do Estado receptor informem à repartição consular do Estado que envia, sem qualquer demora, sobre sua prisão, detenção ou início de prisão preventiva.   |
| c) “direito de assistência consular” ou “direito de assistência”                 | O direito dos <i>funcionários consulares do Estado que envia</i> a prover assistência a seu nacional (arts. 5 e 36.1.c] Convenção de Viena sobre Relações Consulares).  |
| d) “direito à comunicação consular” ou “direito à comunicação” <sup>3</sup>      | O <i>direito dos funcionários consulares e dos nacionais do Estado que envia</i> a comunicar-se livremente (arts. 5, 36.1.a] e 36.1.c] Convenção de Viena sobre Relações Consulares).   |
| e) “Estado que envia”  | Estado do qual é nacional a pessoa privada de liberdade (art. 36.1.b] Convenção de Viena sobre Relações Consulares).  |
| f) “Estado receptor”   | Estado no qual se priva de liberdade o nacional do Estado que envia (art. 36.1.b] Convenção de Viena sobre Relações Consulares).  |

## III Procedimento perante a Corte

6. Por meio de notas de 11 de dezembro de 1997, a Secretaria da Corte (doravante denominada “a Secretaria”), em cumprimento ao disposto no artigo 62.1 do Regulamento da Corte (doravante denominado “o Regulamento”) e das instruções de seu Presidente (doravante denominado “o Presidente”) a esse respeito, transmitiu o texto da consulta aos Estados Membros da OEA, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão Interamericana”), ao Conselho Permanente e, por intermédio do Secretário Geral da OEA, a todos os órgãos a que se refere o Capítulo VIII de sua Carta. Na mesma data, a Secretaria informou a todos eles que

2. Nota 1 *supra*.

3. A Corte tomou nota de que todos os direitos consagrados no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares se encontram descritos sob o título “Comunicação com os nacionais do Estado que envia” e adotou a denominação “direito à comunicação consular” para o direito descrito no inciso d) deste glossário, por considerá-la apropriada para os efeitos do presente Parecer Consultivo.

durante o XXXIX Período Ordinário de Sessões do Tribunal o Presidente fixaria o prazo limite para a apresentação de observações escritas ou outros documentos relevantes a respeito deste assunto.

7. Em 4 de fevereiro de 1998, o Presidente, em consulta com os demais juízes que integram o Tribunal, dispôs que as observações escritas e documentos relevantes sobre a consulta deveriam ser apresentados na Secretaria no mais tardar em 30 de abril de 1998.
8. Por meio de resolução de 9 de março de 1998, o Presidente determinou a realização de uma audiência pública sobre a consulta na sede da Corte, no dia 12 de junho de 1998, a partir das 10:00 horas, e instruiu a Secretaria a que oportunamente convidasse a participar neste procedimento oral quem houvesse submetido por escrito seus pontos de vista ao Tribunal.
9. A República de El Salvador (doravante denominado “El Salvador”) apresentou à Corte suas observações escritas em 29 de abril de 1998.
10. Os seguintes Estados apresentaram suas observações escritas à Corte em 30 de abril de 1998: República Dominicana, República de Honduras (doravante denominada “Honduras”) e República da Guatemala (doravante denominada “Guatemala”).
11. Em 1º de maio de 1998, o México apresentou um escrito com “considerações adicionais, informação superveniente e documentos relevantes” sobre a consulta.
12. Em atenção à prorrogação do prazo concedido pelo Presidente para a apresentação de observações, a República do Paraguai (doravante denominado “o Paraguai”) e a República da Costa Rica (doravante denominada “Costa Rica”) as apresentaram em 4 e 8 de maio de 1998, respectivamente, e os Estados Unidos da América, em 1º de junho do mesmo ano.
13. A Comissão Interamericana apresentou suas observações em 30 de abril de 1998.
14. Os seguintes juristas, organizações não governamentais e indivíduos apresentaram escritos em qualidade de *amici curiae* entre 27 de abril e 22 de maio de 1998:
  - Anistia Internacional;
  - Comissão Mexicana para a Defesa e Promoção dos Direitos Humanos (doravante denominada “CMDPDH”), *Human Rights Watch/Americas* e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominado “CEJIL”);
  - *Death Penalty Focus* da Califórnia;
  - *Delgado Law Firm* e o senhor Jimmy V. Delgado;
  - *International Human Rights Law Institute* da *DePaul University College of Law e MacArthur Justice Center* da *University of Chicago Law School*;
  - *Minnesota Advocates for Human Rights* e a senhora Sandra L. Babcock;
  - os senhores Bonnie Lee Goldstein e William H. Wright, Jr.;
  - o senhor Mark Kadish;
  - o senhor José Trinidad Loza;
  - os senhores John Quigley e S. Adele Shank;
  - o senhor Robert L. Steele;
  - a senhora Jean Terranova, e
  - o senhor Héctor Gros Espiell.
15. Em 12 de junho de 1998, com anterioridade ao início da audiência pública convocada pelo Presidente, a Secretaria entregou aos comparecentes o conjunto de escritos de observações e documentos apresentados, até aquele momento, durante o procedimento consultivo.
16. Compareceram à audiência pública,

- pelos Estados Unidos Mexicanos:*
- Sr. Sergio González Gálvez,  
*Assessor Especial da Secretária de Relações Exteriores dos Estados Unidos Mexicanos, Agente;*  
Sr. Enrique Berruga Filloy,  
*Embaixador dos Estados Unidos Mexicanos perante o Governo da República da Costa Rica;*  
Sr. Rubén Beltrán Guerrero,  
*Diretor Geral de Proteção e Assuntos Consulares da Secretaria de Relações Exteriores dos Estados Unidos Mexicanos, Agente Assistente;*  
Sr. Jorge Cícero Fernández,  
*Diretor de Litígios, Consultoria Jurídica da Secretaria de Relações Exteriores dos Estados Unidos Mexicanos, Agente Assistente, e*  
Sr. Juan Manuel Gómez Robledo,  
*Representante Alternativo dos Estados Unidos Mexicanos perante a Organização dos Estados Americanos.*
- pela Costa Rica*
- Sr. Carlos Vargas Pizarro,  
*Agente.*
- por El Salvador*
- Sr. Roberto Arturo Castrillo Hidalgo,  
*Coordenador da Comissão Consultiva do Ministério de Relações Exteriores da República de El Salvador, Chefe da Delegação;*  
Sr. Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro,  
*Membro da Comissão Consultiva do Ministério de Relações Exteriores da República de El Salvador;*  
Sra. Ana Elizabeth Villalta Vizcarra,  
*Diretora da Unidade de Assessoria Jurídica do Ministério de Relações Exteriores da República de El Salvador, e*  
Sr. Roberto Mejía Trabanino,  
*Assessor em Direitos Humanos do Ministro de Relações Exteriores da República de El Salvador.*
- pela Guatemala*
- Sra. Marta Altolaquirre;  
*Presidenta da Comissão Presidencial Coordenadora da Política do Executivo em matéria de direitos humanos, Agente;*  
Sr. Dennis Alonzo Mazariegos;  
*Diretor Executivo da Comissão Presidencial Coordenadora da Política do Executivo em matéria de direitos humanos, Agente Assistente, e*  
Sr. Alejandro Sánchez Garrido,  
*Assessor.*
- por Honduras*
- Sr. Mario Fortín Midence,  
*Embaixador da República de Honduras perante o Governo da República da Costa Rica, Agente, e*  
Sra. Carla Raquel,  
*Encarregada de Negócios da Embaixada da República de Honduras perante o Governo da República da Costa Rica.*

- pelo Paraguai*
- Sr. Carlos Víctor Montanaro;  
*Representante Permanente da República do Paraguai perante a Organização dos Estados Americanos, Agente;*  
Sr. Marcial Valiente,  
*Embaixador da República do Paraguai perante o Governo da República da Costa Rica, Agente Assistente, e*  
Sr. Julio Duarte Van Humbeck,  
*Representante Alternativo da República do Paraguai perante a Organização dos Estados Americanos, Agente Assistente.*
- pela República Dominicana*
- Sr. Claudio Marmolejos,  
*Conselheiro da Embaixada da República Dominicana perante o Governo da República da Costa Rica, representante.*
- pelos Estados Unidos da América*
- Sra. Catherine Brown,  
*Conselheira Jurídica Adjunta para Assuntos Consulares do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América;*  
Sr. John Crook,  
*Conselheiro Jurídico Adjunto para Assuntos das Nações Unidas do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América;*  
Sr. John Foarde,  
*Procurador Adjunto do Gabinete da Conselheira Jurídica Adjunta para Assuntos Consulares, Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, e*  
Sr. Robert J. Erickson,  
*Chefe Adjunto Principal da Seção de Apelação Penal do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América.*
- pela Comissão Interamericana*
- Sr. Carlos Ayala Corao,  
*Presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Delegado;*  
Sr. Alvaro Tirado Mejía,  
*Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Delegado, e*  
Sra. Elizabeth Abi-Mershed,  
*Especialista Principal da Secretaria Executiva da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.*
- por Anistia Internacional*
- Sr. Richard Wilson, e  
Sr. Hugo Adrián Relva.
- por CMDPDH, Human Rights Watch/Americas e CEJIL*
- Sra. Mariclaire Acosta;  
Sr. José Miguel Vivanco;  
Sra. Viviana Krsticevic;  
Sra. Marcela Matamoros, e  
Sr. Ariel Dulitzky.

<i>por International Human Rights Law Institute de DePaul University College of Law</i>	Sr. Douglass Cassel.
<i>por Death Penalty Focus de California</i>	Sr. Mike Farrell, e Sr. Stephen Rohde.
<i>por Minnesota Advocates for Human Rights</i>	Sra. Sandra Babcock, e Sra. Margaret Pfeiffer.
<i>em representação do senhor José Trinidad Loza</i>	Sr. Laurence E. Komp Sra. Luz Lopez-Ortiz, e Sr. Gregory W. Meyers.
<i>em representação individual:</i>	Sr. John Quigley; Sr. Mark J. Kadish, e Sr. Héctor Gros Espiell.

Esteve presente, ademais, como observador

<i>pelo Canadá</i>	Sr. Dan Goodleaf, <i>Embaixador do Canadá perante o Governo da República da Costa Rica.</i>
--------------------	--

17. Durante a audiência pública, El Salvador e a Comissão Interamericana entregaram à Secretaria os textos escritos de suas apresentações orais perante a Corte. De acordo com as instruções do Presidente a este respeito, a Secretaria elaborou as atas de recebimento correspondentes e entregou cópias dos respectivos documentos a todos os comparecentes.
18. Também durante a audiência pública, os Estados Unidos da América apresentaram cópia de um manual intitulado “*Consular Notification and Access: Instruction for Federal, State and Local Law Enforcement and Other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials to Assist Them*”, emitido por seu Departamento de Estado, e o Estado requerente apresentou um escrito intitulado “*Explicación de las preguntas planteadas en la solicitud consultiva OC-16*”, três documentos intitulados “*Memorandum of Understanding on Consultation Mechanism of the Immigration and Naturalization Service Functions and Consular Protection*”, “*The Death Penalty in Black and White: Who Lives, Who Dies, Who Decides*” e “*Innocence and the Death Penalty: The Increasing Danger of Executing the Innocent*” e cópia de uma carta de 10 de junho de 1998, assinada pelo senhor Richard C. Dieter, dirigida à Corte em papel timbrado do “*Death Penalty Information Center*”. De acordo com as instruções do Presidente, a Secretaria elaborou as atas de recebimento correspondentes e pôs os documentos citados em conhecimento do plenário da Corte.
19. Ao final da audiência pública, o Presidente salientou aos comparecentes que poderiam apresentar escritos de observações finais sobre o processo consultivo em curso e outorgou um prazo de três meses para o envio destes escritos, contados a partir do momento em que a Secretaria transmitisse a todos os participantes a versão oficial da transcrição da audiência pública.
20. Em 14 de outubro de 1998, o Estado requerente apresentou à Corte cópia de dois documentos, intitulados “*Comisión General de Reclamaciones México - Estados Unidos, Caso Faulkner, Opinión y Decisión de fecha 2 de noviembre de 1926*” e “*Información adicional sobre los servicios de protección consular a nacionales mexicanos en el extranjero*”.
21. Mediante notas de 11 de fevereiro de 1999, a Secretaria transmitiu a versão oficial da transcrição da audiência pública a todos os participantes no procedimento.

22. As seguintes instituições e pessoas que participaram em qualidade de *amici curiae* apresentaram escritos de observações finais: CMPDDH, *Human Rights Watch/Americas* e CEJIL, em 20 de agosto de 1998; *International Human Rights Law Institute* da *DePaul University College of Law*, em 21 de outubro do mesmo ano; o senhor José Trinidad Loza, em 10 de maio de 1999, e Anistia Internacional, em 11 de maio de 1999.
23. A Comissão Interamericana apresentou suas observações finais em 17 de maio de 1999.
24. Os Estados Unidos da América apresentaram suas observações finais escritas em 18 de maio de 1999.
25. Em 6 de julho de 1999, de acordo com instruções do Presidente, a Secretaria transmitiu a todos os participantes no procedimento os escritos de observações adicionais que foram apresentados perante o Tribunal e informou-lhes que a Corte havia programado as deliberações sobre a consulta na agenda de seu XLV Período Ordinário de Sessões, de 16 de setembro a 2 de outubro de 1999.

\* \* \*

26. A Corte resume da seguinte maneira a parte relativa às observações escritas iniciais dos Estados participantes neste procedimento, assim como as da Comissão Interamericana:<sup>4</sup>

*Estados Unidos Mexicanos:*

*Em seu pedido, o México manifestou, a respeito do mérito da consulta, que:*

os Estados americanos reconhecem que no caso da aplicação da pena de morte, os direitos fundamentais da pessoa devem ser meticulosamente respeitados, porque a pena mencionada produz a perda irreparável do “direito mais fundamental, que é o direito à vida”;

A jurisprudência desta Corte, a doutrina da Comissão Interamericana e várias resoluções da ONU reconheceram a necessidade de que a aplicação da pena de morte esteja condicionada e limitada pelo estrito cumprimento das garantias judiciais reconhecidas nos instrumentos universais e regionais de proteção dos direitos humanos, tanto as que se referem ao devido processo em geral, como as que se referem aos casos em que é aplicável a pena de morte;

é claro que, no caso de detidos de nacionalidade estrangeira, as garantias judiciais devem aplicar-se e interpretar-se em harmonia com a Convenção de Viena sobre Relações Consulares pois, do contrário, privar-se-ia estes detidos de um “meio idôneo” para torná-las efetivas;

a assistência consular oportuna pode ser determinante no resultado de um processo penal porque garante, entre outras coisas, que o detido estrangeiro receba informação sobre seus direitos constitucionais e legais em seu idioma e de forma acessível, que receba assistência jurídica adequada e que conheça as consequências jurídicas do delito a respeito do qual é acusado, e

os agentes consulares podem colaborar na preparação, coordenação e supervisão da defesa, desenvolver um papel determinante na obtenção de provas atenuantes que se encontram no território do Estado do qual o acusado é nacional e contribuir “a tornar mais humanas” as condições do acusado e de seus familiares, equilibrando desta maneira a situação de desvantagem real em que estes se encontram.

*El Salvador*

*Em seu escrito de 29 de abril de 1998, o Estado salvadorenho manifestou que:*

as garantias mínimas necessárias em matéria penal devem aplicar-se e interpretar-se à luz dos direitos que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares confere aos indivíduos, de modo que a omissão em informar o detido sobre estes direitos constitui uma infração “a todas as regras do devido processo, por não respeitar as garantias judiciais conforme o Direito Internacional”;

4. O texto completo dos escritos de observações apresentados pelos Estados, órgãos, instituições e indivíduos participantes no procedimento será publicado oportunamente na série “B” de publicações oficiais do Tribunal.

o descumprimento do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares “conduz à prática de execuções arbitrárias [...] podendo ter efeitos no mais fundamental dos direitos da pessoa [...]: o direito à vida”, e

é necessário “assegurar, fortalecer e impulsionar a aplicação das normas e princípios dos instrumentos internacionais” em matéria de direitos humanos e assegurar o cumprimento das garantias mínimas necessárias para o devido processo.

#### Guatemala

*Em seu escrito de 30 de abril de 1998, o Estado guatemalteco manifestou que:*

em razão dos bens jurídicos protegidos pelo artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, pode-se afirmar que este contém disposições relacionadas à proteção dos direitos humanos;

a redação do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares determina que a exigibilidade dos direitos que este outorga não está subordinada à manifestação do Estado de nacionalidade do detido estrangeiro;

a expressão “sem tardar”, contida no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares implica que o detido estrangeiro deve ser informado de seus direitos “no menor lapso [...] possível depois de sua prisão, detenção ou o início da prisão preventiva” e que suas comunicações devem ser transmitidas sem demora à repartição consular de seu país;

as consequências jurídicas da falta de notificação a que se refere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, nos casos de aplicação da pena de morte, devem ser determinadas pelos tribunais internos que conheçam cada caso específico;

a disposição contida no artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos fundamenta a aplicação das Salvaguardas que garantem proteção aos direitos das pessoas condenadas à pena de morte;

o descumprimento da obrigação contida no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares “poderia infringir” o conteúdo do artigo 14.3.b) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;

a expressão “pelo menos, as seguintes garantias” incluídas no artigo 14.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos inclui as disposições do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, e

a garantia de não discriminação, incluída nos artigos 3.I da Carta da Organização e II da Declaração Americana, inclui o tema da nacionalidade.

#### República Dominicana

*A República Dominicana dividiu sua apresentação escrita de 30 de abril de 1998 em duas partes. Na primeira delas, intitulada “Observações [...] a respeito da [consulta]”, manifestou que:*

o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares tem como propósito a proteção dos direitos humanos dos acusados e sua exigibilidade não está subordinada aos protestos do Estado de nacionalidade, porque “a Convenção é uma lei nacional ao estar aprovada pelo Congresso Nacional”;

a informação ao detido sobre os direitos conferidos pelo artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares deve-se dar no momento da prisão e antes de que preste qualquer declaração ou faça uma confissão;

o artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos deve-se interpretar à luz da expressão “todas as salvaguardas possíveis visando um julgamento justo”, contida no parágrafo quinto das Salvaguardas que garantem proteção aos direitos das pessoas condenadas à pena de morte e, em consequência, para oferecer ao acusado estas garantias é indispensável

o cumprimento do disposto no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, e

a omissão de informar o detido estrangeiro sobre os direitos que lhe confere a Convenção de Viena sobre Relações Consulares constitui uma violação da Carta da OEA e da Declaração Americana.

*Na segunda parte de seu escrito de 30 de abril de 1998, intitulada “Relatório [...] sobre o Parecer Consultivo”, a República Dominicana reiterou algumas das opiniões já citadas e acrescentou que:*

a assistência consular se deriva do direito à nacionalidade consagrado na Declaração Universal de Direitos Humanos (doravante denominada “a Declaração Universal”) e, para ser efetiva, requer que sejam respeitadas as disposições da Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

as disposições vinculadas ao respeito do devido processo têm a finalidade de afirmar uma série de direitos individuais, como a igualdade perante a administração de justiça e o direito a ser ouvido sem distinção, e a intervenção consular assegura o cumprimento das obrigações correlativas a estes direitos, e

o cumprimento “sem tardar” do disposto no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares assegura o devido processo e protege os direitos fundamentais da pessoa, e “em particular, o mais fundamental de todos, o direito à vida”.

*Honduras*

*Em seu escrito de 30 de abril de 1998, o Estado hondurenho manifestou, a respeito da competência da Corte que:*

apesar da fonte do “aviso consular” ser o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, este instrumento forma parte da legislação interna dos Estados americanos e, portanto, reforça “as medidas do sistema de proteção dos direitos humanos do continente”, e

de acordo com a norma consagrada no artigo 29.b) da Convenção Americana, nenhuma disposição desta última pode limitar a competência consultiva da Corte para elucidar a consulta referente ao “aviso consular”, ainda quando este derive de um instrumento universal.

*Paraguai*

*Em seu escrito de 4 de maio de 1998, o Estado paraguaio manifestou, a respeito do mérito da consulta que:*

os Estados têm a obrigação de respeitar as garantias judiciais mínimas consagradas no Direito Internacional a favor da pessoa “que enfrenta causas abertas por delitos puníveis com a pena capital em um Estado do qual não é nacional e cuja inobservância gera a responsabilidade internacional para este Estado”;

as normas internacionais que protegem os direitos fundamentais devem ser interpretadas e aplicadas em harmonia com o sistema jurídico internacional de proteção;

o descumprimento da disposição do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, referente à “comunicação com os nacionais do Estado que envia” é uma violação dos direitos humanos dos acusados estrangeiros porque afeta o devido processo e, em casos de aplicação da pena capital, pode constituir uma violação do “direito humano por excelência: o direito à vida”;

o Paraguai iniciou um processo contra os Estados Unidos da América perante a Corte Internacional de Justiça, referente à inobservância do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (28 *infra*)<sup>5</sup>, e

5. Posteriormente, os Estados Unidos da América informaram à Corte que o Paraguai desistiu da ação iniciada contra si perante a Corte Internacional de Justiça. Ver, a respeito, par. 28 *infra*.

em razão das diferenças nos sistemas dos Estados, a função consular é fundamental para oferecer ao nacional afetado a assistência imediata e oportuna no processo penal e pode incidir no resultado deste processo.

#### *Costa Rica*

*Em seu escrito de 8 de maio de 1998, o Estado costarricense manifestou, a respeito da competência da Corte que:*

as considerações que originaram a consulta não interferem no devido funcionamento do Sistema Interamericano, nem afetam negativamente os interesses de vítima alguma, e

no presente assunto, a função consultiva da Corte serve o propósito de coadjuvar com o devido cumprimento do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que se relaciona ao cumprimento dos direitos fundamentais da pessoa;

*e a respeito do mérito da consulta, que:*

as normas de direito interno não podem impedir o cumprimento das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos;

as obrigações relacionadas à proteção das garantias mínimas e os requisitos do devido processo em matéria de direitos humanos são de cumprimento obrigatório, e

todas as entidades de um Estado federal estão obrigadas pelos tratados assinados por este último no âmbito internacional.

#### *Estados Unidos da América*

*Em seu escrito de 1º de junho de 1998, os Estados Unidos da América manifestaram, a respeito da competência da Corte no presente assunto, que:*

a Convenção de Viena sobre Relações Consulares é um tratado com vocação universal, de maneira que não se pode diferenciar, no âmbito regional, as obrigações dos Estados que são partes nela;

nesse momento, estava em trâmite perante a Corte Internacional de Justiça um caso contencioso que envolvia o mesmo assunto que o Estado requerente argumentou neste procedimento<sup>6</sup>, motivo pelo qual a “prudência, ou mesmo as considerações de cortesia internacional, deveriam levar [a] Corte a postergar sua consideração da petição até que a Corte Internacional de Justiça h[ouveresse] proferido uma sentença na qual interpret[e] as obrigações dos Estados Partes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares”;

o Protocolo de assinatura facultativa sobre a jurisdição obrigatória para a solução de controvérsias da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, ratificado por 53 Estados Partes nesta Convenção, prevê que os Estados podem recorrer de mútuo acordo a um procedimento de conciliação ou arbitragem ou submeter suas controvérsias à Corte Internacional de Justiça;

a consulta constitui uma clara tentativa de submeter os Estados Unidos da América à competência contenciosa deste Tribunal, ainda quando este Estado não é parte na Convenção Americana nem aceitou a competência obrigatória da Corte;

a consulta constitui um caso contencioso dissimulado que não se pode resolver a menos que se faça referência a fatos concretos, os quais não podem ser determinados em um procedimento consultivo;

os registros judiciais dos casos descritos na consulta não estão perante a Corte e os Estados Unidos da América não tiveram a oportunidade de refutar as alegações genéricas feitas pelo Estado requerente sobre estes casos;

6. Posteriormente, os Estados Unidos da América informaram à Corte que o Paraguai desistiu da ação iniciada contra si perante a Corte Internacional de Justiça. Ver, a respeito, par. 28 *infra*.

qualquer pronunciamento da Corte sobre a consulta teria graves efeitos nos casos citados em trâmite e afetaria os direitos dos indivíduos e governos envolvidos, incluindo as vítimas dos delitos cometidos, que não tiveram a oportunidade de participar neste procedimento, e

se a Corte aceitar a posição expressada pelo Estado requerente, faria com que se questionasse a integridade de todo o procedimento penal realizado no marco dos sistemas de justiça penal dos Estados Partes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares que poderia culminar na imposição de uma pena severa, quando não tenha sido realizada a notificação consular; “[n]ão existe base no Direito Internacional, na lógica ou na moral para esta decisão e para a conseqüente perturbação e desonra dos numerosos Estados Partes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares”;

*a respeito da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e a assistência consular, que:*

a Convenção citada não é um tratado de direitos humanos, nem um tratado “dirigido” à proteção destes, mas um “tratado multilateral de tipo tradicional, concluído em função de um intercâmbio recíproco de direitos para o benefício mútuo dos Estados contratantes”, no sentido que a Corte deu a estas expressões em seu segundo Parecer Consultivo. Acrescentaram que este argumento se demonstra através da constatação de que o propósito da Convenção de Viena sobre Relações Consulares é o estabelecimento de normas de direito que regulem as relações entre Estados, não entre Estados e indivíduos, e que em seu Preâmbulo declara que seu propósito “não é beneficiar indivíduos, mas assegurar o eficaz desempenho das funções das repartições consulares, em nome de seus respectivos Estados”;

nem toda obrigação estatal que inclui indivíduos é necessariamente uma obrigação em matéria de direitos humanos e o fato de que uma disposição da Convenção de Viena sobre Relações Consulares possa autorizar a assistência a alguns indivíduos em certos casos não a converte em um instrumento de direitos humanos ou em fonte de direitos humanos individuais;

o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares está inserido em uma seção dedicada a “[f]acilidades, privilégios e imunidades relativas às repartições consulares”, e

nem a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, nem os instrumentos internacionais de direitos humanos, criam o direito de *assistência* consular, e a primeira unicamente estipula que o Estado receptor deve informar ao detido que, se assim o solicitar, as autoridades consulares do Estado que envia podem ser *notificadas* sobre sua detenção. Estas autoridades consulares decidiriam então, discricionariamente, “se lhe prestam ou não assistência consular e, em caso afirmativo, em que medida”. Para estes efeitos, os Estados Unidos da América apresentaram uma descrição das atividades que realizam seus funcionários consulares no exterior quando são notificados sobre a prisão de um cidadão norte-americano e concluíram que nenhum Estado presta o tipo de serviços que o México descreveu na consulta;

*a respeito da natureza da notificação consular, e seus efeitos no processo, que:*

não existe nenhuma evidência que apóie a pretensão de que a notificação consular é um direito individual intrínseco ao indivíduo ou um requisito necessário e universal para o respeito dos direitos humanos;

se um acusado é tratado de forma justa perante o tribunal, recebe patrocínio jurídico competente e lhe é concedido o tempo e as facilidades adequados para a preparação da defesa, a omissão de prover a notificação consular não afeta a

integridade de seus direitos humanos. Ao contrário, quando os fatos de um caso demonstram que o acusado não gozou de um devido processo ou das garantias judiciais, provavelmente se instaure uma investigação e seja provida a reparação adequada, com independência do cumprimento ou não da notificação consular;

por outro lado, a notificação consular não é um requisito prévio para o respeito dos direitos humanos e sua inobservância não invalida aquelas causas penais que “satisfazem as normas pertinentes de direitos humanos incorporadas ao direito nacional”;

as garantias do devido processo devem ser cumpridas com independência da nacionalidade do acusado ou “se existem ou não relações consulares” entre o Estado que envia e o Estado que recebe. De acordo com as manifestações dos Estados Unidos da América, se for considerado que a notificação consular é um direito fundamental, estar-se-ia concluindo que os indivíduos nacionais de Estados que mantêm relações consulares “têm mais direitos” do que aqueles que são nacionais de Estados que não mantêm esse tipo de relações, ou de Estados que não são partes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

nem a Convenção de Viena sobre Relações Consulares nem os instrumentos internacionais de direitos humanos requerem a suspensão do processo penal até que se tenha cumprido a notificação consular, e

do texto dos instrumentos pertinentes de direitos humanos e de seus respectivos trabalhos preparatórios não decorre, nem explícita nem implicitamente, o direito à notificação consular;

*a respeito da relação da notificação consular com o princípio de igualdade perante a lei, que:*

não se pode presumir que um cidadão estrangeiro não gozará de seus direitos se não forem adotadas medidas especiais, porque as necessidades e circunstâncias de cada estrangeiro variam dramaticamente e são diversificadas, desde o desconhecimento absoluto do idioma e dos costumes do Estado receptor (no caso de indivíduos que visitam um país por alguns dias) a uma identidade profunda com eles (no caso de indivíduos que viveram no país por longos períodos e, em alguns casos, a maior parte de suas vidas);

a simples sugestão de que os estrangeiros possam requerer direitos especiais é, em si mesma, contrária aos princípios de não discriminação e igualdade perante a lei;

a notificação consular, por sua própria natureza, unicamente é relevante para os cidadãos daqueles Estados que mantêm relações consulares com o Estado receptor e, portanto, se baseia em um princípio de distinção em razão da nacionalidade, e

interpretam os argumentos do Estado requerente no sentido de que este pergunta se a falta de notificação consular constitui uma discriminação entre os cidadãos do Estado responsável pela prisão e os cidadãos de outros Estados e que, neste contexto, a opinião dos Estados Unidos da América é que a execução ou omissão da notificação consular não é relevante (porque esta unicamente se dá aos nacionais do Estado que prende) e que o relevante é se existe discriminação ou um tratamento diferente a respeito do gozo dos direitos processuais e outros direitos relevantes;

*sobre a relação da notificação consular com os processos originados em relação a delitos punidos com a pena de morte, que:*

a notificação consular é relevante em todos os casos e não unicamente naqueles que envolvem a pena de morte ou nos que a pessoa detida não fale o idioma ou

não conheça o sistema judicial do Estado receptor, porque não existe elemento algum no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares que permita fazer estas distinções;

ainda quando a pena de morte constitui a mais séria e irreversível das sanções e pode ser proferida unicamente em cumprimento estrito das garantias concedidas pela lei ao acusado, não existe elemento algum que permita interpretar que a notificação consular é uma destas garantias;

“é difícil entender como as normas para a proteção dos direitos humanos podem se estabelecer num âmbito muito mais alto em casos de pena de morte” do que em outros processos penais ou “em outros da mesma ou maior gravidade que, devido a diferenças concretas entre os sistemas de justiça penal nacional, podem levar à imposição de outras penas distintas à de morte, tais como prisão perpétua ou prisão prolongada”, e

não se pode afirmar que os casos motivados por delitos punidos com a pena de morte sejam os únicos que podem ter sérias consequências para o acusado, porque “mesmo prescindindo dos casos de possível tortura ou de maus tratos pelas autoridades responsáveis pela detenção, uma pessoa pode morrer ou sofrer danos permanentes na prisão por uma série de motivos, tais como falta de atenção médica adequada ou inclusive de atenção mínima”;

*sobre a expressão “sem tardar”, contida no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que:*

não existe fundamento algum para supor que esta expressão indica que a notificação deve realizar-se precisamente no momento da prisão e que o acusado deve ser informado da possibilidade de realizar a notificação consular “depois de sua detenção ou prisão, dentro de um prazo limitado e razoável que permita às autoridades determinar se [...] é nacional estrangeiro e cumprir as formalidades necessárias”, e

quando os Estados decidiram acordar um prazo concreto para cumprir o procedimento de notificação consular, o fizeram por meio de acordos distintos à Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

*sobre as medidas de reparação pelo descumprimento da obrigação de notificação consular, que:*

nem a Convenção de Viena sobre Relações Consulares nem seu Protocolo Facultativo sobre a Jurisdição Obrigatória para a Solução de Controvérsias prevêm medidas de reparação pelo descumprimento da obrigação de notificação consular;

a prioridade que se dê à notificação consular depende, em grande medida, do tipo de assistência que o Estado que envia tenha capacidade de prestar a seus nacionais e, ademais, este Estado é responsável, em parte, por “dirigir a atenção do Estado receptor” em relação aos casos em que não esteja satisfeito com o cumprimento do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

não existe elemento algum para interpretar que se não for cumprida a notificação consular se invalidam os resultados de um sistema penal estatal e que, além disso, esta conclusão iria contra a Convenção de Viena sobre Relações Consulares e a prática dos Estados;

caso se questione a existência de um devido processo, a respectiva investigação provavelmente seria focada em determinar se, dadas as circunstâncias de cada caso concreto, algum dos direitos garantidos pelos instrumentos internacionais e pela legislação interna foi violado e não, como propõe o Estado requerente, a considerar que a omissão de informar o detido sobre seu direito à notificação consular constitui,

*per se*, uma violação do devido processo e das garantias judiciais, e

a prática comum nesta matéria é a seguinte: “[q]uando um funcionário consular tem conhecimento de que não se cumpriu a notificação e demonstra interesse nisso, pode enviar uma comunicação diplomática ao governo anfitrião, na qual formula um protesto. Apesar de que esta correspondência com frequência não recebe resposta, o mais comum é que o Ministério de Relações Exteriores ou os funcionários encarregados pelo cumprimento da lei do governo anfitrião iniciem uma investigação. Caso se confirme que, efetivamente, não se havia efetuado a notificação, é prática comum que o Estado receptor apresente suas desculpas e trate de assegurar a melhora do cumprimento no futuro”.

*por último, os Estados Unidos da América sugeriram que a Corte poderia concluir que:*

a execução dos requerimentos da notificação consular, estabelecidos no artigo 36 da Convenção de Viena, é importante e todos os Estados Partes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares deveriam procurar melhorar seu cumprimento;

a notificação consular não constitui um direito humano, mas um dever dos Estados que mantêm relações consulares recíprocas e seu propósito é o benefício dos indivíduos e dos Estados;

a notificação consular não implica um direito a requerer um nível particular de assistência consular;

entre os Estados que mantêm relações consulares, a notificação consular pode ter como efeito que se proveja assistência consular, a qual, por sua vez, poderia beneficiar um acusado estrangeiro;

a essência dos direitos e garantias individuais que são aplicáveis nos processos penais é a expressada na Declaração Americana, na Carta da OEA e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;

todas as pessoas têm o direito a um devido processo, sem distinção da pena que lhes poderia ser imposta e os cidadãos estrangeiros devem gozar de um devido processo com independência de receberem ou não a notificação consular, e

a omissão, por parte do Estado receptor, de informar ao cidadão estrangeiro que as autoridades consulares de seu país podem ser notificadas sobre sua detenção pode ter como resultado a aplicação de medidas diplomáticas que tenham como matéria esta omissão e o propósito de melhorar o cumprimento no futuro e, em todo caso, a reparação adequada para a omissão apenas pode ser avaliada em cada situação particular e à luz da prática atual dos Estados e das relações consulares entre os respectivos Estados.

*Comissão Interamericana*

*Em seu escrito de 30 de abril de 1998, a Comissão Interamericana manifestou, a respeito da admissibilidade da consulta e da competência da Corte para resolvê-la, que:*

existem dois casos perante o Sistema Interamericano que envolvem a suposta violação do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares: o caso *Santana*, pendente perante a Comissão Interamericana, e o caso *Castillo Petruzzi e outros*; e que, entretanto, com base nos pronunciamentos contidos no décimo quarto Parecer Consultivo da Corte, esta circunstância não deveria impedir o conhecimento da consulta;

*e a respeito do mérito, que:*

o direito individual de que gozam os detidos estrangeiros para comunicar-se com as autoridades consulares de seu estado de nacionalidade é distinto

do privilégio histórico dos Estados de proteger a seus nacionais e constitui uma regra de direito consuetudinário internacional ou, ao menos, da prática internacional, independentemente de existir ou não um tratado a respeito;

a Convenção de Viena sobre Relações Consulares é um tratado, no sentido que o artigo 64 da Convenção Americana dá a este termo, e seu artigo 36 diz respeito à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, pois estabelece direitos individuais -não apenas deveres dos Estados- e porque o acesso consular pode prover uma proteção adicional ao detido estrangeiro, o qual poderia enfrentar dificuldades para dispor de uma situação de equidade durante o processo penal;

em aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, consagrado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, os Estados Partes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares têm o dever de cumprir as obrigações que esta última lhes impõe em todo seu território, sem exceção geográfica alguma;

nos casos de aplicação da pena capital existe uma obrigação estatal de aplicar rigorosamente as garantias processuais estabelecidas nos artigos XXVI da Declaração Americana, 8 da Convenção Americana e 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e as obrigações incluídas no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares podem ter um efeito sobre os direitos processuais do acusado do cometimento de um delito que se sanciona com a morte;

os deveres impostos pelo artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares ultrapassam a comunicação específica entre um prisioneiro e o consulado de seu país e implicam a segurança e liberdade dos estrangeiros que vivem, viajam e trabalham no território de um Estado;

a proteção dos direitos dos detidos é uma pedra angular da consolidação da democracia e o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares cria obrigações a respeito do tratamento de estrangeiros detidos no território dos Estados Partes desta Convenção;

um Estado que não aplique em seu território a normativa internacional a respeito da pessoa estrangeira incorre em responsabilidade internacional e, portanto, deve prover os meios de reparação pertinentes;

um estudo de legislação comparada demonstra que os tribunais nacionais interpretaram de forma diversa os efeitos da violação do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e revela que é possível anular um processo caso se determine que a violação acarretou um prejuízo ao acusado, e

a ônus de demonstrar que, apesar dessa omissão, foram respeitadas todas as garantias processuais requeridas para assegurar um julgamento justo recai sobre o Estado que descumpriu as obrigações impostas pelo artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e este Estado deve demonstrar que criou as condições para assegurar o respeito ao devido processo (obrigação positiva) e que o detido não foi privado arbitrariamente de um direito protegido (obrigação negativa).

\*\*\*

27. A Corte resume da seguinte maneira os argumentos orais dos Estados participantes neste procedimento, assim como da Comissão Interamericana,<sup>7</sup> no que diz respeito à consulta formulada pelo México:

7. O texto completo das apresentações dos Estados, órgãos, instituições e indivíduos participantes na audiência pública foi publicado no volume "Transcrição da audiência pública celebrada na sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 12 e 13 de junho de 1998 sobre o pedido de Parecer Consultivo OC-16. Texto oficial" (circulação restrita; doravante "*Transcrição da audiência pública*"). Oportunamente, será publicado também na série "B" de publicações da Corte. O idioma da apresentação foi o espanhol, a menos que se indique outra coisa nos resumos preparados pela Corte.

*Estados Unidos Mexicanos*

*Em sua apresentação inicial, em 12 de junho de 1998, o Estado requerente manifestou, a respeito da admissibilidade da consulta, que:*

seu propósito, ao iniciar este procedimento consultivo, é “ajudar os Estados e órgãos a cumprir e aplicar tratados de direitos humanos sem submetê-los ao formalismo que caracteriza o procedimento contencioso” e defender o devido processo judicial, cuja violação em caso de aplicação da pena de morte pode significar a violação do direito à vida; e a consulta não se refere a nenhum caso concreto nem constitui um caso interestatal encoberto;

*a respeito das motivações da consulta:*

no caso de aplicação da pena de morte os direitos fundamentais da pessoa devem ser “meticulosamente cuidados e respeitados” já que a execução daquela impede toda possibilidade de sanar o erro judicial; a Corte já se pronunciou sobre as limitações impostas na Convenção Americana à aplicação da pena de morte; o México mantém cerca de 70 consulados em todo o mundo e mais de 1.000 funcionários dedicados à proteção dos assuntos consulares de seus cidadãos no exterior; apenas no ano de 1997 esta rede consular atendeu aproximadamente 60.000 casos de proteção;

sua experiência nesta matéria lhe permite afirmar que os primeiros momentos da detenção marcam, de maneira determinante, a sorte do que ocorrerá ao réu; nada pode suprir uma oportuna intervenção consular nestes momentos porque é quando o réu requer maior assistência e orientação, uma vez que, em muitas ocasiões, não conhece o idioma do país em que se encontra, ignora seus direitos constitucionais no Estado receptor, não sabe se tem a possibilidade de que lhe seja oferecida assistência jurídica gratuita e não conhece o devido processo legal, e

nenhum tribunal interno proporcionou um recurso efetivo contra as violações ao artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

*a respeito do mérito da consulta, que:*

o Direito Internacional se transformou no presente século, o que repercute nos efeitos e na natureza que se deve reconhecer a instrumentos como a Declaração Americana; em casos em que se impõe a pena de morte é necessário sanar as consequências da violação do direito à informação sobre o direito à notificação consular por meio do restabelecimento do *status quo ante e*, em caso de que este restabelecimento não seja possível devido à aplicação efetiva da pena de morte, haverá a responsabilidade internacional por descumprimento das garantias processuais e violação do direito à vida, cuja consequência seria o dever de compensar as famílias das pessoas executadas, para o que não se requer demonstrar que a violação acarreta um prejuízo.

*Ante as perguntas de alguns juízes da Corte, o Estado requerente acrescentou que:*

O ônus da prova sobre o prejuízo ocasionado pela violação do direito à informação sobre a assistência consular não pode ser atribuído à pessoa que faz a reclamação e, em todo caso, a responsabilidade internacional surge independentemente da existência de dano ou prejuízo.

*Costa Rica*

*Em sua apresentação perante a Corte, a Costa Rica manifestou, a respeito da competência da Corte neste assunto, que:*

a consulta cumpre os requisitos convencionais e regulamentares; *a respeito do mérito da consulta, que:*

o cumprimento das garantias processuais estabelecidas dentro do Sistema Interamericano e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é

indispensável nos processos por delitos sancionados com a pena capital; o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares confere ao detido estrangeiro o direito a conhecer seu direito à comunicação consular; o citado artigo 14 do Pacto Internacional inclui os direitos conferidos ao detido pelo artigo 36.1.b);

o Estado receptor não está isento, em nenhuma circunstância, de notificar o detido sobre seus direitos porque, caso contrário, este último não contaria com meios adequados para preparar sua defesa; em muitas ocasiões o estrangeiro condenado à morte não entende o idioma nem conhece a lei do Estado receptor nem as garantias judiciais que lhe confere essa lei e o Direito Internacional, e ingressou ilegalmente no país;

a expressão “sem tardar”, contida no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, deve entender-se no sentido de que existe uma obrigação do Estado receptor de informar ao estrangeiro detido por delitos puníveis com a pena capital sobre os direitos que este artigo lhe confere seja no momento de sua prisão ou antes de que preste declaração ou faça uma confissão perante as autoridades políticas ou judiciais do Estado receptor;

o direito do detido estrangeiro a ser informado sobre a assistência consular não está subordinado aos protestos do Estado de sua nacionalidade, e

a violação das obrigações impostas pelo artigo 36.1.b) traz como consequência o dever de realizar reparações e, no caso de imposição da pena de morte, poderia gerar responsabilidade civil.

*Ante as perguntas de alguns dos juízes que integram a Corte, Costa Rica acrescentou que:*

caso a pena de morte não se tenha executado, caberia considerar a nulidade do processo e a instauração de “algum tipo” de responsabilidade civil.

*El Salvador*

*Em seu comparecimento perante a Corte, El Salvador manifestou, com respeito às motivações da consulta:*

o presente Parecer Consultivo terá repercussões positivas para o ordenamento dos Estados e o Sistema Interamericano e estimulará a implementação e o cumprimento irrestrito das disposições legais incluídas nos diferentes instrumentos internacionais de direitos humanos, e

a opinião da Corte nesta matéria “contribuirá à legitimação do devido processo em todos os sistemas jurídicos do mundo”, fortalecendo o sistema de proteção dos direitos humanos;

*Com respeito à admissibilidade da consulta, que:*

a Convenção Americana outorga à Corte a faculdade de interpretar qualquer outro tratado relacionado à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, o que inclui o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

*Com respeito ao mérito da consulta, que:*

o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares é uma disposição dirigida à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos porque regulamenta “garantias mínimas necessárias para que os estrangeiros possam gozar de um devido processo no exterior”; os detidos estrangeiros se encontram em uma situação de desvantagem por diferenças de idioma, desconhecimento do sistema jurídico e das instâncias competentes para julgá-los, carecem de uma defesa adequada e permanente desde o início e

ignoram os direitos que lhes correspondem; o artigo 36.1.b) busca garantir o processo justo e o respeito das garantias mínimas;

é dever do Estado receptor informar sem demora ao detido estrangeiro sobre os direitos que lhe confere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, disposição que possui “relação íntima” com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Carta da OEA e a Declaração Americana; este dever existe mesmo em caso de “ausência de funcionários consulares da nacionalidade do processado acreditados perante esse Estado e ainda [... em] caso de inexistência de relações diplomáticas e/ou consulares”, em cujo caso o Estado receptor deve dar conhecimento ao processado do direito que possui de estabelecer comunicação com seu estado de nacionalidade “por intermédio de um país amigo ou por meio das representações diplomáticas perante organismos internacionais ou por conduto de organismos e instituições dedicadas ao tema dos direitos humanos”;

o artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos reconhece o direito de toda pessoa a ser ouvida publicamente com as devidas garantias, as quais incluem de forma implícita o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, e

“[a] sentença proferida por um tribunal competente e que não cumpriu plenamente o devido processo tem como sanção correspondente a nulidade de todo o processo”.

*Ante as perguntas de alguns dos juízes que integram a Corte, El Salvador manifestou que:*

o descumprimento da obrigação de notificar acarreta a inobservância dos princípios do devido processo e uma situação de nulidade, posto que se colocou um estrangeiro em desamparo.

Guatemala

*Em sua apresentação perante a Corte, o Estado guatemalteco deu leitura a seu escrito de 30 de abril de 1998 (26 supra).*

*Ante as perguntas de alguns dos juízes que integram a Corte, a Guatemala manifestou que:*

a ausência de um dos requisitos do devido processo produz uma nulidade de direito;

corresponde às cortes de justiça, tanto nacionais como internacionais, determinar em cada caso concreto as consequências da inobservância do requisito do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, o qual contém uma garantia mínima no sentido dado a esta expressão pelo artigo 14.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, particularmente à luz da necessidade de que o acusado “compreenda totalmente a dimensão da acusação” contra si.

Honduras

*Em seu comparecimento perante a Corte, o Estado hondurenho manifestou, a respeito da competência, que:*

a Corte é competente para emitir seu parecer neste assunto, porque ainda quando o reconhecimento do direito à informação sobre a assistência consular se originou fora do âmbito interamericano, aquele foi integrado à legislação interna dos Estados Partes através da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

*a respeito do mérito da consulta, que:*

se o Estado receptor não informar oportunamente aos interessados sobre o direito que possuem de procurar proteção consular, tornam-se nulas as

garantias do devido processo, particularmente quando aqueles são condenados à morte, e

a “não notificação implica numa violação do direito do Estado que envia e também numa violação do direito humano da pessoa processada”; a obrigação contida no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares tem, para seus Estados Partes, “categoria de lei interna” e, portanto, reforça as medidas de proteção dos direitos humanos”.

*Paraguai*

*Em sua apresentação perante a Corte, o Paraguai manifestou, a respeito do mérito da consulta, que:*

os Estados devem respeitar as garantias mínimas que um estrangeiro acusado por delitos que possam ser sancionados com a pena capital tem direito e sua inobservância gera responsabilidade internacional; a Convenção de Viena sobre Relações Consulares contém obrigações a cargo do Estado receptor e não dos indivíduos afetados e a inobservância destas obrigações priva os indivíduos do gozo de seus direitos;

a inobservância do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares por parte do Estado receptor torna nulo o direito de um detido estrangeiro a um devido processo, o que se agrava quando é acusado por um delito que pode ser sancionado com a pena capital, situação esta em que a omissão constitui uma transgressão do “direito humano por excelência”: o direito à vida, e

a participação dos agentes consulares desde o momento da detenção de um nacional é fundamental, particularmente considerando as diferenças dos sistemas jurídicos entre um Estado e outro, os possíveis problemas de comunicação e que a assistência consular pode influir de maneira importante sobre o resultado do processo, a favor do acusado.

*República Dominicana*

*Em sua apresentação perante a Corte, a República Dominicana ratificou o conteúdo de seu escrito de observações de 30 de abril de 1998. Acrescentou, a respeito do mérito da consulta, que:*

com o cumprimento, sem demora, das disposições do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, se estaria “seguindo [...] a tendência generalizada de proteger os direitos fundamentais do homem e, muito particular[mente,] o mais fundamental de todos, o direito à vida”; este cumprimento não deve estar sujeito aos protestos por parte do Estado de nacionalidade, mas deve ser automático, e

a expressão “sem tardar”, contida no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, deve ser entendida no sentido de que a notificação deve ser feita “desde o momento da prisão e antes de que o detido preste qualquer declaração ou confissão perante as autoridades policiais ou judiciais”.

*Estados Unidos da América<sup>8</sup>*

*Em sua apresentação perante a Corte, os Estados Unidos da América manifestaram, a respeito da admissibilidade da consulta, que:*

esta pretende a obtenção de uma decisão sobre uma controvérsia com os Estados Unidos da América, razão pela qual, de acordo com a jurisprudência da Corte, distorce a função consultiva deste Tribunal;

o exame da consulta requereria que a Corte determinasse os fatos alegados, o que não pode fazer em um procedimento consultivo, que é sumário por natureza, e não é adequado para determinar assuntos complexos em controvérsia interestatal nem permite a apresentação e avaliação adequada

8. Os Estados Unidos da América fizeram sua apresentação perante a Corte em inglês. A tradução dos argumentos apresentados foi preparada pela Secretaria. O texto integral da apresentação original pode ser consultado na *Transcrição da audiência pública*, que será oportunamente publicada também na série “B” de publicações do Tribunal.

de prova; por estas razões, os Estados Unidos da América não se encontram obrigados a se defender das acusações que lhe foram feitas;

o objeto da consulta é questionar a conformidade da legislação e prática estadunidenses com normas de direitos humanos e, dado que os Estados Unidos da América ainda não são parte da Convenção Americana, este Tribunal não possui competência para emitir critério sobre estes assuntos;

a consulta se baseia em concepções equivocadas sobre a função consular;

se está solicitando que a Corte determine um novo direito humano à notificação consular, presumivelmente universal, que não está incluído de forma explícita nos principais instrumentos de direitos humanos -a Declaração Universal, os Pactos ou a Convenção Americana-, mas que deve ser deduzido com base em um tratado de 1962, que aborda uma matéria inteiramente diferente: as relações consulares interestatais;

o fato de que um tratado universal possa oferecer proteção ou vantagens ou fortalecer a possibilidade de que um indivíduo exerça seus direitos humanos, não significa que se refere à proteção dos direitos humanos e, portanto, que a Corte seja competente para interpretá-lo;

a consulta apresentada pelo México alude a uma frase localizada na extensa Convenção de Viena sobre Relações Consulares; é improvável que isto converta este tratado em “relativo à” proteção dos direitos humanos nas Américas, e

ainda se a Corte considerasse que é competente para emitir o presente Parecer Consultivo, existem razões conclusivas para que exercite sua faculdade de abster-se de emití-lo, particularmente à luz de um caso contencioso iniciado pelo Paraguai contra os Estados Unidos da América perante a Corte Internacional de Justiça<sup>9</sup>, cuja matéria é similar e coincidente com ao menos alguns assuntos envolvidos na consulta; a emissão de um Parecer Consultivo geraria confusão, poderia prejudicar as posições jurídicas das partes e criaria o risco de produzir uma disparidade entre os conceitos da Corte Interamericana e os do principal órgão judicial da ONU. Ademais, a interpretação de um tratado do qual são parte um vasto número de Estados alheios ao continente americano poderia criar problemas em outras regiões do mundo.

*Os Estados Unidos da América manifestaram, ademais, que caso a Corte determinasse que é competente para emitir este Parecer Consultivo:*

seria pertinente que a Corte reconhecesse a importância da notificação consular e exortasse os Estados a melhorar seu nível de cumprimento em todos os casos em que se detém estrangeiros;

seria procedente, além disso, que a Corte determinasse que a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não pretende criar, nem criou, um direito humano individual, essencial para o devido processo penal, o que está demonstrado por seus termos e história, pela prática dos Estados e pelo fato de que os sistemas judiciais estatais devem proteger os direitos humanos com plena independência da realização da notificação consular ou não e da pena que possa ser imposta ao acusado. Ademais, o estabelecimento de padrões mínimos em processos penais não é o propósito do artigo 36 da Convenção citada, que não concebe que o direito à informação sobre a assistência consular seja um elemento essencial do sistema penal do Estado receptor;

a história legislativa da Convenção de Viena sobre Relações Consulares mostra uma clara tendência a respeitar a independência dos sistemas penais internos;

9. Posteriormente, os Estados Unidos da América informaram à Corte que o Paraguai desistiu da ação iniciada contra si perante a Corte Internacional de Justiça. Ver, a respeito, par. 28 *infra*.

nenhum Estado participante nas negociações sugeriu que estes sistemas deveriam ser modificados para assegurar que o processo penal não fosse instaurado até que se tivesse realizado a notificação consular; reconheceu-se que o processo penal poderia ser iniciado, mas a notificação não seria postergada deliberadamente durante este processo;

além disso, o direito à informação sobre a assistência consular apenas existe quando o Estado que envia tem o direito de realizar funções consulares no Estado receptor, do que se deduz que a Convenção de Viena não o concebe como um direito humano;

não existe um direito à assistência consular, pois esta depende do exercício de uma atribuição discricionária por parte do Estado de nacionalidade;

é improvável que os cônsules estejam em condições de prover assistência a todos os detidos de sua nacionalidade, de maneira que seria ilógico considerar esta assistência como parte dos requisitos do devido processo;

não existe razão alguma que permita determinar que, se o Estado de nacionalidade proovesse assistência consular, esta será relevante para o resultado do processo; e na consulta, o México apresentou uma visão ideal, mas não realista, do nível de serviço consular que ele mesmo está em condições de prestar a seus nacionais;

é errado afirmar, como regra geral, que todo estrangeiro desconhece o idioma, os costumes e o sistema jurídico do Estado receptor. A este respeito, os Estados Unidos da América apresentaram seu caso como exemplo, e argumentaram que é comum que cidadãos mexicanos tenham vivido em seu território durante períodos prolongados e que há casos em que o estrangeiro não pode ser diferenciado do nacional por seu conhecimento do idioma, os nexos familiares e econômicos ou o conhecimento do sistema jurídico;

a história legislativa da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e a prática dos Estados demonstram que para explicar o conceito “sem tardar” não se deve tomar como referência um ato determinado do processo penal;

não é pertinente estabelecer regras especiais de notificação consular para o caso de imposição da pena de morte, porque estas apenas teriam implicações nos países que aplicam essa medida e, portanto, iriam contra a vocação universal da Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

é significativo que no artigo 36 da Convenção citada se tenha excluído, como resultado de uma decisão explícita, a obrigação de que se informe ao oficial consular a natureza das acusações feitas contra o detido estrangeiro;

caso fossem estabelecidas regras especiais para a notificação consular em caso de imposição da pena de morte, estar-se-ia atuando de forma desigual, pois os Estados que aplicam esta medida teriam maiores obrigações com respeito à notificação consular que os Estados que não a aplicam, mesmo quando estes possam impor penas muito severas como a prisão perpétua ou manter aos réus em condições de permanente ameaça para suas vidas, e

a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não estabelece uma norma de Direito Internacional que prescreva que a falta de notificação consular invalida quaisquer procedimentos posteriores perante a justiça ou as decisões posteriores a esta.

*Ante as perguntas de alguns dos juízes que integram a Corte, os Estados Unidos da América manifestaram que:*

apesar de a Convenção de Viena sobre Relações Consulares estabelecer o direito a ser informado, não existe razão alguma para considerar que este seja um direito

essencial para o pleno cumprimento dos direitos processuais fundamentais;

a notificação consular deve ocorrer sem demora deliberada e tão pronto quanto seja racionalmente possível, dadas as circunstâncias de cada caso, em relação ao que os Estados Unidos da América apresentaram alguns exemplos extraídos de sua prática interna;

os trabalhos preparatórios da Convenção de Viena sobre Relações Consulares demonstram que a inclusão do direito do detido estrangeiro a ter contato com o cônsul de seu estado de nacionalidade foi o corolário do direito do cônsul a comunicar-se com um detido de sua nacionalidade no Estado receptor;

a análise das situações em que se descumpriu a notificação consular deve ser feita no contexto de cada caso determinado e, ainda quando for possível supor uma hipótese em que um tribunal nacional poderia determinar que a falta de notificação consular está unida de forma inexorável a uma deficiência do devido processo, não se tem conhecimento de nenhum caso em que qualquer tribunal tenha chegado a essa conclusão, e

o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não concede ao indivíduo o direito a questionar um procedimento penal e solicitar a revogação de uma condenação quando não se observou o direito à notificação consular.

*Comissão Interamericana* Em sua apresentação perante a Corte, a Comissão Interamericana ratificou os termos de seu escrito de observações de 30 de abril de 1998 e acrescentou que:

ao estipular expressamente que a notificação ao detido de seu direito à notificação consular deve ser realizada sem demora alguma e que não admite exceção, o texto do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece que a etapa prévia ao julgamento em todo processo penal é uma etapa crítica na qual o acusado deve estar em condições de proteger seus direitos e de preparar sua defesa;

o dever de notificar o estrangeiro detido sobre seu direito ao acesso consular está vinculado a uma série de garantias fundamentais que são necessárias para assegurar um tratamento humano e um julgamento imparcial, pois os funcionários consulares realizam importantes funções de verificação e de proteção, cujo cumprimento foi o motivo da incorporação do artigo 36 na Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

quando um Estado Membro da OEA que é parte da Convenção de Viena sobre Relações Consulares descumpra as obrigações dispostas no seu artigo 36, priva o estrangeiro detido de um direito cujo objeto e propósito é proteger as garantias básicas do devido processo, de modo que o ônus da prova recai então sobre este Estado, em razão do que deve demonstrar que o devido processo foi respeitado e que o indivíduo não foi privado arbitrariamente do direito protegido;

fazer recair o ônus da prova no indivíduo seria uma negação das proteções consagradas no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

o Direito Internacional reconheceu que os estrangeiros detidos podem estar em condições de desvantagem ou enfrentar problemas na preparação de sua defesa e o propósito do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares é assegurar que estes detidos contem com o benefício da consulta com seu cônsul, que apresenta meios para satisfazer seu direito a um julgamento com as devidas garantias;

as proteções do artigo 36 não substituem os requisitos do devido processo penal nem coincidem totalmente com estes, mas têm o propósito de permitir

ao detido estrangeiro tomar decisões conscientes e informadas para a preservação e defesa de seus direitos, e

no caso da pena de morte, a obrigação dos Estados Partes de observar rigorosamente as garantias do julgamento imparcial não admite nenhuma exceção e o descumprimento deste dever constitui uma violação flagrante e arbitrária do direito à vida.

*Ante as perguntas de alguns juízes da Corte, a Comissão Interamericana manifestou que:*

se não for observada a garantia contida no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, existe a presunção *iusuris tantum* de que o detido ou condenado não desfrutou das garantias correspondentes, o que gera uma inversão do ônus da prova, que passa então ao Estado receptor.

\*\*\*

28. A Corte resume a seguir as observações escritas adicionais e finais dos Estados participantes neste procedimento, assim como as da Comissão Interamericana:<sup>10</sup>

*Estados Unidos Mexicanos*

*Em sua “[e]xplicação das perguntas propostas na [consulta]”, o México manifestou:*

*a respeito da primeira pergunta, que:*

considerou imprescindível propor a primeira pergunta, “por se tratar da primeira ocasião em que se solicita o exercício da competência consultiva sobre um tratado adotado fora do [S]istema Interamericano”;

ainda que o objeto principal da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não seja a proteção dos direitos humanos, é claro que seu artigo 36 contém disposições aplicáveis à sua proteção nos territórios dos Estados Partes, porque reconhece direitos ao indivíduo interessado, e

existem outros tratados multilaterais que contêm disposições sobre a liberdade de comunicação com os consulados e o oportuno aviso aos interessados sobre esta liberdade e a leitura do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares “no contexto destes outros instrumentos, sugere que atualmente a comunidade internacional reconhece a liberdade de comunicação e o aviso consular como direitos humanos”;

*a respeito da segunda pergunta, que:*

a importância prática desta pergunta se deriva de que alguns tribunais nacionais consideram que a Convenção de Viena sobre Relações Consulares consagra exclusivamente direitos e deveres dos Estados;

*a respeito da terceira pergunta, que:*

não existe uma interpretação uniforme da expressão “sem tardar”, contida no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e isto motiva a apresentação da pergunta;

*a respeito da quinta<sup>11</sup> pergunta, que:*

é evidente que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é um

10. O texto completo dos escritos de observações finais, apresentados pelos Estados, órgãos, instituições e indivíduos participantes no procedimento será publicado oportunamente. O idioma dos escritos foi o espanhol, a menos que se indique outra coisa nos resumos preparados pela Corte.

11. No escrito de “[e]xplicação das perguntas propostas na solicitação consultiva OC-16”, apresentado pelo Estado requerente, também se incluiu uma seção referente à quarta pergunta da consulta. Entretanto, o texto desta seção foi lido pelo representante desse Estado durante a audiência pública celebrada pela Corte e seu conteúdo se encontra resumido na seção correspondente (par. 27 *supra*).

tratado com respeito ao qual a Corte pode exercer sua função consultiva; em razão dos casos concretos enumerados na consulta, esta interpretação não seria um “mero exercício teórico”;

*a respeito da sexta pergunta, que:*

esta tem o propósito de determinar se o aviso previsto no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares forma parte das garantias mínimas do devido processo reconhecidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e, particularmente, determinar se as Salvaguardas que garantem proteção aos direitos das pessoas condenadas à pena de morte “representam uma ferramenta hermenêutica que deve ser levada em consideração para a interpretação do artigo 14 do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos]”, e

*a respeito da sétima pergunta, que:*

nesta pergunta se propõe a questão se o artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos exige o cumprimento do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares com o fim de assegurar um julgamento justo quando o acusado é estrangeiro;

a omissão do aviso requerido pelo artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares priva o acusado estrangeiro da assistência consular, que constitui o “meio mais acessível e idôneo para coletar as provas de defesa ou de outra natureza que se encontrem no Estado de sua nacionalidade”;

*a respeito da oitava pergunta, que:*

no marco do julgamento de um estrangeiro, os padrões de direitos humanos não podem se dissociar do estrito cumprimento do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

*a respeito da nona pergunta, que:*

esta se relaciona com a reafirmação da obrigação dos Estados federais de garantir em todo seu território as garantias mínimas que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos consagra em matéria de devido processo e da importância de cumprir as disposições do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares;

*a respeito da décima primeira<sup>12</sup> pergunta, que:*

é evidente que quando o Estado receptor descumpra seu dever de notificar imediatamente o estrangeiro detido sobre os direitos que lhe confere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, violam-se as garantias de igualdade consagradas na Carta da OEA;

*a respeito da décima segunda pergunta, que:*

seu propósito é coadjuvar a tutela dos direitos humanos dos estrangeiros processados e facilitar à Comissão Interamericana o cumprimento efetivo de seu mandato.

*Estados Unidos da América*

*Em seu escrito de 18 de maio de 1999,<sup>13</sup> os Estados Unidos da América informaram à Corte que:*

o Paraguai desistiu da ação iniciada contra si perante a Corte Internacional de Justiça e esta retirou o caso de seus assuntos pendentes em 10 de novembro de 1998, e

12. No escrito de “[e]xplicação das perguntas propostas na solicitação consultiva OC-16”, apresentado pelo México, também incluiu uma seção referente à décima pergunta formulada à Corte. Entretanto, nesta seção o Estado requerente se referiu ao texto explicativo da quarta pergunta que, como se afirmou (nota de rodapé da página 11, *supra*), foi lido pelo representante durante a audiência pública celebrada pela Corte e se encontra resumido na seção correspondente (par. 27 *supra*).

13. O texto das observações finais dos Estados Unidos da América foi apresentado em inglês. O texto original será publicado oportunamente na série “B” de publicações da Corte.

um caso similar, apresentado pela Alemanha, encontra-se pendente perante a Corte Internacional de Justiça;

*e reiteraram que:*

conforme o seu ponto de vista, a Corte não deve emitir uma interpretação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que é um tratado com vocação universal relativo às relações consulares entre Estados e que não cria direitos humanos, e

em todo caso, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não provê fundamento para o tipo de reparações sugeridas por outros participantes neste procedimento consultivo.

*Comissão Interamericana*

*Em seu escrito de observações finais de 17 de maio de 1999, a Comissão Interamericana manifestou que:*

ao estabelecer as regras que permitem o acesso consular para proteger os direitos do detido na etapa em que estes são mais vulneráveis, o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares contém normas relacionadas à proteção dos direitos humanos, no sentido que o artigo 64.1 da Convenção Americana dá a esta expressão e provê uma base sólida para emitir um Parecer Consultivo;

ainda quando o preâmbulo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares indica que seu propósito não é beneficiar os indivíduos, também é evidente que a proteção dos direitos individuais constitui o propósito principal da função consular, como decorre da leitura do artigo 5 da Convenção citada;

o direito de acesso estabelecido no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não está subordinado aos protestos do Estado que envia e está estreitamente relacionado ao direito ao devido processo estabelecido nos instrumentos internacionais de direitos humanos;

a expressão “sem tardar” incluída no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares implica que o aviso sobre o direito à notificação consular deve dar-se ao detido “tão logo quanto seja possível”;

a violação das obrigações incluídas no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares tem como consequência necessária a responsabilidade internacional do Estado infrator;

se for estabelecido um balanço entre os interesses em jogo perante o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o parâmetro com o qual caberia medir as consequências da violação do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares deve iniciar-se com uma presunção de prejuízo de atribuir ao Estado envolvido o ônus da prova de que, apesar da omissão de aviso, todas as garantias processuais foram respeitadas;

a violação do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não deve ser considerada, *per se*, como uma violação do devido processo, mas que dá origem a uma presunção de prejuízo, que poderia ser desvirtuada se for demonstrado que se respeitaram todas as garantias processuais aplicáveis;

os exemplos apresentados pelos participantes neste procedimento forneceram uma base convincente para considerar que a proteção consular pode oferecer uma garantia importante para o respeito do devido processo consagrado nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos;

existe fundamento para considerar que o detido estrangeiro está em posição de desvantagem em comparação ao nacional, mesmo quando haja a possibilidade de existirem exceções a esta regra;

quando a violação do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares ocorre no contexto de um caso que se sanciona com a morte, deve-se assegurar o cumprimento rigoroso de todas as garantias judiciais, e

tanto no plano nacional como no internacional, o propósito da reparação é prover um recurso efetivo, o qual, no marco do Sistema Interamericano poderia incluir medidas como a comutação da pena, a liberação, a concessão de um recurso adicional de apelação e a indenização, ou ainda, quando a vítima foi executada, a indenização a seus familiares.

#### IV Competência

29. O México, Estado Membro da OEA, submeteu à Corte o pedido de Parecer Consultivo de acordo com o estabelecido no artigo 64.1 da Convenção, a saber:

[o]s Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

Esta disposição é complementada com os seguintes requisitos regulamentares: a precisa formulação das perguntas sobre as quais se pretende obter a opinião da Corte, a indicação das disposições cuja interpretação é solicitada e do nome e endereço do Agente, e a apresentação das considerações que dão origem à consulta (artigo 59 do Regulamento). Caso a consulta verse sobre “outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”, o requerente deverá identificar o tratado respectivo e suas respectivas partes (artigo 60.1).

30. A consulta submetida à consideração da Corte contém 12 perguntas específicas sobre as quais se pretende seu parecer e indica, ademais, as disposições e tratados cuja interpretação se solicita, as considerações que dão origem à consulta e o nome e endereço de seu Agente, com o que foi dado cumprimento aos respectivos requisitos regulamentares.
31. O cumprimento dos requisitos examinados não significa necessariamente que o Tribunal esteja obrigado a responder a consulta. Ao decidir se aceita ou não um pedido de Parecer Consultivo, a Corte deve ter presente considerações que ultrapassam os aspectos meramente formais<sup>14</sup> e que se refletem nos limites genéricos que o Tribunal reconheceu ao exercício de sua função consultiva.<sup>15</sup> Estas considerações serão tratadas pelo Tribunal nos parágrafos seguintes.
32. Quanto à sua competência *ratione materiae* para responder à presente solicitação de Parecer Consultivo, esta Corte deve, em primeiro lugar, decidir se está investida de faculdades para interpretar, por via consultiva, tratados internacionais distintos à Convenção Americana.<sup>16</sup>
33. Nesse sentido, a Corte adverte que foram apresentadas ante si doze perguntas que envolvem seis instrumentos internacionais distintos, e que o México dividiu sua solicitação em três seções, as quais são descritas a seguir:
- a. as perguntas primeira a quarta integram o grupo inicial. Na primeira delas, se solicita que a Corte interprete se, de acordo com o artigo 64.1 da Convenção Americana, o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares contém “disposições relacionadas à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”, e nas três perguntas restantes se solicita uma interpretação da Convenção de Viena;
  - b. as perguntas quinta a décima integram o grupo intermediário, que começa com a consulta sobre se, no marco do artigo 64.1 da Convenção Americana, os artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos contém “disposições relacionadas à proteção dos direitos humanos

14. *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. Série A Nº 15; par. 31.

15. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 13.

16. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 19.

nos Estados americanos”. As quatro perguntas restantes têm por objeto a interpretação dos artigos citados, sua relação com as Salvaguardas que garantem proteção aos direitos das pessoas condenadas à pena de morte e com a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, e

- c. as perguntas décima primeira e décima segunda integram o último grupo, e se referem à interpretação da Declaração Americana e da Carta da OEA e sua relação com o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

34. Através das perguntas que iniciam cada um dos dois primeiros grupos descritos, o Estado requerente pretende uma interpretação dos alcances do artigo 64.1 da Convenção com respeito a outros instrumentos internacionais. “Dado que o artigo 64.1 autoriza a Corte a emitir pareceres consultivos ‘sobre a interpretação d[a] Convenção’”<sup>17</sup> ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, uma consulta que se formule a esse respeito se encontra dentro do âmbito da competência *ratione materiae* da Corte.

35. Em consequência, a Corte é competente para se pronunciar sobre a primeira e quinta interrogantes propostas pelo Estado requerente e, uma vez resolvidas estas, para responder às perguntas segunda à quarta e sexta à décima.

36. Em seu décimo Parecer Consultivo, que tratou sobre suas atribuições para interpretar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, este Tribunal determinou que

O artigo 64.1 da Convenção Americana [a] autoriza [...] para, a pedido de um Estado Membro da OEA ou, no que lhes compete, de um dos órgãos da mesma, emitir pareceres consultivos sobre a interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no marco e dentro dos limites de sua competência em relação à Carta e à Convenção ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.<sup>18</sup>

Naquela oportunidade, a Corte considerou que “não se pode interpretar e aplicar a Carta da [OEA] em matéria de direitos humanos, sem integrar suas normas pertinentes com as correspondentes disposições da Declaração [Americana]”.<sup>19</sup>

37. A Corte considera, portanto, que é igualmente competente para se pronunciar sobre as perguntas décima primeira e décima segunda, que integram o terceiro grupo de interrogantes apresentadas pelo México em sua consulta.

38. A Corte toma nota dos seguintes pressupostos fáticos apresentados pelo Estado requerente:

- a. tanto o Estado que envia como o Estado receptor são Partes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares;
- b. tanto o Estado que envia como o Estado receptor são Membros da OEA;
- c. tanto o Estado que envia como o Estado receptor assinaram a Declaração Americana;
- d. o Estado receptor ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e
- e. o Estado receptor não ratificou a Convenção Americana.

39. Quanto ao último pressuposto citado, a Corte considera que não possui alcance prático algum, porquanto se tenha ou não ratificado a Convenção Americana os Estados Partes da Convenção de Viena sobre Relações Consulares são obrigados por esta.

40. Se a Corte circunscrever seu pronunciamento a aqueles Estados que não ratificaram a Convenção Americana, seria difícil desvincular o presente Parecer Consultivo de um pronunciamento específico sobre o sistema judicial e a legislação destes Estados. Esta circunstância, a juízo da Corte, transcenderia o objeto do procedimento consultivo, que:

está destinado [...] a facilitar aos Estados Membros e aos órgãos da OEA a obtenção de uma interpretação judicial sobre uma disposição da Convenção ou de outros tratados relacionados à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.<sup>20</sup>

17. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A N° 10; par. 24.

18. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A N° 10; Opinião, ponto único e par. 44.

19. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A N° 10; par. 43.

20. *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A N° 3; par. 22.

41. Ademais, se a Corte limitasse o alcance de sua opinião aos Estados Membros da OEA que não são Partes da Convenção Americana, prestaria seus serviços consultivos a um número muito reduzido de Estados americanos, o que não estaria conforme ao interesse geral que reveste a consulta (62 *infra*).
42. Por estas razões a Corte determina, em exercício de suas faculdades inerentes para “precisar ou esclarecer e, em certas hipóteses, reformular, as perguntas que lhe são propostas”,<sup>21</sup> que o presente Parecer Consultivo terá como pressupostos fáticos que tanto o Estado que envia como o Estado receptor são Membros da OEA, assinaram a Declaração Americana, ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e são Partes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares, independentemente de terem ou não ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.
43. De acordo com sua prática, a Corte deve examinar se a emissão do parecer poderia “conduzir a alterar ou a debilitar, em prejuízo do ser humano, o regime previsto pela Convenção”.<sup>22</sup>
44. Em sua jurisprudência constante, a Corte estabeleceu que

é, *antes de tudo e principalmente*, uma instituição judicial autônoma que tem competência para decidir qualquer caso contencioso relativo à interpretação e aplicação da Convenção e para dispor que se garanta à vítima da violação de um direito ou liberdade protegidos por esta, o gozo do direito ou liberdade violados (artigos 62 e 63 da Convenção e artigo 1 do Estatuto da Corte). Em virtude do caráter obrigatório de suas decisões em matéria contenciosa (artigo 68), a Corte representa, ademais, o órgão com maior poder obrigatório para garantir a efetiva aplicação da Convenção.<sup>23</sup>

Por esta razão, ao determinar se deve ou não responder a um pedido de Parecer Consultivo, a Corte deve ser particularmente cuidadosa ao considerar se este parecer poderia “debilitar [sua função] contenciosa ou, pior ainda, [...] servir para desvirtuar os fins desta ou para alterar, em prejuízo da vítima, o funcionamento do sistema de proteção previsto pela Convenção”.<sup>24</sup>

45. Vários são os parâmetros que podem ser utilizados pelo Tribunal ao fazer este exame. Um deles, coincidente com grande parte da jurisprudência internacional nesta matéria,<sup>25</sup> refere-se à inconveniência de que, por via de uma solicitação consultiva, um Estado Membro obtenha prematuramente um pronunciamento que poderia eventualmente ser submetido à Corte no marco de um caso contencioso.<sup>26</sup> Entretanto, esta Corte advertiu que a existência de uma controvérsia sobre a interpretação de uma disposição não constitui, *per se*, um impedimento para o exercício da função consultiva.<sup>27</sup>

21. *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta* (arts. 14.1, 1.1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Série A Nº 7; par. 12.

22. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; Segundo Parecer.

23. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 22 (sem ênfase no original). *Cf. O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (arts. 74 e 75). Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 2; *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3; *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4; *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas* (arts. 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A Nº 5; *A expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6; *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta* (arts. 14.1, 1.1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Série A Nº 7; *O Habeas Corpus sob suspensão de garantias* (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A Nº 8; *Garantias judiciais em estados de emergência* (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9; *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A Nº 10; *Exceções ao esgotamento dos recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a e 46.2.b Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-11/90. Série A Nº 11; *Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-12/91 de 6 de dezembro de 1991. Série A Nº 12; *Responsabilidade internacional por aprovação e aplicação de leis violatórias à Convenção* (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. Série A Nº 14; *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. Série A Nº 15.

24. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 24.

25. *Cf. I.C.J.: Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971; *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975; *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989.

26. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas* (arts. 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A Nº 5; par. 22. *Cf. Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. Série A Nº 15; par. 31.

27. *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3; par. 38. *Cf. Exceções ao esgotamento dos recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a e 46.2.b da Convenção

46. A Corte observa que, sob a seção de “[c]onsiderações que originam a consulta”, o México mencionou que havia realizado gestões a favor de alguns de seus nacionais, que não teriam sido informados “sem demora, nem posteriormente, pelo Estado receptor de seu direito a comunicar-se com as autoridades consulares mexicanas” e teriam sido condenados à morte.<sup>28</sup> Ademais, “[como] exemplo”, o Estado requerente descreveu os casos de seis destas pessoas e fez referência específica à prática e à legislação dos Estados Unidos da América, Estado Membro da OEA.<sup>29</sup> Esta tendência foi também percebida nas apresentações escritas e orais de outros Estados Membros<sup>30</sup> e de *amici curiae*,<sup>31</sup> alguns dos quais inclusive apresentaram junto com suas observações documentos probatórios sobre o mérito dos argumentos relacionados aos casos descritos nestas apresentações.<sup>32</sup> Por estas razões, na opinião de um Estado que compareceu perante a Corte,<sup>33</sup> a consulta poderia ser considerada como um caso contencioso encoberto, pois suas interrogantes não se referem exclusivamente a questões de direito ou à interpretação de tratados e dependem, para sua resposta, de determinação de fatos em casos específicos.

47. A Corte considera que não deve se pronunciar sobre a apresentação de supostas acusações ou provas contra um Estado, porque no caso de fazê-lo, estaria em contradição com a natureza de sua função consultiva e impediria ao Estado respectivo a oportunidade de defesa no marco do procedimento contencioso.<sup>34</sup> Isso constitui uma das grandes diferenças entre as funções contenciosa e consultiva. No exercício da primeira,

a Corte deve não apenas interpretar as normas aplicáveis, estabelecer a veracidade dos fatos denunciados e decidir se os mesmos podem ser considerados como uma violação da Convenção imputável a um Estado Parte, mas também, se for o caso, dispor “que se garanta ao lesado o gozo de seu direito ou liberdade violados” (artigo 63.1 da Convenção), no entendimento de que os Estados Partes neste processo estão sujeitos a cumprir obrigatoriamente a decisão da Corte (artigo 68.1 da Convenção).<sup>35</sup>

Ao contrário, no exercício de sua função consultiva, a Corte não está chamada a resolver questões de fato, mas a elucidar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos.<sup>36</sup> Neste âmbito, o Tribunal cumpre sua função consultiva.<sup>37</sup>

48. Sobre a diferença entre suas competências consultiva e contenciosa, a Corte esclareceu recentemente que:

25. [a] competência consultiva da Corte difere de sua competência contenciosa no sentido de que não existem “partes” envolvidas no procedimento consultivo e não existe tampouco um litígio a resolver. O único propósito da função consultiva é “a interpretação desta Convenção ou de outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”. O fato de que a competência consultiva da Corte possa ser promovida por todos os Estados Membros da OEA e por seus órgãos principais, estabelece outra distinção entre as competências consultiva e contenciosa da Corte.

Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-11/90. Série A Nº 11; par. 3; *Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-12/91 de 6 de dezembro de 1991. Série A Nº 12; par. 28.

28. Ver também a Transcrição da audiência pública: apresentação inicial do México, pág. 18.

29. *Pedido*, págs. 1 a 2, 6 a 7, 9 a 11. Ver também Escrito de considerações adicionais do México, págs. 1 a 5 e anexos; Segundo Escrito de considerações adicionais do México, (par. 28 *supra*), documento “Comissão Geral de Reclamações México-Estados Unidos, Caso Faulkner, Opinião e Decisão de 2 de novembro de 1926” e documento “Informação adicional sobre os serviços de proteção consular a nacionais mexicanos no exterior”; Escrito de “[e]xplicação das perguntas propostas na solicitação consultiva OC-16”, apresentado pelo México, págs. 3, 8, 10 e 11; e Transcrição da audiência pública: apresentação inicial de México, pág. 15.

30. Relatório apresentado pela República Dominicana, pág. 4; Escritos de observações apresentados por Honduras, pág. 2; Paraguai, pág. 2 a 3; Costa Rica, pág. 4 e Estados Unidos da América, pág. 12 (texto e nota 7), 22 a 25 (texto e nota 13), 29 a 38 e 41 a 46. Ver, também: Transcrição da audiência pública, Comparecimento de Honduras, pág. 54; Comparecimento do Paraguai, págs. 57 a 60; Comparecimento da República Dominicana, pág. 63; Comparecimento dos Estados Unidos da América, pág. 69.

31. *Cf.* Escritos de observações apresentados pelos senhores Jean Terranova, Esq., *in extenso*; S. Adele Shank e John Quigley, *in extenso*; Robert L. Steele, *in extenso*; *Death Penalty Focus* de California, págs. 2 a 12; José Trinidad Loza, *in extenso*; *International Human Rights Law Institute de DePaul University College of Law e MacArthur Justice Center de University of Chicago Law School*, págs. 28 a 46; *Minnesota Advocates for Human Rights* e Sandra Babcock, págs. 3, 6 a 8 e 21 a 23; Mark J. Kadish, págs. 4 a 6, 19 a 33, 52 a 56 e 69 a 70; Bonnie Lee Goldstein e William H. Wright, págs. 2 a 28; Jimmy V. Delgado, *in extenso*. Ver, também, Escrito de observações finais de *International Human Rights Law Institute de DePaul University College of Law e MacArthur Justice Center de University of Chicago Law School*, págs. 1 a 2 e anexos I, II, e III e o senhor José Trinidad Loza, págs. 1, 3, 5 e 6.

32. Escrito apresentado pela senhora Jean Terranova, anexos 1 a 12; escrito apresentado pelo senhor Robert L. Steele.

33. *Cf.* Escrito e comparecimento dos Estados Unidos da América perante a Corte.

34. *Responsabilidade internacional por aprovação e aplicação de leis violatórias à Convenção* (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. Série A Nº 14; par. 28.

35. *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3; par. 32.

36. *Responsabilidade internacional por aprovação e aplicação de leis violatórias à Convenção* (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. Série A Nº 14; par. 23.

37. *Cf.* “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 51. *Cf.* *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3; par. 32; e I.C.J., *Interpretation of Peace Treaties*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pág. 65.

26. Consequentemente, a Corte adverte que o exercício da função consultiva que lhe confere a Convenção Americana é de caráter multilateral e não litigioso, o que está fielmente refletido no Regulamento da Corte, cujo artigo 62.1 estabelece que um pedido de Parecer Consultivo será notificado a todos os “Estados Membros”, os quais podem apresentar suas observações sobre a solicitação e participar nas audiências públicas a respeito da mesma. Ademais, ainda que o Parecer Consultivo da Corte não possua o caráter vinculante de uma sentença em um caso contencioso, tem, por outro lado, efeitos jurídicos inegáveis. Desta maneira, é evidente que o Estado ou órgão que solicita à Corte um Parecer Consultivo não é o único titular de um interesse legítimo no resultado do procedimento.<sup>38</sup>

49. A Corte considera que a indicação de alguns exemplos serve o propósito de referir-se a um contexto particular<sup>39</sup> e ilustrar distintas interpretações que podem existir sobre a questão jurídica que é objeto do presente Parecer Consultivo,<sup>40</sup> sem que seja por isso necessário que o Tribunal emita um pronunciamento sobre estes exemplos.<sup>41</sup> Além disso, estes últimos permitem ao Tribunal indicar que seu Parecer Consultivo não constitui uma mera especulação acadêmica e que o interesse no mesmo se justifica pelo benefício que possa trazer à proteção internacional dos direitos humanos.<sup>42</sup>
50. Portanto, a Corte, sem se pronunciar sobre nenhum caso contencioso mencionado no curso do presente procedimento consultivo,<sup>43</sup> considera que deve dar consideração ao assunto objeto do presente pedido de Parecer Consultivo.

\*\*\*

51. A Comissão Interamericana informou ao Tribunal que tramita ante si uma denúncia que envolve o suposto descumprimento do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.<sup>44</sup>
52. Entretanto, a Corte considera que a presente consulta e o caso *Santana* são dois procedimentos inteiramente distintos. A interpretação que a Corte vier a dar sobre o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não poderia considerar-se como um pronunciamento sobre os fatos da denúncia pendente perante a Comissão Interamericana. A Corte não encontra, pois, razões para supor que a emissão do presente Parecer Consultivo poderia afetar os interesses do petionário no caso *Santana*.
53. Por último, a Corte deve considerar as circunstâncias do presente procedimento e determinar se, além das razões já examinadas, existiriam razões “análoga[s]”<sup>45</sup> que a levariam a não resolver a consulta.
54. A Corte tem presentes os casos contenciosos perante a Corte Internacional de Justiça sobre a suposta violação por parte de um Estado (Membro da OEA) do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Casos *Breard e La Grand*).
55. Durante as primeiras etapas do presente procedimento consultivo, os Estados Unidos da América e o Paraguai informaram a esta Corte que este último havia iniciado um processo contra os Estados Unidos da América perante a Corte Internacional de Justiça relativo ao caso *Breard*. Os Estados Unidos da América argumentaram, em razão da existência deste processo, que esta Corte deveria evitar pronunciar-se sobre a consulta, por razões de “prudência, [...] ou] de cortesia internacional”.<sup>46</sup>

38. *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, Parecer Consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. Série A Nº 15; pars. 25 e 26.

39. *Garantias judiciais em estados de emergência* (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9; par. 16.

40. *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3; pars. 44 *in fine* e 45.

41. *Responsabilidade internacional por aprovação e aplicação de leis violatórias à Convenção* (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. Série A Nº 14; par. 27.

42. *Garantias judiciais em estados de emergência* (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9; par. 16.

43. *Cf.* notas de rodapé 29 a 32.

44. Escrito de observações apresentado pela Comissão Interamericana, pág. 5. Apesar da Comissão ter mencionado também a existência do caso *Castillo Petruzzi e outros* perante a Corte, como um caso que envolva o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, já em sua sentença de Exceções Preliminares sobre esse caso a Corte se declarou incompetente para decidir sobre essa matéria, em razão de que as conclusões da Comissão sobre a mesma não haviam sido incluídas em seu relatório 17/97 (*Cf. Caso Castillo Petruzzi e outros, Exceções Preliminares*, Sentença de 4 de setembro de 1998. Série C Nº 41; par. 68 e 69, e ponto resolutivo segundo).

45. *“Outros tratados” objeto da função consultiva da Corte* (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; Parecer, ponto segundo.

46. Escrito de observações dos Estados Unidos da América; pág. 4 (inglês), pág. 5 (espanhol).

56. O Paraguai decidiu posteriormente desistir da referida demanda perante a Corte Internacional de Justiça. Entretanto, em seu escrito de observações finais no presente procedimento consultivo, os Estados Unidos da América informaram que haviam sido demandados pela Alemanha, também perante a Corte Internacional de Justiça, em um caso relacionado com a mesma matéria do caso *Breard*. Este segundo caso (caso *La Grand*) foi iniciado perante a Corte Internacional de Justiça em 2 de março de 1999,<sup>47</sup> isto é, mais de um ano depois que o México apresentou a presente consulta a esta Corte, e oito meses depois de que a mesma concluiu a fase oral do presente procedimento.
57. Ainda assim, a Corte considera que cabe considerar se, de acordo com a normativa da Convenção Americana, a circunstância de um caso contencioso estar pendente perante outro tribunal internacional pode ter efeitos sobre a emissão, ou não, de um Parecer Consultivo.
58. O artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe que os termos do tratado devem interpretar-se de boa-fé, conforme o sentido corrente que se deve atribuir a estes em seu contexto e tendo em conta seu objeto e fim. A proteção efetiva dos direitos humanos constitui o objeto e fim da Convenção Americana, de modo que ao interpretá-la a Corte deverá fazê-lo no sentido de que o regime de proteção de direitos humanos mantenha todos os seus efeitos próprios (*effet utile*).<sup>48</sup>
59. Esta Corte já indicou que a finalidade de sua função consultiva é:
- colaborar para o cumprimento das obrigações internacionais dos Estados americanos no que concerne à proteção dos direitos humanos, assim como para o cumprimento das funções neste âmbito que são atribuídas aos distintos órgãos da OEA.<sup>49</sup>
60. A Corte esclareceu o sentido de sua função consultiva em termos gerais para evitar que se debilite sua função contenciosa em prejuízo dos direitos das vítimas de eventuais violações de direitos humanos.<sup>50</sup>
61. Entretanto, o exercício da função consultiva desta Corte não pode estar limitado pelos casos contenciosos interpostos perante a Corte Internacional de Justiça. Cabe recordar que esta Corte é, de acordo com seu Estatuto, uma “instituição judicial autônoma”.<sup>51</sup> Sobre este assunto, a Corte já manifestou que
- [e]m todo sistema jurídico é um fenômeno normal que distintos tribunais que não possuem entre si uma relação hierárquica possam conhecer e, em consequência, interpretar, o mesmo corpo normativo, de maneira que não deve ser estranho que, em certas ocasiões, resultem em conclusões contraditórias ou, pelo menos, diferentes sobre a mesma regra de direito. No Direito Internacional, por exemplo, a competência consultiva da Corte Internacional de Justiça se estende a qualquer questão jurídica, de modo que o Conselho de Segurança ou a Assembleia Geral poderiam, hipoteticamente, submeter ao seu conhecimento uma consulta sobre um tratado que, sem qualquer dúvida, poderia também ser interpretado por esta Corte em aplicação do artigo 64. Por conseguinte, a interpretação restritiva desta última disposição não teria sequer a virtualidade de eliminar possíveis contradições do gênero comentado.<sup>52</sup>
62. A consulta do México faz referência a uma situação relacionada com “a proteção dos direitos humanos nos Estados [a]mericanos”, a respeito da qual existe um interesse geral de que a Corte se pronuncie, como demonstra

47. I.C.J.; *La Grand Case* (Germany v. United States of America), *Application instituting proceedings, filed in the Registry of the International Court of Justice on 2 March 1999*, pág. 1.

48. Cf. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; pars. 43 e ss.; *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (arts. 74 e 75). Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 2; pars. 19 e ss.; *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3; pars. 47 e ss.; *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4; pars. 20 e ss.; *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas* (arts. 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A Nº 5; pars. 29 e ss.; *A expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6; pars. 13 e ss.; e, entre outros, *Caso Velásquez Rodríguez, Exceções Preliminares*, Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1; par. 30; *Caso Fairen Garbi e Solís Corrales, Exceções Preliminares*, Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 2; par. 35; *Caso Godínez Cruz, Exceções Preliminares*, Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 3; par. 33; *Caso Paniagua Morales e outros, Exceções Preliminares*, Sentença de 25 de janeiro de 1996. Série C Nº 23; par. 40.

49. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 25.

50. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 24.

51. Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominado “Estatuto”). Aprovado mediante Resolução nº 448 adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em seu nono período de sessões, celebrado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979; artigo 1.

52. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 50.

a participação sem precedentes neste procedimento de oito Estados Membros, da Comissão Interamericana e de 22 instituições e indivíduos em qualidade de *amici curiae*.

63. Ademais, os interesses legítimos de todo Estado Membro na emissão de um Parecer Consultivo se encontram protegidos pela oportunidade concedida de participar plenamente no procedimento consultivo e de comunicar ao Tribunal seus pontos de vista sobre as normas legais que serão interpretadas,<sup>53</sup> como ocorreu no presente procedimento consultivo.
64. Ao afirmar sua competência sobre este assunto, o Tribunal recorda o amplo alcance<sup>54</sup> de sua função consultiva, única no Direito Internacional contemporâneo,<sup>55</sup> a qual constitui “um serviço que a Corte está em capacidade de prestar a todos os integrantes do Sistema Interamericano com o propósito de colaborar para o cumprimento de seus compromissos internacionais” sobre direitos humanos<sup>56</sup> e de:
- ajudar os Estados e órgãos a cumprir e a aplicar tratados em matéria de direitos humanos, sem submetê-los ao formalismo e ao sistema de sanções que caracteriza o processo contencioso.<sup>57</sup>
65. A Corte conclui que a interpretação da Convenção Americana e de quaisquer “outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos” orienta todos os Estados Membros da OEA, assim como os órgãos principais do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, sobre questões jurídicas relevantes, tais como as propostas na presente consulta, que o Tribunal procederá a responder.

## V

### Estrutura do Parecer

66. De acordo com a faculdade, inerente a todo tribunal, de dar aos seus pronunciamentos a estrutura lógica que considere mais adequada aos interesses da justiça, a Corte considerará as interrogantes propostas na seguinte ordem:
- primeiro estudará os aspectos sobre a relação do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares com a proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, bem como algumas características do direito à informação sobre a assistência consular (primeira, segunda e terceira perguntas);
  - depois, expressará suas conclusões sobre a relação entre as normas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (quinta pergunta);
  - posteriormente, realizará o estudo das perguntas que tratam da relação entre o direito à informação sobre a assistência consular e as garantias do devido processo e o princípio de igualdade (sexta, sétima, oitava e décima primeira perguntas);
  - uma vez concluído o exame precedente, analisará as consequências da omissão do Estado receptor de fornecer ao detido estrangeiro a informação sobre a assistência consular (quarta, décima e décima segunda perguntas) e, por último,
  - resolverá a consulta sobre as obrigações dos Estados federais em relação ao direito à informação sobre a assistência consular (nona pergunta).
67. No que tange às respostas solicitadas, a Corte analisará cada conjunto de perguntas de acordo com seu conteúdo essencial e oferecerá a resposta conceitual que, a seu juízo, seja pertinente para estabelecer a opinião do Tribunal quanto ao conjunto, se isso for possível, ou quanto às perguntas individualmente consideradas, em cada caso.

53. *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3; par. 24.

54. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 37; *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4; par. 28.

55. *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3; par. 43.

56. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 39.

57. *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3; par. 43. Cf. *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. Série A Nº 15; par.22.

VI

**Os direitos à informação, à notificação e comunicação, e de assistência consular, e seu vínculo com a proteção dos direitos humanos nos Estados americanos**

(Primeira pergunta)

68. Na consulta, o México solicitou à Corte que interpretasse se:

[n]o marco do artigo 64.1 da Convenção Americana, [...] deve-se entender o artigo 36 da Convenção de Viena [sobre Relações Consulares], no sentido de conter disposições relacionadas à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos [...]

69. Como foi afirmado anteriormente (29 *supra*), a Corte tem competência para interpretar, além da Convenção Americana, “outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”.

70. Em seu décimo Parecer Consultivo, a Corte interpretou que a palavra “tratado”, tal como a emprega o artigo 64.1, refere-se “ao menos [a] um instrumento internacional governado pelas duas Convenções de Viena”: a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986.<sup>58</sup> Além disso, o Tribunal definiu que os tratados a que faz referência o artigo 64.1 são aqueles nos quais são Partes um ou mais Estados americanos, entendendo por estes a todos os Estados Membros da OEA.<sup>59</sup> Por último, a Corte reitera que os termos do artigo citado têm um forte caráter extensivo,<sup>60</sup> que também deve guiar sua interpretação.

71. A Convenção de Viena sobre Relações Consulares é um “acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional”, no sentido que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 dá a esta ampla expressão. Nela são Partes os Estados Membros da OEA com apenas duas exceções: Belize e St. Kitts e Nevis.

72. Para os fins deste Parecer a Corte deve determinar se este Tratado *se refere* à proteção dos direitos humanos nos 33 Estados americanos que são Partes nele, isto é, se diz respeito, afeta ou interessa a esta matéria. Ao realizar este estudo, o Tribunal reitera que a interpretação de toda norma deve ser feita de boa-fé, conforme o sentido corrente que se deve atribuir aos termos empregados pelo tratado em seu contexto e tendo em conta seu objeto e fim (artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados)<sup>61</sup> e que esta interpretação pode envolver o exame do tratado considerado em seu conjunto, caso seja necessário.

73. Em alguns escritos de observações apresentados perante a Corte se expressou que no Preâmbulo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares se indica que os Estados Parte estiveram conscientes, no processo de redação,

de que a finalidade dos privilégios e imunidades [consulares] não é beneficiar a particulares, mas garantir às repartições consulares o eficaz desempenho de suas funções em nome de seus Estados respectivos.<sup>62</sup>

Portanto, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não atenderia o objetivo de outorgar direitos aos indivíduos; os direitos de comunicação e notificação consular são “principalmente” direitos estatais.

74. A Corte examinou o processo de formulação do Preâmbulo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e constatou que os “particulares” a que faz referência são aqueles que exercem funções consulares, e que o propósito do esclarecimento citado foi fazer um registro do caráter funcional dos privilégios e imunidades outorgados a estes.

75. A Corte observa, por outro lado, que no *caso relativo ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos da América em Teerã*, os Estados Unidos da América relacionaram o artigo 36 da Convenção de Viena sobre

58. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A Nº 10; par. 33.

59. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (Art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 35.

60. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (Art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 17.

61. *Cf. A expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6; par. 13.*

62. Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Documento A/CONF.25/12; Quinto ponto do preâmbulo, em concordância com o quarto ponto do preâmbulo.

Relações Consulares com os direitos dos nacionais do Estado que envia.<sup>63</sup> Por sua vez, a Corte Internacional de Justiça fez referência à Declaração Universal na respectiva sentença.<sup>64</sup>

76. Por outro lado, o México não solicita ao Tribunal que interprete se o objeto principal da Convenção de Viena sobre Relações Consulares é a proteção dos direitos humanos, mas se uma norma desta Convenção *diz respeito* a esta proteção, ou adquire relevância à luz da jurisprudência consultiva deste Tribunal, que interpretou que um tratado pode *dizer respeito* à proteção dos direitos humanos, com independência de qual seja seu objeto principal.<sup>65</sup> Portanto, ainda quando são exatas algumas apreciações apresentadas ao Tribunal sobre o objeto principal da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, no sentido de que esta é um tratado destinado a “estabelecer um equilíbrio entre os Estados”, isto não obriga a descartar, de plano, que este Tratado possa *dizer respeito* à proteção dos direitos fundamentais da pessoa no continente americano.

77. A partir da coincidência da prática dos Estados em matéria de proteção diplomática se desenvolveram as discussões em torno à redação do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que dispõe:

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los;

[...]

78. No artigo citado se consagra o direito à livre comunicação, cujos titulares -como revela de forma unívoca o texto - são tanto o funcionário consular como os nacionais do Estado que envia, sem que se faça maiores precisões com respeito à situação destes nacionais. O direito dos detidos estrangeiros à comunicação com funcionários consulares do Estado que envia é concebido como um direito do detido nas mais recentes manifestações do direito penal internacional.<sup>66</sup>

79. Portanto, o funcionário consular e o nacional do Estado que envia têm o direito a comunicar-se entre si, em todo momento, com o propósito de que o primeiro possa exercer devidamente suas funções. De acordo com o artigo 5 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, estas funções consulares consistem, entre outras,<sup>67</sup> em:

a) proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo Direito Internacional;

[...]

e) prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, do Estado que envia;

[...]

i) representar os nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses destes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil;

[...]

80. Da leitura conjunta dos textos citados, decorre que a Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece, como uma função primordial do funcionário consular, prover *assistência* ao nacional do Estado que envia na defesa de seus direitos perante as autoridades do Estado receptor. Neste marco, a Corte considera que a norma que consagra a comunicação consular tem um duplo propósito: reconhecer o direito dos Estados de assistir os seus nacionais através das atuações do funcionário consular e, de forma paralela, reconhecer o direito correlativo do nacional do Estado que envia de ter acesso ao funcionário consular com o fim de buscar esta assistência.

81. Os incisos b) e c) do artigo 36.1 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares se referem à assistência

63. I.C.J. *Mémoires, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Teheran*; C.I.J. *Mémoires, plaidoiries et documents*; pág. 174.

64. *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt*, C.I.J. *Recueil 1980*, pág. 3 ad 42.

65. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A N° 1; Opinião, ponto primeiro.

66. *Rules Governing the detention of persons awaiting trial or appeal before the Tribunal or otherwise detained on the authority of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991; as amended on 17 November 1997*; IT/38/REV.7; regra 65.

67. Convenção de Viena sobre Relações Consulares, art. 5.

consular em uma situação particular: a privação de liberdade. A Corte considera que estes incisos requerem uma análise separada. O inciso b) dispõe que

se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo.

O texto citado consagra, entre outros, o direito do estrangeiro privado da liberdade a ser informado, “sem tardar”, de que tem:

- a) direito a solicitar e obter que as autoridades competentes do Estado receptor informem à repartição consular competente sobre sua prisão, detenção ou prisão preventiva, e
- b) direito a dirigir à repartição consular competente qualquer comunicação, para que esta lhe seja transmitida “sem tardar”.

82. Os direitos mencionados no parágrafo anterior, que foram reconhecidos pela comunidade internacional no conjunto de princípios para a proteção de todos os indivíduos em qualquer forma de detenção ou encarceramento,<sup>68</sup> têm a característica de que seu titular é o indivíduo. Com efeito, o preceito é inequívoco ao expressar que “reconhece” os direitos de informação e notificação consular à pessoa interessada. Aqui, o artigo 36 constitui uma notável exceção com respeito à natureza, essencialmente estatal, dos direitos e obrigações consagrados na Convenção de Viena sobre Relações Consulares e representa, nos termos em que o interpreta esta Corte no presente Parecer Consultivo, um notável avanço a respeito das concepções tradicionais do Direito Internacional sobre a matéria.

83. Os direitos reconhecidos ao indivíduo no inciso b) do artigo 36.1, já citado, se relacionam com o inciso seguinte, de acordo com o qual:

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com ele, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente [;]

Como decorre do texto, o exercício deste direito apenas está limitado pela vontade do indivíduo, que pode se opor “expressamente” a qualquer intervenção do funcionário consular em seu auxílio. Essa última circunstância reafirma a natureza individual dos referidos direitos reconhecidos no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

84. Portanto, a Corte conclui que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece direitos individuais ao detido estrangeiro, aos que correspondem os deveres correlativos a cargo do Estado receptor. Esta interpretação se confirma pela história legislativa do artigo citado. Desta decorre que, ainda quando em princípio alguns Estados consideraram que era inadequado incluir formulações a respeito dos direitos que diziam respeito a nacionais do Estado que envia,<sup>69</sup> ao final concluiu-se que não existia obstáculo algum para reconhecer direitos ao indivíduo neste instrumento.

85. Agora, é necessário examinar se as obrigações e direitos consagrados neste artigo 36 *dizem respeito* à proteção dos direitos humanos.<sup>70</sup>

86. Se o Estado que envia decide oferecer seu auxílio, em exercício dos direitos que lhe confere o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, poderá prestar assistência ao detido em diversos atos de defesa, como a designação ou contratação de representação legal, a obtenção de provas no país de origem, a verificação das condições em que se exerce a assistência jurídica e a observação da situação do processado enquanto se encontra na prisão.

68. Cf. *Conjunto de princípios para a proteção de todos os indivíduos em qualquer forma de detenção ou encarceramento*, adotado pela Assembleia Geral da ONU, Resolução 43/173, de 9 de dezembro de 1988, Princípio 16.2; Cf. *Rules Governing the detention of persons awaiting trial or appeal before the Tribunal or otherwise detained on the authority of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991; as amended on 17 November 1997*, IT/38/REV.7; regra 65; *Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que vivem*, adotada pela Assembleia Geral da ONU, Resolução 40/144, de 13 de dezembro de 1985, art. 10.

69. Esta objeção foi apresentada por Venezuela (*A/CONF.25/C.2/L.100 e A/CONF.25/16, Vol. I*; págs. 345 e 346, Kuwait (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 346), Nigéria (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 347) e Equador (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 347).

70. Cf., a respeito, “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*), Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1; par. 20.

87. Portanto, a comunicação consular a que se refere o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, efetivamente diz respeito à proteção dos direitos do nacional do Estado que envia e pode redundar em benefício daquele. Esta é a interpretação que se deve dar às funções de “proteção dos interesses” deste nacional e à possibilidade de que este receba “ajuda e assistência”, em particular, na organização de “sua defesa perante os tribunais”. A relação que existe entre os direitos conferidos pelo artigo 36 e os conceitos de “devido processo legal” ou de “garantias judiciais” será examinada em outra seção deste Parecer Consultivo (110 *infra*).

## VII

### A exigibilidade dos direitos reconhecidos no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares

(Segunda pergunta)

88. Em sua segunda pergunta, o México solicitou à Corte que interpretasse se,

[d]o ponto de vista do Direito Internacional, a exigibilidade dos direitos individuais que o citado artigo 36 confere aos estrangeiros, por parte dos interessados frente ao Estado receptor, está subordinada aos protestos do Estado de sua nacionalidade?

89. A juízo desta Corte, o cumprimento do dever estatal correspondente ao direito à comunicação consular (inciso a) do artigo 36.1) não está sujeito ao requisito de protesto prévio por parte Estado que envia. Isso decorre claramente do artigo 36.1.a), que dispõe que

[o]s nacionais do Estado que envia terão a [...] liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los[.]

O mesmo ocorre com o direito à informação sobre a assistência consular, que também está consagrado como um direito correspondente a um dever do Estado receptor, sem necessidade de requerimento algum para que esta obrigação adquira vigência ou relevância.

90. O direito à notificação consular está condicionado, unicamente, à vontade do indivíduo interessado.<sup>71</sup> A este respeito, é revelador que no projeto apresentado à Conferência das Nações Unidas sobre Relações Consulares, o cumprimento do dever de notificar o funcionário consular nos casos previstos pelo inciso b) do artigo 36.1 não dependia da vontade da pessoa privada de liberdade. Entretanto, alguns participantes na Conferência se opuseram a esta formulação baseados em motivos de ordem prática que impossibilitariam o cumprimento do dever mencionado,<sup>72</sup> e na necessidade de que o indivíduo decidisse livremente se desejava que o funcionário consular fosse notificado sobre a detenção e, se fosse o caso, autorizasse sua intervenção a seu favor. Como fundamento destas posições se argumentou, em resumo, que deveria ser respeitado o livre arbítrio da pessoa.<sup>73</sup> Nenhum dos Estados participantes se referiu à necessidade de que o Estado que envia satisfizesse algum requisito ou condição.

91. Por último, o inciso c) condiciona à vontade do indivíduo a intervenção do funcionário consular na “organiza[ção] de sua defesa” e nas visitas ao lugar em que se encontra detido. Tampouco se faz menção alguma neste inciso à necessidade de que existam protestos do Estado que envia.

92. Particularmente no que se refere aos incisos b) e c) do artigo 36.1, o cumprimento imediato dos deveres do Estado receptor responde ao próprio objeto da notificação consular. Com efeito, esta atende o propósito de

71. Esta posição se reflete claramente das emendas propostas na Segunda Comissão por Suíça (*A/CONF.25/C.2/L.78*), Estados Unidos da América (*A/CONF.25/C.2/L.3*), Japão (*A/CONF.25/C.2/L.56*), Austrália (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 345); Espanha (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 346). É particularmente interessante mencionar que, a este respeito, se fez expressa menção a que “[a] liberdade da pessoa humana e a manifestação da vontade são, efetivamente, os princípios fundamentais dos instrumentos preparados sob os auspícios das Nações Unidas. É indispensável que o texto da Convenção aluda a estes princípios”. *Cf. apresentação da Suíça (A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 349).

72. Apresentações de França (*A/CONF.25/16, Vol. I*; págs. 350 e 356); Itália (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 352); República da Coreia (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 353); República do Vietnã (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 353); Tailândia (*A/CONF.25/16, Vol. I*; págs. 354 e 357); Filipinas (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 37); Nova Zelândia (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 37); Emirados Árabes Unidos (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 38); Venezuela (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 38); Japão (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 39); Emirados Árabes Unidos em *representação da emenda conjunta à proposta dos 17 países (A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 86).

73. Proposta de emenda dos Estados Unidos da América (*A/CONF.25/C.2/L.3*) em *concordância com* apresentações de Austrália (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 345); (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 348), Países Baixos (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 346), Argentina (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 348) Reino Unido (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 348), Sri Lanka (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 348), Tailândia (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 349), Suíça (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 349), Espanha (*A/CONF.25/16, Vol. I*; págs. 349 e 358); Equador (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 358); República do Vietnã (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 38); França (*A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 39); Tunísia, em *representação da proposta conjunta dos 17 países (A/CONF.25/16, Vol. I*; pág. 85).

alertar ao Estado que envia sobre uma situação a respeito da qual, em princípio, este não possui conhecimento. Portanto, seria ilógico subordinar o exercício ou cumprimento destes direitos e deveres aos protestos de um Estado que ignora a situação em que se encontra seu nacional.

93. Em um dos escritos submetidos a este Tribunal se mencionou que, em certos casos, é difícil para o Estado receptor obter informação sobre a nacionalidade do detido.<sup>74</sup> Se não existe este conhecimento, o Estado receptor não saberá que o indivíduo é titular do direito à informação consagrado no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.
94. A esse respeito, a Corte considera que a identificação do acusado, requisito indispensável para a individualização penal, é um dever que recai no Estado que o mantém sob sua custódia. Esta identificação é essencial, por exemplo, para determinar a idade do sujeito privado de liberdade e assegurar um tratamento adequado de acordo com suas circunstâncias. No cumprimento do dever de identificar o detido o Estado utiliza os mecanismos que foram estabelecidos em seu direito interno com este propósito e que necessariamente incluem os registros de controle migratório, no caso de estrangeiros.
95. Não escapa à atenção desta Corte a possibilidade de que o próprio detido dificulte o conhecimento de sua condição de estrangeiro. Alguns detidos poderiam encobrir esta condição para evitar serem deportados. Nestes casos, os registros de controle migratório não serão úteis -ou suficientes- para que o Estado possa determinar a identidade do sujeito. Também surgem problemas quando o detido sente temor das ações de seu Estado de procedência e, portanto, busca obstaculizar a averiguação de sua nacionalidade. Em ambas as hipóteses, o Estado receptor pode enfrentar dificuldades, que não lhe são imputáveis, para cumprir os deveres que lhe impõe o artigo 36. A apreciação de cada caso, feita pelas autoridades nacionais ou internacionais competentes, permitirá estabelecer se o Estado receptor é ou não responsável por descumprir estes deveres.
96. O exposto no parágrafo anterior não desvirtua o princípio de que o Estado que realiza a detenção tem o dever de conhecer a identidade da pessoa que priva a liberdade. Isso lhe permitirá cumprir suas próprias obrigações e observar pontualmente os direitos do detido. Tomando em conta a dificuldade de estabelecer de imediato a nacionalidade do sujeito, a Corte considera pertinente que o Estado faça saber ao detido os direitos que possui no caso de ser estrangeiro, do mesmo modo em que se informa sobre os outros direitos reconhecidos a quem é privado de liberdade.
97. Por estas razões, a Corte considera que a observância dos direitos que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece ao indivíduo não está subordinada aos protestos do Estado que envia.

## VIII

### **A expressão “sem tardar”, contida no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares** (Terceira pergunta)

98. Na terceira pergunta da consulta, o México requereu à Corte que interprete se:

[t]omando em conta o objeto e fim do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena [sobre Relações Consulares], [...]deve-se interpretar a expressão “sem tardar” contida neste preceito, no sentido de requerer que as autoridades do Estado receptor informem a todo estrangeiro detido por delitos puníveis com a pena capital sobre os direitos que lhe confere o próprio artigo 36.1.b) no momento da prisão e, em todo caso, antes de que o detido preste qualquer declaração ou confissão perante as autoridades policiais ou judiciais [...]

99. A Corte adverte que nesta pergunta está expressamente envolvido, pela primeira vez, um elemento de fundamental importância para o presente Parecer Consultivo. Ainda quando se pergunta principalmente se a expressão “sem tardar” está relacionada a um estado processual determinado, pede-se que a interpretação seja feita no contexto dos casos em que a privação de liberdade se origina na persecução por um delito sancionável com pena capital.
100. O Estado requerente esclareceu que apesar de a consulta se limitar a casos puníveis com a pena de morte, isso não exclui a aplicação dos direitos enunciados no artigo 36 em outras circunstâncias. A Corte considera que esta apreciação é correta. O artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não estabelece

74. Escrito de observações dos Estados Unidos da América, pág. 13.

distinção alguma com base na gravidade da pena aplicável ao delito que origina a detenção. A esse respeito, é revelador que o artigo citado não exige que se informe o funcionário consular sobre as razões que determinaram a privação de liberdade. Ao acudir aos respectivos trabalhos preparatórios, este Tribunal constatou que isso é resultado da vontade expressa dos Estados Parte, alguns dos quais admitiram que revelar ao funcionário consular o motivo da detenção constituiria uma violação do direito fundamental à privacidade. O artigo 36.1.b) tampouco faz distinção alguma em razão da pena aplicável, de modo que é natural deduzir que este direito se atribui a qualquer detido estrangeiro.

101. Portanto, a resposta que a Corte oferece a esta parte da consulta é aplicável a todos os casos em que um nacional do Estado que envia é privado de liberdade por qualquer motivo e não unicamente por fatos que, ao serem qualificados pela autoridade competente, poderiam envolver a aplicação da pena de morte.
102. Tendo elucidado este aspecto da pergunta, a Corte determinará se o conceito “sem tardar”, contido no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, deve ser interpretado no sentido de requerer que as autoridades do Estado receptor informem a todo detido estrangeiro sobre os direitos que lhe confere este artigo “no momento da prisão e, em todo caso, antes de que o detido preste qualquer declaração ou confissão perante as autoridades policiais ou judiciais”.
103. Da história legislativa desse artigo decorre que a obrigação de informar “sem tardar” ao detido do Estado que envia sobre os direitos que lhe confere este preceito foi incluída a pedido do Reino Unido e com o voto afirmativo de uma grande maioria<sup>75</sup> dos Estados participantes na Conferência como uma medida que permite assegurar que o detido esteja consciente, oportunamente, sobre o direito que lhe assiste de pedir que se notifique o funcionário consular sobre sua detenção para os fins da assistência consular. É claro que estes são os efeitos próprios (*effet utile*) dos direitos reconhecidos pelo artigo 36.
104. Portanto, e em aplicação de um princípio geral de interpretação que a jurisprudência internacional reiterou de forma constante, a Corte interpretará o artigo 36 de forma tal que se obtenha este “efeito útil”.<sup>76</sup>
105. Ao tratar este tema, é pertinente recordar as conclusões da Corte com respeito à segunda pergunta da consulta (97 *supra*). Aquela declarou que o respeito dos direitos reconhecidos ao indivíduo no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não depende dos protestos do Estado de sua nacionalidade. Pesa então sobre o Estado que recebe o ônus de cumprir a obrigação de informar ao detido sobre seus direitos, de acordo com o afirmado no parágrafo 96.
106. Em consequência, para estabelecer o sentido que corresponde dar ao conceito “sem tardar”, deve-se considerar a finalidade da notificação que se faz ao acusado. É evidente que esta notificação atende o propósito de que aquele disponha de uma defesa eficaz. Para isso, a notificação deve ser oportuna, isto é, ocorrer no momento processual adequado para tal objetivo. Portanto, à falta de precisão no texto da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, a Corte interpreta que se deve fazer a notificação no momento de privar a liberdade do acusado e, em todo caso, antes de que este preste sua primeira declaração perante a autoridade.

## IX

### Normas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>77</sup>

#### (Quinta pergunta)

107. O México solicitou à Corte sua opinião sobre se, [n]o marco do artigo 64.1 da Convenção Americana, [...] deve-se entender os artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto no sentido de conter disposições relacionadas à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos [...]

75. Consta da respectiva votação que votaram a favor 65 Estados, 13 se abstiveram e 2 votaram contra (A/CONF.25/16, Vol. I; pág. 90). Posteriormente, a Checoslováquia, que se absteve de votar, manifestou que a emenda proposta pelo Reino Unido constitui uma “disposição totalmente aceitável” (A/CONF.25/16, Vol. I; pág. 90).

76. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 31.1. Cf. *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929*, Pág. C.I.J., Série A, nº 22; pág. 13 e *Caso Velásquez Rodríguez, Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1; par. 30.

77. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, AG Res. 2200a (XXI), 21 UN GA, pág. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS 171, entrada em vigor em 23 de março de 1976.

108. As normas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos citadas são as seguintes:

**Artigo 2**

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.
2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.
3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:
  - a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;
  - b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;
  - c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

**Artigo 6**

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.
2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.
3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.
4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos.
5. A pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.
6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente Pacto.

**Artigo 14**

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exigir procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.
2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.
3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:
  - a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

- b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
  - c) De ser julgado sem dilações indevidas;
  - d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;
  - e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento ao interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;
  - f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;
  - g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.
4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal em conta a idade dos menos e a importância de promover sua reintegração social.
  5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.
  6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente desse condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.
  7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país..

#### **Artigo 50**

Aplicar-se-ão as disposições do presente Pacto, sem qualquer limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos.

109. No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos são Partes os Membros da OEA com exceção de Antigua e Barbuda, Bahamas, Saint Kitts e Nevis e Santa Lúcia. No conceito deste Tribunal, todas as disposições citadas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos *dizem respeito* efetivamente à proteção dos direitos humanos nos *Estados americanos*.

## **X**

### **O direito à informação sobre a assistência consular e sua relação com as Garantias Mínimas do Devido Processo Legal**

*(Sexta, sétima, oitava e décima primeira perguntas)*

110. Em várias perguntas de seu pedido, o México propõe à Corte assuntos concretos referentes à natureza do vínculo que existe entre o direito à informação sobre a assistência consular e os direitos inerentes à pessoa reconhecidos no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Declaração Americana e, através desta última, na Carta da OEA. Estas perguntas são as seguintes:

*A respeito do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:*

[...]

6. No marco do artigo 14 do Pacto, deve-se entender que o próprio artigo 14 deve ser aplicado e interpretado à luz da expressão “todas as salvaguardas possíveis visando um julgamento justo”, contida no parágrafo 5 das Salvaguardas das Nações Unidas [que garantem proteção aos direitos das pessoas condenadas à pena de morte], e que, no caso de estrangeiros acusados ou culpados por delitos puníveis com a pena capital, esta expressão inclui a imediata notificação ao detido ou processado por parte do Estado receptor sobre os direitos que lhe confere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena?
7. No caso de pessoas estrangeiras acusadas ou denunciadas formalmente por delitos puníveis com

a pena capital, a omissão da notificação exigida pelo artigo 36.1.b) da Convenção de Viena com respeito aos interessados, por parte do Estado receptor, se conforma com o direito destas pessoas de dispor dos “meios necessários à preparação de sua defesa” de acordo com o artigo 14.3.b) do Pacto?

8. No caso de pessoas estrangeiras acusadas ou denunciadas formalmente por delitos puníveis com a pena capital, deve-se entender que as expressões “pelo menos, as seguintes garantias”, contidas no artigo 14.3 do Pacto, e “pelo menos igual”, contida no parágrafo 5 das respectivas Salvaguardas das Nações Unidas, eximem o Estado receptor do imediato cumprimento das disposições do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena com respeito ao detido ou processado?

[...]

*A respeito da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem:*

[...]

11. No caso de prisões e detenções de estrangeiros por delitos puníveis com a pena capital e no marco dos artigos 3.I)<sup>78</sup> da Carta e II da Declaração, a omissão por parte do Estado receptor de notificar o detido ou acusado, sem tardar, sobre os direitos que lhe confere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena, se conforma com a proclamação da Carta dos direitos humanos, sem distinção por motivos de nacionalidade, e com o reconhecimento da Declaração sobre o direito à igualdade perante a lei sem distinção alguma?

111. Nas perguntas citadas, o Estado requerente requer à Corte sua opinião sobre se a inobservância do direito à informação constitui uma violação dos direitos consagrados nos artigos 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 3 da Carta da OEA e II da Declaração Americana, tomando em conta a natureza destes direitos.

112. O exame desta questão se inicia necessariamente com a consideração dos critérios que regem a interpretação das últimas normas citadas. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Carta da OEA, que são tratados sob o conceito da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, devem ser interpretados nos termos do artigo 31 desta (58 *supra*).

113. Como decorre da norma citada, ao dar interpretação a um tratado não apenas são tomados em conta os acordos e instrumentos formalmente relacionados a este (inciso segundo do artigo 31), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31). Como afirmou a Corte Internacional de Justiça,

[...] a Corte deve tomar em consideração as transformações ocorridas no meio século seguinte, e sua interpretação não pode deixar de tomar em conta a evolução posterior do direito [...]. Ademais, um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no marco do conjunto do sistema jurídico vigente no momento em que se realiza a interpretação. No domínio ao que se refere o presente processo, os últimos cinquenta anos [...] trouxeram uma evolução importante. [...] Neste domínio, como em outros, o *corpus juris gentium* se enriqueceu consideravelmente e a Corte não pode ignorá-lo para o fiel desempenho de suas funções.<sup>79</sup>

114. Essa orientação adquire particular relevância no Direito Internacional dos Direitos Humanos, que avançou muito por meio da interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção. Tal interpretação evolutiva é resultante das regras gerais de interpretação dos tratados consagradas na Convenção de Viena de 1969. Tanto esta Corte, no Parecer Consultivo sobre a Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1989),<sup>80</sup> como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nos casos *Tyrer versus Reino Unido* (1978),<sup>81</sup>

78. A referência original feita pelo Estado requerente corresponde ao artigo 3.I) da Carta reformada pelo Protocolo de Buenos Aires em 1967, pelo Protocolo de Cartagena de Índias em 1985, pelo Protocolo de Washington em 1992, e pelo Protocolo de Manágua em 1993.

79. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971; pág. 16 *ad 31*).

80. Em relação à Declaração Americana, a Corte declarou que

a modo de interpretação autorizada, os Estados membros entenderam que [esta] contém e define aqueles direitos humanos essenciais aos que a Carta [da Organização] se refere, de maneira que não se pode interpretar e aplicar [esta última] em matéria de direitos humanos sem integrar as normas nela pertinentes com as correspondentes disposições da Declaração. (*Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A Nº 10; par. 43).

Desta maneira, a Corte reconheceu que a Declaração constitui uma fonte de obrigações internacionais para os Estados de nossa região, as quais também podem ser interpretadas no marco da evolução do “direito americano” nesta matéria.

81. *Eur. Court HR, Tyrer v. United Kingdom, judgment of 25 April 1978*, Series A nº 26; págs. 15-16, par. 31.

*Marckx versus Bélgica* (1979),<sup>82</sup> *Loizidou versus Turquia* (1995),<sup>83</sup> entre outros, afirmaram que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais.

115. O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos está formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convênios, resoluções e declarações). Sua evolução dinâmica exerceu um impacto positivo no Direito Internacional, no sentido de afirmar e desenvolver a aptidão deste último para regulamentar as relações entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. Portanto, esta Corte deve adotar um critério adequado para considerar a questão sujeita a exame no marco da evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana no Direito Internacional contemporâneo.

\*\*\*

116. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos consagra o direito ao devido processo legal (artigo 14) derivado da “dignidade inerente à pessoa humana”.<sup>84</sup> Essa norma afirma diversas garantias aplicáveis a “toda pessoa acusada de um delito” e, neste sentido, coincide com os principais instrumentos internacionais sobre direitos humanos.
117. Na opinião desta Corte, para que exista “devido processo legal” é preciso que um acusado possa exercer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados. Com efeito, é útil recordar que o processo é um meio para assegurar, na maior medida possível, a solução justa de uma controvérsia. A esse fim responde o conjunto de atos de diversas características geralmente reunidos sob o conceito do devido processo legal. O desenvolvimento histórico do processo, coerente com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, trouxe consigo a incorporação de novos direitos processuais. São exemplo deste caráter evolutivo do processo os direitos a não se autoincriminar e a depor na presença de um advogado, que hoje em dia figuram na legislação e na jurisprudência dos sistemas jurídicos mais avançados. Desta forma, progressivamente, foi estabelecido o aparato das garantias judiciais recopiladas pelo artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que podem e devem agregar-se, sob o mesmo conceito, de outras garantias apresentadas por diversos instrumentos do Direito Internacional.
118. Nesse sentido, a Corte afirmou que os requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais para que se possa falar em verdadeiras e próprias garantias judiciais<sup>85</sup> “servem para proteger, assegurar ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito”<sup>86</sup> e são “condições que se devem cumprir para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial”.<sup>87</sup>
119. Para alcançar seus objetivos o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados perante a justiça. É assim como se cumpre o princípio de igualdade perante a lei e perante os tribunais<sup>88</sup> e a correlativa proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adoção de medidas de compensação que contribuam para a redução ou eliminação dos obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses. Se não houvesse estes meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do processo, dificilmente se poderia dizer que aqueles em desvantagem gozam de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam de um devido processo legal em condições de igualdade com quem não enfrenta essas desvantagens.
120. É por isso que se fornece tradutor a quem desconhece o idioma em que se o procedimento é desenvolvido, e também, por isso mesmo, se atribui ao estrangeiro o direito a ser informado oportunamente de que pode

82. *Eur. Court HR, Marckx case, judgment of 13 June 1979*, Series A nº 31; pág. 19, par. 41.

83. *Eur. Court HR, Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), judgment of 23 March 1995*, Série A nº 310; pág. 26, par. 71.

84. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (nota de rodapé 77 *supra*), Preâmbulo, ponto segundo.

85. *Garantias judiciais em estados de emergência* (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9; par. 27.

86. *O Habeas Corpus sob suspensão de garantias* (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A Nº 8; par. 25.

87. *Garantias judiciais em estados de emergência* (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9; par. 28. *Cf. Caso Genie Lacayo*. Sentença de 29 de janeiro de 1997, Série C Nº 30; par. 74; *Caso Loayza Tamayo*, Sentença de 17 de setembro de 1997, Série C Nº 33; par. 62.

88. *Cf. Declaração Americana*, art. II e XVIII; *Declaração Universal*, arts. 7 e 10; *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (nota de rodapé 77 *supra*), arts. 2.1, 3 e 26; *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*, arts. 2 e 15; *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, arts. 2.5 e 7; *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos*, arts. 2 e 3; *Convenção Americana*, arts. 1, 8.2 e 24; *Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, art. 14.

contar com a assistência consular. Estes são meios para que os acusados possam fazer pleno uso de outros direitos que a lei reconhece a todas as pessoas. Aqueles e estes, indissolavelmente vinculados entre si, formam o conjunto das garantias processuais e concorrem a integrar o devido processo legal.

121. No caso a que se refere o presente Parecer Consultivo, deve-se considerar a situação real dos estrangeiros que estão sujeitos a um procedimento penal, do qual dependem seus bens jurídicos mais valiosos e, eventualmente, sua própria vida. É evidente que, em tais circunstâncias, a notificação do direito a comunicar-se com o representante consular de seu país contribuirá a melhorar consideravelmente suas possibilidades de defesa e que os atos processuais nos quais intervier – e entre eles os correspondentes a diligências policiais – sejam realizados com maior apego à lei e respeito à dignidade das pessoas.
122. Nesse sentido, a Corte considera que o direito individual que se analisa neste Parecer Consultivo deve ser reconhecido e considerado no marco das garantias mínimas para oferecer aos estrangeiros a oportunidade de preparar adequadamente sua defesa e contar com um julgamento justo.
123. A incorporação deste direito na Convenção de Viena sobre Relações Consulares - e o contexto das respectivas discussões durante sua redação<sup>89</sup> demonstram um reconhecimento uniforme de que o direito à informação sobre a assistência consular constitui um instrumento para a defesa do acusado que repercute – e em algumas ocasiões decisivamente – para o respeito de seus outros direitos processuais.
124. Em outros termos, o direito individual de informação, estabelecido no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, permite que, nos casos concretos, o direito ao devido processo legal, consagrado no artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adquira eficácia; e que este preceito estabelece garantias mínimas suscetíveis de expansão à luz de outros instrumentos internacionais como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que ampliam o horizonte da proteção dos acusados.

## XI

### Consequências da violação do direito à informação sobre a assistência consular

*(Quarta, décima e décima segunda perguntas)*

125. Em suas quarta, décima e décima segunda perguntas, o México solicitou da Corte uma interpretação sobre os efeitos jurídicos da imposição e execução da pena de morte em casos em que não foram respeitados os direitos reconhecidos no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares:

*Em relação à Convenção de Viena sobre Relações Consulares:*

[...]

4. Do ponto de vista do Direito Internacional e tratando-se de pessoas estrangeiras, quais deveriam ser as consequências jurídicas a respeito da imposição e execução da pena de morte diante da falta de notificação a que se refere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena [sobre Relações Consulares]?

[...]

A respeito do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

[...]

10. No marco do Pacto e no caso de pessoas estrangeiras, quais deveriam ser as consequências jurídicas a respeito da imposição e execução da pena de morte diante da falta de notificação a que se refere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena [sobre Relações Consulares]?

[...]

*A respeito da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem:*

[...]

89. Ver, a respeito, VII Cúpula Iberoamericana de Chefes de Estado e Presidentes de Governo, 6 a 9 de novembro de 1997, Ilha de Margarita, Venezuela: Declaração de Margarita, terceira parte, Assuntos de Especial Interesse; art. 31 *in fine*; assim como diversas manifestações interamericanas e expressões feitas perante este Tribunal por numerosos Estados, organizações, instituições e *amici curiae*.

12. No caso de pessoas estrangeiras e no marco do artigo 3.[1]<sup>90</sup> da Carta da OEA e dos artigos I, II e XXVI da Declaração, quais deveriam ser as consequências jurídicas a respeito da imposição e da execução da pena de morte diante da falta de notificação a que se refere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena [sobre Relações Consulares]?
126. Das perguntas formuladas pelo Estado requerente não decorre com clareza se este solicita que a Corte interprete os efeitos da omissão, por parte do Estado receptor, de informar o detido estrangeiro sobre os direitos que lhe confere o artigo 36.1.b) citado, ou se a pergunta se refere aos casos em que o detido expressou seu desejo de que se informe o funcionário consular sobre sua detenção e o Estado receptor não cumpriu estes desejos.
127. Entretanto, do contexto geral do pedido apresentado pelo México,<sup>91</sup> a Corte interpreta que a solicitação se circunscreve à primeira hipótese citada, isto é, à fase de informação ao detido sobre os direitos reconhecidos no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Será esta, então, a matéria da qual se ocupará a Corte a seguir.
128. É um princípio geral do Direito Internacional, consagrado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (artigo 26), que os Estados Parte de um tratado têm a obrigação de dar cumprimento a este de boa-fé (*pacta sunt servanda*).
129. Considerando que o direito à informação é um componente do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, o detido estrangeiro deve ter a oportunidade de exercer este direito em sua defesa. A inobservância ou obstrução de seu direito à informação afeta as garantias judiciais.
130. O Comitê de Direitos Humanos da ONU determinou em vários casos relativos à aplicação da pena de morte que, em caso de constatar-se violações às garantias do devido processo estabelecidas no artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também se viola o artigo 6.2 do mesmo se a pena é executada.
131. Na comunicação número 16/1977, por exemplo, referida ao caso do senhor Daniel Monguya Mbenge (1983), o Comitê citado estabeleceu que, segundo o artigo 6.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,
- A pena de morte apenas poderá se impor “de acordo com leis que estejam em vigor no momento de ser cometido o delito e que não sejam contrárias às disposições” do Pacto. Isso exige que tanto as leis substantivas como as processuais em virtude das quais se tenha imposto a pena de morte não sejam contrárias às disposições do Pacto e, ademais, que a pena de morte tenha sido imposta de acordo com essas leis e, conseqüentemente, de acordo com as disposições do Pacto. Em conseqüência, o descumprimento pelo Estado Parte das condições pertinentes que figuram no parágrafo 3 do artigo 14 leva à conclusão de que as penas de morte pronunciadas contra o autor da comunicação foram impostas em contradição ao disposto no Pacto e, portanto, em violação do parágrafo 2 do artigo 6<sup>92</sup>.
132. No caso *Reid vs. Jamaica* (nº 250/1987), o Comitê afirmou que:
- a imposição de uma sentença de morte como conclusão de um julgamento no qual não se respeitaram as disposições do Pacto constitui [...] uma violação do artigo 6 do Pacto. Como o Comitê observou em seu Comentário Geral 6 (16), a disposição segundo a qual uma sentença de morte apenas se pode impor de acordo com a lei e sem contrariar as disposições do Pacto implica que “devem ser respeitadas as garantias processuais ali estabelecidas, inclusive o direito a um julgamento justo por um tribunal independente, a presunção de inocência, as garantias mínimas de defesa, e o direito a recorrer a um tribunal superior”.<sup>93</sup>
- A idêntica conclusão chegou no caso *Wright vs. Jamaica*,<sup>94</sup> em 1992.
133. A Corte destacou que o Estado requerente dirige suas interrogantes aos casos em que é aplicável a pena de morte. Por esta razão, deve-se determinar se o Direito Internacional dos Direitos Humanos outorga efeitos especiais ao direito à informação consular nessa hipótese.

90. Nota 1 *supra*.

91. Ver, a respeito, Pedido, págs. 2 (parágrafo 1, linhas 3 a 7), 3 (parágrafo 2, linhas 2 e 3).

92. Seleção de Decisões do Comitê de Direitos Humanos adotadas de acordo com o Protocolo Facultativo, Vol. 2 (outubro de 1982 - abril de 1988), Nações Unidas, Nova York, 1992; pág. 86, par. 17.

93. “[T]he imposition of a sentence of death upon the conclusion of a trial in which the provisions of the Covenant have not been respected constitutes [...] a violation of article 6 of the Covenant. As the Committee noted in its General Comment 6(16), the provision that a sentence of death may be imposed only in accordance with the law and not contrary to the provisions of the Covenant implies that “the procedural guarantees therein prescribed must be observed, including the right to a fair hearing by an independent tribunal, the presumption of innocence, the minimum guarantees for the defense, and the right to review by a higher tribunal”. *Human Rights Law Journal*, Vol. 11 (1990), nº 3-4; pág. 321, par. 11.5 (tradução da Secretaria).

94. *Human Rights Law Journal*, Vol. 13, (1992), nº 9-10; pág. 351, par. 8.7.

134. A Corte considera útil recordar que no exame realizado, em sua oportunidade, sobre o artigo 4 da Convenção Americana,<sup>95</sup> advertiu que a aplicação e imposição da pena capital está limitada em termos absolutos pelo princípio segundo o qual “[n]inguém poderá ser privado da vida arbitrariamente”. Tanto o artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, como o artigo 4 da Convenção, ordenam a estrita observância do procedimento legal e limitam a aplicação desta pena aos “delitos mais graves”. Em ambos os instrumentos existe, pois, uma clara tendência restritiva à aplicação da pena de morte no sentido de sua supressão final.<sup>96</sup>
135. Essa tendência, que se encontra refletida em outros instrumentos no âmbito interamericano<sup>97</sup> e universal,<sup>98</sup> se traduz no princípio internacionalmente reconhecido de que os Estados que ainda mantêm a pena de morte devem aplicar, sem exceção, o mais rigoroso controle sobre o respeito às garantias judiciais nestes casos. É evidente que aqui torna-se ainda mais relevante a obrigação de observar o direito à informação, tomando em conta a natureza excepcionalmente grave e irreparável da pena que poderia ser aplicada a seu titular. Se o devido processo legal, com seu conjunto de direitos e garantias, deve ser respeitado em qualquer circunstância, sua observância é ainda mais importante quando se encontra em jogo o supremo bem que todas as declarações e tratados de direitos humanos reconhecem e protegem: a vida humana.
136. Sendo a execução da pena de morte uma medida de caráter irreversível, exige do Estado o mais estrito e rigoroso respeito às garantias judiciais, de modo a evitar uma violação destas, o que, por sua vez, acarretaria uma privação arbitrária da vida.
137. Em função do anteriormente exposto, a Corte conclui que a inobservância do direito à informação do detido estrangeiro, reconhecido no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, afeta as garantias do devido processo legal e, nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito a não ser privado da vida “arbitrariamente”, nos termos das disposições relevantes dos tratados de direitos humanos (v.g. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 4; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 6), com as consequências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza, isto é, as atinentes à responsabilidade internacional do Estado e ao dever de reparação.

## XII

### O caso de Estados Federais

(*Nona pergunta*)

138. O México solicitou à Corte que interpretasse se,
- [t]ratando-se de países americanos constituídos como Estados federais que são Parte no Pacto de Direitos Civis, e no marco dos artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto, [...] estão estes Estados obrigados a garantir a notificação oportuna a que se refere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena [sobre Relações Consulares] a todo indivíduo de nacionalidade estrangeira preso, detido ou processado em seu território por delitos puníveis com a pena capital; e a adotar disposições conforme o seu direito interno para tornar efetiva em tais casos a notificação oportuna a que se refere esse artigo em todos os seus componentes, se o mesmo direito já não estivesse garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, a fim de dar plena eficácia aos respectivos direitos e garantias consagrados no Pacto [...]
139. Apesar da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não conter uma cláusula relativa ao cumprimento das obrigações por parte dos Estados federais (como sim o dispõem, por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana), esta Corte já estabeleceu que “um Estado não pode alegar sua estrutura federal para deixar de cumprir uma obrigação internacional”.<sup>99</sup>

95. *Restrições à pena de morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3, pars. 52 a 55.

96. *Cf.*, também, *Eur. Court H.R., Soering case, decision of 26 January 1989*, Série A nº 161; par. 102.

97. *Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de morte*, aprovado em Assunção, Paraguai, em 8 de junho de 1990, no XX Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA.

98. *Salvaguardas que garantem proteção aos direitos das pessoas condenadas à pena de morte*, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em sua Resolução 1984/50, de 25 de maio de 1984.

99. *Caso Garrido e Baigorria, Reparações (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39; par. 46. *Cfr.*: Sentença arbitral de 26.VII.1875 no caso del Montijo, a PRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1954, t. III, pág. 675; decisão da Comissão de Reclamações franco-mexicana de 7.VI.1929 no caso da sucessão de Hyacinthe Pellat, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, pág. 536.

140. Além disso, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados,

[a] não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território.<sup>100</sup>

A Corte constatou que da letra e espírito da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não decorre a intenção de estabelecer uma exceção ao indicado anteriormente. Portanto, a Corte conclui que as disposições internacionais que dizem respeito à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, inclusive a consagrada no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, devem ser respeitadas pelos Estados americanos partes nas respectivas convenções, independentemente de sua estrutura federal ou unitária.

### XIII Parecer

141. Em função das razões expostas,

**A CORTE,**

**DECIDE**

por unanimidade,

Que é competente para emitir o presente Parecer Consultivo.

**EXPRESSA O PARECER**

por unanimidade,

1. Que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece ao detido estrangeiro direitos individuais, entre eles o direito à informação sobre a assistência consular, aos quais correspondem deveres correlativos a cargo do Estado receptor.

por unanimidade,

2. Que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares *diz respeito* à proteção dos direitos do nacional do Estado que envia e está integrado à normativa internacional dos direitos humanos.

por unanimidade,

3. Que a expressão “sem tardar” utilizada no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares significa que o Estado deve cumprir seu dever de informar o detido sobre os direitos que lhe reconhece este preceito no momento de privá-lo de liberdade e, em todo caso, antes de prestar sua primeira declaração perante a autoridade.

por unanimidade,

4. Que a observância dos direitos reconhecidos ao indivíduo pelo artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não está subordinada aos protestos do Estado que envia.

por unanimidade,

5. Que os artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos *dizem respeito* à proteção dos direitos humanos nos *Estados americanos*.

por unanimidade,

6. Que o direito individual à informação estabelecido no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares permite que, nos casos concretos, o direito ao devido processo legal consagrado no artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adquira eficácia; e que este preceito estabelece garantias mínimas suscetíveis de expansão à luz de outros instrumentos internacionais como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que ampliam o horizonte da proteção dos acusados.

por seis votos contra um,

7. Que a inobservância do direito à informação do detido estrangeiro, reconhecido no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, afeta as garantias do devido processo legal e,

100. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 29.

nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito a não ser privado da vida “arbitrariamente”, nos termos das disposições relevantes dos tratados de direitos humanos (*v.g.* Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 4; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 6), com as consequências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza, isto é, as atinentes à responsabilidade internacional do Estado e ao dever de reparação.

Discorda o Juiz Jackman.

por unanimidade,

8. Que as disposições internacionais que *dizem respeito* à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, inclusive a consagrada no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, devem ser respeitadas pelos Estados americanos partes das respectivas convenções, independentemente de sua estrutura federal ou unitária.

O Juiz Jackman deu a conhecer à Corte seu voto Parcialmente Dissidente e os Juízes Cançado Trindade e García Ramírez seus Votos Concordantes, os quais acompanharão este Parecer Consultivo.

Redigido em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 1º de outubro de 1999.

Antônio A. Cançado Trindade  
Presidente

Máximo Pacheco Gómez  
Oliver Jackman  
Sergio García Ramírez

Hernán Salgado Pesantes  
Alirio Abreu Burelli  
Carlos Vicente de Roux Rengifo

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

Lido em sessão pública na sede da Corte em San José, Costa Rica, em 2 de outubro de 1999.

Comunique-se,

Antônio A. Cançado Trindade  
Presidente

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

### PARECER PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ OLIVER JACKMAN

1. É lamentável que eu deva indicar meu desacordo com a maioria do tribunal com relação a uma conclusão a que chegaram neste Parecer Consultivo. Especificamente, devo respeitosamente discordar da conclusão que se refere aos efeitos legais da inobservância de um Estado receptor de respeitar ao direito de informação consular garantido pelo Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (“a Convenção”).

A conclusão em discussão pode convenientemente ser dividida em duas partes:

- (a) a inobservância de respeitar o direito à informação consular **afeta** a garantia do devido processo;  
e
  - (b) a imposição da pena de morte em tais circunstâncias constitui uma violação ao direito de não ser arbitrariamente privado da vida, como se define este direito em vários tratados internacionais de direitos humanos.
2. Em relação ao ponto (a), não há dúvida de que possam surgir situações nas quais a omissão de aconselhar a uma pessoa detida sobre seus direitos sob o Artigo 36.1.(b) da Convenção possa ter um efeito adverso -e inclusive determinante- sobre o processo judicial ao que possa estar sujeita esta pessoa, com resultados que possam levar a uma violação do direito dessa pessoa a um julgamento justo. Onde me vejo obrigado a diferir da maioria é em encontrar que esta violação é a consequência inevitável e invariável da inobservância em questão.
  3. Em relação ao ponto (b), é claro que os Estados que mantêm a pena de morte em suas leis têm um dever particularmente grande de assegurar a mais escrupulosa observância dos requisitos do devido processo em casos nos quais esta pena possa se impor. No entanto, é difícil aceitar que, no Direito Internacional, em cada caso possível no qual uma pessoa acusada não tenha tido o benefício de assistência consular, o processo judicial que leva a uma condenação capital deva, *per se*, considerar-se **arbitrário**, para os efeitos e nos termos, por exemplo, do Artigo 6 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (o Pacto).
  4. O enfoque tomado pelo Tribunal neste Parecer Consultivo parece ter se baseado no que poderia chamar-se de uma concepção imaculada do devido processo, uma concepção que não se justifica na história do preceito no Direito Internacional nem no Direito Interno (Municipal). Ao contrário, a evidência – desde a Carta Magna de 1215 até o Estatuto do Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia de 1993 (reformado em maio de 1998) – sugere que houve uma evolução estável e pragmática dirigida a aumentar a efetividade prática da estrutura protetora ao tentar suprir as necessidades reais do indivíduo ao confrontar-se com o poder monolítico do Estado.
  5. Portanto, é notável que o Artigo 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos (a Declaração) estipule que uma pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência “até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias **necessárias à sua defesa**” (sem ênfase no original). Desenvolvimentos subsequentes no Direito Internacional e, em particular, nas leis internacionais de direitos humanos, agregaram substância a este delineamento esquelético dos elementos básicos do devido processo. A análise de disposições tais como as que se encontram nos Artigos 9 a 15, inclusive, do Pacto, ou nos artigos 7, 8, e 25 da Convenção Americana, evidencia que o princípio decisivo no legado destas garantias foi o princípio de necessidade inscrito na Declaração.
  6. No caso de *Thomas e Hilaire versus o Procurador de Trinidad e Tobago* (Apelação do Conselho Privado nº 60 de 1998) o Conselho Supremo comentou que:

Suas Senhorias não estão dispostos a adotar o enfoque da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o qual eles compreendem que estabelece que qualquer rompimento dos direitos constitucionais de um homem condenado torna ilegal que se execute uma sentença de morte. [I]sto evita que se dê suficiente reconhecimento ao interesse público de que se execute uma sentença legal do tribunal. A [Suas Senhorias] também lhes custaria aceitar a proposta de que uma violação dos direitos constitucionais de um homem deve atrair algum recurso e que se o único recurso que está disponível é a comutação da sentença então deve-se tomar ainda se for **inapropriado e desproporcional**. (sem ênfase no original).

7. Faz-se referência no presente Parecer Consultivo ao caso de Daniel Monguya Mbenge, o qual foi examinado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas em 1983. Neste caso, ao considerar que o autor da comunicação havia sido condenado à morte em violação do Artigo 6.2 do Pacto, o Comitê afirmou que foi “a

inobservância do Estado com respeito aos **requisitos relevantes** do artigo 14(3)” o que levou à “conclusão de que as sentenças de morte proferidas contra o autor da comunicação foram impostas em contradição às disposições do Pacto e, por conseguinte, em violação do artigo 6(2).” (sem ênfase no original)

8. Em sentido similar, este Tribunal observou, em seu Parecer Consultivo OC-9/87 sobre Garantias Judiciais em Estados de Emergência, que:

28. O Artigo 8 do Tratado Americano reconhece o conceito de “devido processo legal”, o qual inclui os pré-requisitos **necessários** para assegurar a proteção adequada daquelas pessoas cujos direitos ou obrigações estão à espera de determinação judicial. (sem ênfase no original)

9. Em minha opinião, os conceitos de relevância, proporcionalidade, oportunidade e, sobretudo, necessidade são ferramentas indispensáveis para valorar o papel de um dado direito na totalidade da estrutura do devido processo. Nesta análise é difícil ver como uma disposição tal como a do Artigo 36.1.(b) do Tratado - que é essencialmente um direito de um estrangeiro acusado por um assunto criminal a ser informado sobre um direito de aproveitar a possível disponibilidade de assistência consular - possa ser elevada à condição de garantia fundamental, universalmente exigível como uma *conditio sine qua non* para cumprir os padrões internacionalmente aceitos do devido processo. Isto não deve contradizer sua indubitável utilidade e importância no contexto relativamente especializado da proteção dos direitos de estrangeiros, nem relevar os Estados Parte da Convenção de seu dever de cumprir sua obrigação convencional.
10. Por estas razões, apesar de que apoio completamente a análise e as conclusões do Tribunal em relação aos parágrafos 1-6 e ao parágrafo 8 deste Parecer Consultivo, devo respeitosa e lamentavelmente discordar da conclusão do parágrafo 7, assim como das considerações subseqüentes que a apoiam.

Oliver Jackman  
Juiz

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

### VOTO CONCORDANTE DO JUIZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor da adoção do presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, a meu juízo, representa uma contribuição importante do Direito Internacional dos Direitos Humanos à evolução de um aspecto específico do Direito Internacional contemporâneo, a saber, o direito dos detidos estrangeiros à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. O presente Parecer Consultivo reflete fielmente o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos no preceito do artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. Efetivamente, neste final de século, já não há como pretender dissociar o referido direito à informação sobre a assistência consular do *corpus juris* dos direitos humanos. Dada a transcendental importância desta matéria, vejo-me na obrigação de apresentar, como fundamento jurídico de minha posição a respeito, as reflexões que me permito desenvolver neste Voto Concordante, particularmente em relação aos pontos resolutivos 1 e 2 do presente Parecer Consultivo.

#### I. O Tempo e o Direito Revisitados: a Evolução do Direito Frente às Novas Necessidades de Proteção

2. O tema central do presente Parecer Consultivo conduz à consideração de uma questão que me parece verdadeiramente apaixonante, a saber, a da relação entre o tempo e o direito. O fator tempo é, em efeito, inerente à própria ciência jurídica, além de elemento determinante no nascimento e exercício dos direitos (a exemplo do direito individual à informação sobre a assistência consular, tal como foi arguido no presente procedimento consultivo). Já em meu Voto Fundamentado no caso *Blake versus Guatemala* (mérito, sentença de 24.01.1998) perante esta Corte, ao abordar precisamente esta questão, permiti-me indicar a incidência da dimensão temporal no Direito em geral, assim como em diversos capítulos do Direito Internacional Público em particular (parágrafo 4, e nota 2), além do Direito Internacional dos Direitos Humanos (*ibid.*, nota 5). A questão reassume importância capital no presente Parecer Consultivo, no marco do qual me permito, portanto, retomar seu exame.
3. Toda a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos desenvolveu, de forma convergente, ao longo das últimas décadas, uma interpretação dinâmica ou evolutiva dos tratados de proteção dos direitos do ser humano.<sup>101</sup> Isso não teria sido possível se a ciência jurídica contemporânea não se houvesse liberado das amarras do positivismo jurídico. Este último, em seu hermetismo, se mostrava indiferente a outras áreas do conhecimento humano e, de certo modo, também ao tempo existencial dos seres humanos: para o positivismo jurídico, aprisionado em seus próprios formalismos e indiferente à busca da realização do Direito, o tempo se reduzia a um fator externo (os prazos, com suas conseqüências jurídicas) no marco do qual havia de se aplicar a lei, o direito positivo.
4. A corrente positivista-voluntarista, com sua obsessão com a autonomia da vontade dos Estados, ao buscar cristalizar as normas desta emanadas em um determinado momento histórico, chegou ao extremo de conceber o direito (positivo) *independentemente do tempo*: daí sua manifesta incapacidade para acompanhar as constantes mudanças das estruturas sociais (nos planos tanto interno como internacional), por não ter previsto os novos supostos de fato, não podendo, portanto, dar resposta a eles; daí sua incapacidade de explicar a formação histórica das regras consuetudinárias do Direito Internacional.<sup>102</sup> As próprias emergência e consolidação do *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos se devem à reação da *consciência jurídica universal* ante os recorrentes abusos cometidos contra os seres humanos, frequentemente convalidados pela lei positiva: com isto, o Direito veio ao encontro do ser humano, destinatário último de suas normas de proteção.
5. No marco deste novo *corpus juris*, não podemos estar indiferentes à contribuição de outras áreas do conhecimento humano, e tampouco ao tempo existencial; as soluções jurídicas não podem deixar de tomar em conta o tempo dos seres humanos.<sup>103</sup> Os esforços realizados neste exame parecem recomendar, ante este dado fundamental e condicionador da existência humana, uma postura inteiramente distinta da indiferença e autossuficiência, se não

101. Tal interpretação evolutiva não conflita de modo algum com os métodos geralmente aceitos de interpretação dos tratados; *cf.*, sobre este ponto, *v.g.*, Max Sorensen, *Do the Rights Set Forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975?*, Strasbourg, Council of Europe (doc. H/Coll.(75)2), 1975, p. 4 (fotocopiado, circulação interna).

102. Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5a. ed. (trad. da 4a. ed. alemã do *Völkerrecht*), Madrid, Aguilar, 1969 (1a. reimpr.), p. 58; M. Chemillier-Gendreau, «Le rôle du temps dans la formation du droit international», *Droit international - III* (ed. P. Weil), Paris, Pédone, 1987, pp. 25-28; E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 15-16 e 37; A.A. Cançado Trindade, «The Voluntarist Conception of International Law: A Re-assessment», 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Genève (1981) p. 225. e, para a crítica de que a evolução da própria ciência jurídica, ao contrário do que afirmava o positivismo jurídico, não pode se explicar por meio de uma ideia adotada de maneira «puramente apriorística», *cf.* Roberto Ago, *Scienza Giuridica e Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 29-30.

103. O tempo foi examinado em diferentes áreas do conhecimento (as ciências, a filosofia, a sociologia e as ciências sociais em geral, além do direito); *cf.* F. Greenaway (ed.), *Time and the Sciences*, Paris, UNESCO, 1979, 1-173; S.W. Hawking, *A Brief History of Time*, London, Bantam Press, 1988, pp. 1-182; H. Aguessy *et alii*, *Time and the Philosophies*, Paris, UNESCO, 1977, pp. 13-256; P. Ricoeur *et alii*, *Las Culturas y el Tiempo*, Salamanca/Paris, Ed. Sígueme/UNESCO, 1979, pp. 11-281.

mesmo a arrogância, do positivismo jurídico. O direito à informação sobre a assistência consular, para citar um exemplo, não pode hoje em dia ser apreciado no marco das relações exclusivamente interestatais. Com efeito, a ciência jurídica contemporânea veio a admitir, como não poderia deixar de ser, que o conteúdo e a eficácia das normas jurídicas acompanham a evolução do tempo, não sendo independentes deste.

6. No plano do direito privado, se chegou a falar, já em meados deste século, de uma verdadeira *revolta do Direito contra os códigos*<sup>104</sup> (a lei positiva): - “À l’insurrection des faits contre le Code, au défaut d’harmonie entre le droit positif et les besoins économiques et sociaux, a succédé a révolte du Droit contre le Code, c’est-à-dire l’antinomie entre le droit actuel et l’esprit du Code civil. (...) Des concepts que l’on considère comme des formules hiératiques sont un grand obstacle à la liberté de l’esprit et finissent par devenir des sortes de prismes au travers desquels l’on ne voit plus qu’une réalité déformée”<sup>105</sup>. Com efeito, o impacto da dimensão dos direitos humanos se fez sentir em instituições do direito privado.
7. O ilustra, *v.g.*, a célebre decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Marckx versus Bélgica* (1979), na qual, ao determinar a incompatibilidade da legislação belga relativa à filiação natural com o artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ponderou que, ainda que na época de redação da Convenção a distinção entre família “natural” e família “legítima” era considerada lícita e normal em muitos países europeus, a Convenção deveria, entretanto, ser interpretada à luz das condições contemporâneas, tomando em conta a evolução nas últimas décadas do direito interno da grande maioria dos Estados membros do Conselho de Europa, no sentido da igualdade entre filhos “naturais” e “legítimos”.<sup>106</sup>
8. No plano do direito processual, o mesmo fenômeno ocorreu, como reconhece esta Corte no presente Parecer Consultivo, ao indicar a evolução no tempo do próprio conceito de devido processo legal (parágrafo 117). A contribuição do Direito Internacional dos Direitos Humanos é aqui inegável, como revela a rica jurisprudência do Tribunal e da Comissão Europeus de Direitos Humanos sobre o artigo 6(1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>107</sup>
9. No plano do Direito Internacional - que passou a estudar os distintos aspectos do direito *intertemporal*<sup>108</sup> - do mesmo modo, tornou-se evidente a relação entre o conteúdo e a eficácia de suas normas e as transformações sociais ocasionadas nos novos tempos.<sup>109</sup> Um *locus classicus* a respeito reside em um célebre *obiter dictum* da Corte Internacional de Justiça, em seu Parecer Consultivo *sobre a Namíbia* de 1971, em que afirmou que o sistema dos mandatos (territórios sob mandato), e, em particular, os conceitos incorporados no artigo 22 do Pacto da Sociedade das Nações, “não eram estáticos mas por definição evolutivos”. E acrescentou que sua interpretação sobre a matéria não poderia deixar de tomar em conta as transformações ocorridas ao longo dos cinquenta anos

104. Em uma lúcida monografia publicada em 1945, Gaston Morin utilizou esta expressão em relação ao Código Civil francês, argumentando que este já não poderia seguir sendo aplicado mecanicamente, com aparente preguiça mental, ignorando a dinâmica das transformações sociais, e em particular a emergência e afirmação dos direitos da pessoa humana. G. Morin, *La Révolte du Droit contre le Code - la révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1945, pp. 109-115; ao sustentar a necessidade de uma constante revisão dos próprios conceitos jurídicos (em matéria, *v.g.*, de contratos, responsabilidade, e propriedade), acrescentou que não havia como fazer abstração dos juízos de valor (*ibid.*, p. 7).

105. *Ibid.*, pp. 2 e 6. [Tradução: “A insurreição dos fatos contra o Código, a falta de harmonia entre o direito positivo e as necessidades econômicas e sociais, ocorreu a revolta do Direito contra o Código, isto é, a antinomia entre o direito atual e o espírito do Código civil. (...) Os conceitos que um considera como fórmulas hieráticas são um grande obstáculo à liberdade do espírito e terminam por tornar-se uma sorte de prismas através dos quais a pessoa não vê mais que uma realidade deformada.”]

106. Outras ilustrações se encontram, por exemplo, nas sentenças do Tribunal Europeu nos casos *Airey versus Irlanda* (1979) e *Dudgeon versus Reino Unido* (1981). O caso *Airey* é sempre recordado pela projeção dos direitos individuais clássicos no âmbito dos direitos econômicos e sociais; a Corte ponderou que, apesar da Convenção ter originalmente contemplado essencialmente direitos civis e políticos, já não se podia deixar de admitir que alguns destes direitos têm prolongamentos no domínio econômico e social. E, no caso *Dudgeon*, ao determinar a incompatibilidade da legislação nacional sobre homossexualidade com o artigo 8 da Convenção Europeia, o Tribunal ponderou que, com a evolução dos tempos, na grande maioria dos Estados membros do Conselho da Europa se deixou de crer que certas práticas homossexuais (entre adultos, com seu consentimento) requeriam por si mesmas uma repressão penal. Cf. F. Ost, “*Les directives d’interprétation adotées par la Cour Européenne des Droits de l’Homme - L’esprit plutôt que la lettre?*”, in F. Ost e M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l’esprit - les directives d’interprétation en Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 295-300; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, 2a. ed., Paris, Sirey, 1989, pp. 105, 110 e 145.

107. Cf., *v.g.*, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des Droits de l’Homme (Actes du Colloque de 1996 en la Grande Chambre de la Cour de Cassation)*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 5-197.

108. Para evocar a formulação clássica do árbitro Max Huber no caso da *Ilha de Palmas* (Estados Unidos versus Holanda, 1928), in: U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. 2, p. 845: “*A juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time such a dispute in regard to it arises or falls to be settled*”. Para um estudo da matéria, cf.: Institut de Droit International, «[Résolution I:] le problème intertemporel en Droit international public», 56 *Annuaire de l’Institut de Droit International* (Session de Wiesbaden, 1975) pp. 536-541. e cf., *inter alia*, P. Tavernier, *Recherches sur l’application dans le temps des actes et des règles en Droit international public*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 9-311; S. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyden, Sijthoff, 1960, pp. 11-75; G.E. do Nascimento e Silva, «*Le facteur temps et les traités*», 154 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye* (1977) pp. 221-297; M. Sorensen, «*Le problème inter-temporel dans l’application de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*», in *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Pédone, 1968, pp. 304-319.

109. Por exemplo, todo o processo histórico da descolonização, desencadeado pela emergência e consolidação do direito de autodeterminação dos povos, foi decisivamente impulsionado pela própria evolução neste sentido do Direito Internacional contemporâneo.

seguintes, e a considerável evolução do *corpus juris gentium* no tempo: “um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no marco do sistema jurídico vigente no momento da interpretação”.<sup>110</sup>

10. No mesmo sentido apontou, como não poderia deixar de ser, a jurisprudência dos dois tribunais internacionais de direitos humanos em operação até o presente, porquanto os tratados de direitos humanos são, efetivamente, instrumentos vivos, que acompanham a evolução dos tempos e do meio social em que se exercem os direitos protegidos. Em seu décimo Parecer Consultivo (de 1989) sobre a *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, a Corte Interamericana afirmou, ainda que brevemente, que se deveria analisar o valor e o significado da referida Declaração Americana não à luz do que se pensava em 1948, quando de sua adoção, mas “no momento atual, diante do que é hoje o Sistema Interamericano” de proteção, “levando em consideração a evolução ocorrida desde a adoção da Declaração”.<sup>111</sup> A mesma interpretação evolutiva é seguida, de modo mais elaborado, no presente Parecer Consultivo da Corte, tomando em consideração a cristalização do direito à informação sobre a assistência consular no tempo, e sua vinculação com os direitos humanos.
11. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por sua vez, no caso *Tyrer versus Reino Unido* (1978), ao determinar a ilicitude de castigos corporais aplicados a adolescentes na Ilha de Man, afirmou que a Convenção Europeia de Direitos Humanos “é um instrumento vivo a ser interpretado à luz das condições de vida atuais. No caso concreto, o Tribunal não pode deixar de se influenciar pela evolução e normas comumente aceitas da política penal dos Estados membros do Conselho da Europa nesta área”.<sup>112</sup> Mais recentemente, o Tribunal Europeu deixou claro que sua interpretação evolutiva não se limita às normas substantivas da Convenção Europeia, mas se estende igualmente a disposições operativas:<sup>113</sup> no caso *Loizidou versus Turquia* (1995), voltou a indicar que a Convenção é “um instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições contemporâneas”, e que nenhuma de suas cláusulas pode ser interpretada apenas à luz do que poderiam ter sido as intenções de seus redatores “há mais de quarenta anos”, devendo ter presente a evolução da aplicação da Convenção ao longo dos anos.<sup>114</sup>
12. São amplamente conhecidas e reconhecidas as profundas transformações por que passou o Direito Internacional nas cinco últimas décadas, sob o impacto do reconhecimento dos direitos humanos universais. Já não se sustenta o antigo monopólio estatal da titularidade de direitos, nem os excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluíram do ordenamento internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano. Reconhece-se hoje em dia a necessidade de restituir a este último a posição central - como *sujeito do direito tanto interno como internacional* - de onde foi indevidamente deslocado, com consequências desastrosas, evidenciadas nos sucessivos abusos cometidos contra ele nas últimas décadas. Tudo isso ocorreu com a complacência do positivismo jurídico, em sua típica subserviência ao autoritarismo estatal.
13. A dinâmica da convivência internacional contemporânea cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regem por regras derivadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. Como bem afirma esta Corte, o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, tal como interpretado no presente Parecer Consultivo, constitui “um notável avanço a respeito das concepções tradicionais do Direito Internacional sobre a matéria” (par. 82). Com efeito, a própria prática contemporânea dos Estados e das organizações internacionais há anos deixou de convalidar a ideia, própria de um passado já distante, de que a formação das normas do Direito Internacional emanaria tão apenas da livre vontade de cada Estado.<sup>115</sup>
14. Com a desmistificação dos postulados do positivismo voluntarista, tornou-se evidente que apenas se pode encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade do Direito Internacional geral na *consciência jurídica universal*, a partir da afirmação da ideia de uma justiça objetiva. Como uma manifestação desta última, afirmaram-se os direitos do ser humano, emanados diretamente do Direito Internacional, e não submetidos, portanto, às vicissitudes do direito interno.

110. International Court of Justice, *Advisory Opinion on Namibia*, ICJ Reports (1971) pp. 31-32, par. 53.

111. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo OC-10/89, *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, de 14.07.1989, Série A, n° 10, pp. 20-21, par. 37.

112. European Court of Human Rights, *Tyrer versus United Kingdom* case, Judgment of 25.04.1978, Série A, n. 26, pp. 15-16, par. 31.

113. Como as cláusulas facultativas dos artigos 25 e 46 da Convenção, anteriormente à entrada em vigor, em 1.11.1998, do Protocolo XI à Convenção Europeia.

114. European Court of Human Rights, *Case of Loizidou versus Turkey* (Preliminary Objections), Strasbourg, C.E., Judgment of 23.03.1995, p. 23, par. 71.

115. Cf., e.g., C. Tomuschat, “*Obligations Arising for States Without or Against Their Will*”, 241 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International da Haye* (1993) pp. 209-369; S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, London/N.Y., Oceana Publs., 1984, pp. 19-20; H. Mosler, “*The International Society as a Legal Community*”, 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (1974) pp. 35-36.

15. É no contexto da evolução do Direito no tempo, em função de novas necessidades de proteção do ser humano, que, em meu entender, deve ser apreciada a localização do direito à informação sobre a assistência consular no universo conceitual dos direitos humanos. A disposição do artigo 36(1)(b) da mencionada Convenção de Viena de 1963, apesar de ter precedido no tempo os tratados gerais de proteção - como os dos Pactos de Direitos Humanos de Nações Unidas (de 1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969), - hoje em dia já não pode ser dissociada da normativa internacional dos direitos humanos sobre as garantias do devido processo legal. A evolução das normas internacionais de proteção foi, por sua vez, impulsionada por novas e constantes valorações que emergem e florescem no seio da sociedade humana, e que naturalmente se refletem no processo da interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos.

## II. *Venire Contra Factum Proprium Non Valet*

16. Apesar de que a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 foi celebrada três anos antes da adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos (Direitos Cívicos e Políticos, e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) das Nações Unidas, seus *travaux préparatoires*, como recorda esta Corte no presente Parecer Consultivo, revelam a atenção dispensada à posição central ocupada pelo indivíduo no exercício de seu livre arbítrio, na elaboração e adoção de seu artigo 36 (pars. 90-91). No presente procedimento consultivo, todos os Estados intervenientes, com uma única exceção (Estados Unidos), sustentaram efetivamente a relação entre o direito à informação sobre a assistência consular e os direitos humanos.

17. Nesse sentido, as Delegações dos sete Estados latino-americanos que intervieram na memorável audiência pública perante a Corte Interamericana nos dias 12 e 13 de junho de 1998 foram, em efeito, unânimes em relacionar a disposição da Convenção de Viena de 1963 sobre Relações Consulares (artigo 36(1)(b)) sobre o direito à informação sobre a assistência consular diretamente com os direitos humanos, em particular com as garantias judiciais (alegações de México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguai)<sup>116</sup> e inclusive com o próprio direito à vida (alegações de México, Paraguai, República Dominicana).<sup>117</sup> A única Delegação discrepante, a dos Estados Unidos, enfatizou o caráter interestatal da referida Convenção de Viena, alegando que esta não consagrava direitos humanos, e que a notificação consular, a seu juízo, não era um direito humano individual, nem se relacionava com o devido processo legal.<sup>118</sup>

18. Ao argumentar deste modo, os Estados Unidos assumiram, entretanto, uma posição com orientação manifestamente distinta da que sustentaram no caso - movido contra o Irã - dos *Reféns (Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos) em Teerã* (1979-1980) perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ). Com efeito, em seus argumentos orais perante a Corte naquele caso, os Estados Unidos invocaram, em um dado momento, a disposição da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 que requer do Estado receptor a permissão para que as autoridades consulares do Estado que envia “se comuniquem com seus nacionais e tenham acesso a eles”.<sup>119</sup>

19. Na fase escrita do processo, os Estados Unidos, em seu *memorial/mémoire*, depois de indicar que, nas circunstâncias do *cas d’espèce*, os nacionais norte-americanos haviam sido detidos *incomunicáveis* “em violação das mais flagrantes das normas consulares e dos padrões aceitos de direitos humanos”, acrescentaram, com toda ênfase, que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 “*establishes rights not only for the consular officer but, perhaps even more importantly, for the nationals of the sending State who are assured access to consular officers and through them to others*”.<sup>120</sup>

116. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Transcrição da Audiência Pública Celebrada na Sede da Corte em 12 e 13 de Junho de 1998 sobre a Solicitação de Parecer Consultivo OC-16, pp. 19-21 e 23 (México); 34, 36 e 41 (Costa Rica); 44 e 46-47 (El Salvador); 51-53 e 57 (Guatemala); 58-59 (Honduras); e 62-63 e 65 (Paraguai).

117. CtIADH, Transcrição da Audiência Pública..., *op. cit. supra* n. (16), pp. 15 (México); 63 e 65 (Paraguai); e 68 (República Dominicana).

118. CtIADH, Transcrição da Audiência Pública..., *op. cit. supra* n. (16), pp. 72-73, 75-77 e 81-82 (Estados Unidos).

119. International Court of Justice (ICJ), *Hostages (U.S. Diplomatic and Consular Staff) in Tehran case, ICJ Reports* (1979); *Pleadings, Oral Arguments, Documents*; Argument of Mr. Civiletti (counsel for the United States), p. 23. Mais adiante, os Estados Unidos argumentaram, significativamente, que o tratamento dispensado pelo governo iraniano aos funcionários norte-americanos capturados e mantidos como reféns em Teerã recaía “muito abaixo do padrão mínimo de tratamento que é devido a *todos* os estrangeiros, particularmente quando visto à luz dos padrões fundamentais dos direitos humanos. (...) O direito de estar livre de interrogatório e detenção e prisão arbitrários, e o direito a ser tratado de forma humana e digna, são certamente direitos garantidos a estes indivíduos pelos conceitos fundamentais do Direito Internacional. Em realidade, nada menos que isto requer a Declaração Universal dos Direitos Humanos”; *cit. in ibid.*, *Argument of Mr. Owen (agent for the United States)*, pp. 202-203. - em seu *memorial/mémoire*, os Estados Unidos acrescentaram que “o direito dos funcionários consulares em tempos de paz de comunicar-se livremente com os co-nacionais foi descrito como implícito na instituição consular, ainda na ausência de tratados. (...) Tal comunicação é tão essencial ao exercício das funções consulares que sua preclusão tornaria sem sentido todo o estabelecimento das relações consulares”. *Memorial/Mémoire of the Government of the U.S.A.*, *cit. in ibid.*, p. 174.

120. *Ibid.*, p. 174 (sem ênfase no original). [Tradução: (...) “estabelece direitos não apenas para o funcionário consular mas, talvez de modo ainda mais importante, para os nacionais do Estado que envia que têm assegurado o acesso aos funcionários consulares e, através destes, a outras pessoas”.]

20. Esta argumentação dos Estados Unidos perante a CIJ não poderia ser mais clara, somando-se à dos Estados latino-americanos intervenientes no presente procedimento consultivo perante a Corte Interamericana (*supra*), contribuindo todos, em conjunto, a situar o artigo 36 da citada Convenção de Viena de 1963 inescapavelmente no universo conceitual dos direitos humanos. Ao ter sustentado esta tese perante a CIJ, em meu entender, os Estados Unidos não podem pretender fazer uso, no presente procedimento consultivo perante a Corte Interamericana, de uma posição orientada em sentido oposto sobre o mesmo ponto (tal como adverte a jurisprudência internacional):<sup>121</sup> *allegans contraria non audiendus est*.
21. Este princípio básico do direito processual é válido tanto para os países de *droit civil*, como os latino-americanos (em virtude da doutrina, do direito romano clássico, *venire contra factum proprium non valet*, desenvolvida com base em considerações de equidade, *aequitas*) como para os países de *common law*, como os Estados Unidos (em razão da instituição do *estoppel*, da tradição jurídica anglo-saxônica). E, de todo modo, não poderia ser de outra forma, em aras de preservar a confiança e o princípio da boa-fé que devem sempre primar no processo internacional.
22. Para salvaguardar a credibilidade do trabalho no domínio da proteção internacional dos direitos humanos há de se precaver contra os *double standards*: o real compromisso de um país com os direitos humanos se mede, não tanto por sua capacidade de preparar unilateralmente, *sponte sua* e à margem dos instrumentos internacionais de proteção, relatórios governamentais sobre a situação dos direitos humanos em outros países, mas em realidade por sua iniciativa e determinação de tornar-se Parte nos tratados de direitos humanos, assumindo assim as obrigações convencionais de proteção consagradas nestes. No presente domínio de proteção, os mesmos critérios, princípios e normas devem ser válidos para todos os Estados, independentemente de sua estrutura federal ou unitária, ou quaisquer outras considerações, assim como operar em benefício de todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade ou de quaisquer outras circunstâncias.

### III. A Cristalização do Direito Individual Subjetivo à Informação sobre a Assistência Consular

23. A ação de proteção, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não busca reger as relações entre iguais, mas proteger os ostensivamente mais fracos e vulneráveis. Tal ação de proteção assume importância crescente em um mundo dilacerado por distinções entre nacionais e estrangeiros (inclusive discriminações *de jure*, notadamente *vis-à-vis* os imigrantes), em um mundo “globalizado” em que as fronteiras se abrem aos capitais, investimentos e serviços mas não necessariamente aos seres humanos. Os estrangeiros detidos, em um meio social e jurídico e em um idioma diferentes dos seus e que não conhecem suficientemente, experimentam muitas vezes uma condição de particular vulnerabilidade, que o direito à informação sobre a assistência consular, enquadrado no universo conceitual dos direitos humanos, busca remediar.
24. Os países latino-americanos, com sua reconhecida contribuição à teoria e prática do Direito Internacional, e hoje em dia todos Estados Partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contribuíram à prevalência deste entendimento, como exemplificado pela argumentação neste sentido dos Estados intervenientes no presente procedimento consultivo (*cf. supra*). Também os Estados Unidos deram sua contribuição à vinculação de aspectos das relações diplomáticas e consulares com os direitos humanos, tal como exemplificado por suas alegações no contencioso internacional dos *Reféns em Teerã (supra)*. Aquelas alegações, somadas ao esmero e determinação revelados sempre e quando se trata de defender os interesses de seus próprios nacionais no exterior,<sup>122</sup> sugerem que os argumentos apresentados pelos Estados Unidos no presente procedimento consultivo constituem um fato isolado, sem maiores consequências.
25. Recorde-se que, no já citado caso dos *Reféns (Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos) em Teerã* (Estados Unidos *versus* Irã), nas medidas provisórias de proteção ordenadas em 15.12.1979, a CIJ ponderou que a condução sem obstáculos das relações consulares, estabelecidas desde tempos antigos “*entre os povos*”, não é menos importante no contexto do Direito Internacional contemporâneo, “ao promover o desenvolvimento de relações amistosas *entre as nações* e *assegurar proteção e assistência aos estrangeiros residentes no território de outros Estados*” (par. 40).<sup>123</sup> Sendo assim, acrescentou a Corte, nenhum Estado pode deixar de reconhecer “as obrigações imperativas” codificadas nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas (de 1961) e sobre Relações Consulares (de 1963) (par. 41).<sup>124</sup>

121. *Cf., v.g.,* Ch. de Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de Droit international public*, Paris, Pédone, 1972, pp. 49-52.

122. *Cf.* [Department of State/Office of American Citizens Services,] *Assistance to U.S. Citizens Arrested Abroad* (Summary of Services Provided to U.S. Citizens Arrested Abroad), pp. 1-3.

123. *ICJ Reports* (1979) pp. 19-20 (sem ênfase no original).

124. *Ibid.*, p. 20. - A linguagem utilizada pela Corte de Haia foi muito clara, em nada sugerindo uma visão das referidas Convenções de Viena de 1961 e 1963 sob uma ótica contratualista no plano de relações exclusivamente interestatais; ao contrário, advertiu ela que a normativa das

26. Cinco meses depois, em sua sentença de 24.05.1980 no mesmo caso dos *Reféns em Teerã* (mérito), a CIJ, ao voltar a se referir às disposições das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e sobre Relações Consulares (1963), afirmou: primeiro, seu caráter universal (par. 45); segundo, suas obrigações, não meramente contratuais, mas em realidade impostas pelo próprio Direito Internacional geral (par. 62); e terceiro, seu caráter imperativo (par. 88) e sua importância capital no “mundo interdependente” de hoje (pars. 91-92).<sup>125</sup> A Corte chegou inclusive a invocar expressamente, em relação a tais disposições, o enunciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (par. 91).<sup>126</sup>
27. A localização da matéria em exame no domínio da proteção internacional dos direitos humanos conta, pois, com reconhecimento judicial, já não mais podendo subsistir dúvidas sobre uma *opinio juris neste* sentido. É esta tão clara e contundente que não teria sequer como tentar acudir à figura nebulosa do assim-chamado “objeto persistente” (*persistent objector*). Há mais de uma década me referi a esta formulação inconvincente, que jamais encontrou o respaldo que buscou em vão na jurisprudência internacional, como uma nova manifestação da velha concepção voluntarista do Direito Internacional, inteiramente inaceitável na atual etapa de evolução da comunidade internacional; a jurisprudência internacional, sobretudo a partir da sentença da Corte Internacional de Justiça nos casos da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (1969), tem confirmado de forma inequívoca que o elemento subjetivo do costume internacional é a *communis opinio juris* (pelo menos a maioria geral dos Estados), e de forma alguma a *voluntas* de cada Estado individualmente.<sup>127</sup>
28. No mundo interdependente de nossos dias, a relação entre o direito à informação sobre a assistência consular e os direitos humanos se impõe por aplicação do princípio da não discriminação, de grande potencial (não suficientemente desenvolvido até o presente) e de importância capital na proteção dos direitos humanos, extensiva a este aspecto das relações consulares. Tal direito, situado na confluência entre estas relações e os direitos humanos, contribui a estender o manto protetor do Direito a aqueles que se encontram em situação de desvantagem - os estrangeiros detidos - e que, por isso, mais necessitam desta proteção, sobretudo constantemente ameaçados nos meios sociais ou atemorizados pela violência policial.
29. Ao emitir nesta data o décimo sexto Parecer Consultivo de sua história, a Corte Interamericana, no exercício de sua função consultiva dotada de ampla base jurisdicional, atuou à altura das responsabilidades que lhe atribui a Convenção Americana.<sup>128</sup> Deste Parecer Consultivo - e em particular de seus pontos resolutivos 1 e 2 - decorre claramente que não é mais possível considerar o direito à informação sobre a assistência consular (de acordo com o artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963) sem vinculá-lo diretamente ao *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
30. No marco deste último, a titularidade jurídica internacional do ser humano, emancipado do jugo estatal, - tal como anteviam os chamados fundadores do Direito Internacional (o direito *de gentes*), - é em nossos dias uma realidade. O modelo westphaliano do ordenamento internacional se encontra esgotado e superado. O acesso do indivíduo à justiça no âmbito internacional representa uma verdadeira revolução jurídica, talvez o mais importante legado que levaremos ao próximo século. Daí a importância capital, nesta conquista histórica, do direito de petição individual conjugado com a cláusula facultativa da jurisdição obrigatória das Cortes Interamericana e Europeia<sup>129</sup> de Direitos Humanos, que, em meu Voto Concordante no caso *Castillo Petruzzi versus Peru* (exceções preliminares, sentença de 4.09.1998) perante esta Corte, permiti-me denominar como verdadeiras *cláusulas pétreas* da proteção internacional dos direitos humanos (parágrafo 36).
31. As Convenções “normativas”, de codificação do Direito Internacional, tal como a Convenção de Viena sobre

duas Convenções tem incidência nas relações entre os povos e as nações, assim como na proteção e assistência aos estrangeiros no território de outros Estados. Já então (fins dos anos setenta), não havia como deixar de relacionar tal normativa com os direitos humanos.

125. *ICJ Reports* (1980) pp. 24, 31 e 41-43.

126. *Ibid.*, p. 42. - Em seu voto Separado, o Juiz M. Lachs se referiu às disposições das citadas Convenções de Viena de 1961 e 1963 como “o bem comum da comunidade internacional”, tendo sido “confirmadas no interesse de todos” (*ibid.*, p. 48).

127. A.A. Cançado Trindade, “*Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States*”, *Thesaurus Acroasium - Sources of International Law* (XVI Session, 1988), Thessaloniki (Grecia), Institute of Public International Law and International Relations, 1992, pp. 77-79.

128. A Corte Interamericana, como tribunal internacional de direitos humanos, encontra-se particularmente habilitada a pronunciar-se sobre a consulta que lhe foi formulada, de teor distinto aos dos casos contenciosos recentemente submetidos à CIJ sobre aspectos da aplicação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. Observe-se, a respeito, que, no recente caso *LaGrand* (Alemanha versus Estados Unidos), nas medidas provisórias de proteção ordenadas pela CIJ em 3.03.1999, em sua Explicação de Voto um dos Juízes se permitiu recordar que, em sua função contenciosa como órgão judicial principal das Nações Unidas, a Corte Internacional de Justiça se limita a resolver as controvérsias internacionais relativas aos *direitos e deveres dos Estados* (inclusive de medidas provisórias de proteção) - (*cf.* Declaração do Juiz S. Oda, caso *LaGrand* (Alemanha versus Estados Unidos), *ICJ Reports* (1999) pp. 18-20, pars. 2-3 e 5-6; e *cf.*, no mesmo sentido, Declaração do Juiz S. Oda, caso *Breard* (Paraguai versus Estados Unidos), *ICJ Reports* (1998) pp. 260-262, pars. 2-3 e 5-7).

129. Quanto a esta última, anteriormente ao Protocolo XI à Convenção Europeia de Direitos Humanos, que entrou em vigor em 1.11.1998.

Relações Consulares de 1963, adquirem vida própria que certamente independe da vontade individual de cada um dos Estados Partes. Estas Convenções representam muito mais que a soma das vontades individuais dos Estados Partes, propiciando também o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional. A adoção de tais Convenções veio a demonstrar que suas funções transcendem em muito as associadas com a concepção jurídica de “contratos”, que influenciou na origem e no desenvolvimento histórico dos tratados (sobretudo os bilaterais). Um grande objetivo da ciência jurídica contemporânea reside precisamente em emancipar-se de um passado influenciado por analogias com o direito privado (e, em particular, com o direito dos contratos),<sup>130</sup> pois nada é mais antitético ao papel reservado às Convenções de codificação no Direito Internacional contemporâneo que a visão tradicional contratualista dos tratados.<sup>131</sup>

32. As Convenções de codificação do Direito Internacional, tal como a citada Convenção de Viena de 1963, uma vez adotadas, ao invés de “congelar” o Direito Internacional geral, em realidade estimulam seu maior desenvolvimento; em outras palavras, o Direito Internacional geral não apenas sobrevive a tais Convenções, mas é revitalizado por elas.<sup>132</sup> Aqui, uma vez mais, se faz presente o fator tempo, como instrumental para a formação e cristalização de normas jurídicas - tanto convencionais como consuetudinárias - ditadas pelas necessidades sociais,<sup>133</sup> e em particular as de proteção do ser humano.
33. O desenvolvimento progressivo do Direito Internacional se realiza igualmente mediante a aplicação dos tratados de direitos humanos: tal como sinalizei em meu citado Voto Concordante no caso *Castillo Petruzzi* (1998 - *supra*), o fato de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, superando dogmas do passado (particularmente os do positivismo jurídico de triste memória), vai muito além do Direito Internacional Público em matéria de proteção, ao abarcar o tratamento dispensado pelos Estados a todos os seres humanos sob suas respectivas jurisdições, em nada afeta nem ameaça a unidade do Direito Internacional Público; todo o contrário, contribui a afirmar e desenvolver a aptidão deste último para assegurar o cumprimento das obrigações convencionais de proteção contraídas pelos Estados *vis-à-vis* todos os seres humanos - independentemente de sua nacionalidade ou de qualquer outra condição - sob suas jurisdições.
34. Estamos, pois, diante de um fenômeno bem mais profundo que o recurso tão apenas e *per se* a regras e métodos de interpretação de tratados. A relação entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional dos Direitos Humanos dá testemunho do reconhecimento da centralidade, neste novo *corpus juris*, dos direitos humanos universais, o que corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos. Na *civitas maxima gentium* de nossos dias, tornou-se imprescindível proteger, contra um tratamento discriminatório, os estrangeiros detidos, vinculando assim o direito à informação sobre a assistência consular com as garantias do devido processo legal consagradas nos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos.
35. Neste final de século, temos o privilégio de testemunhar o processo de *humanização* do Direito Internacional, que hoje alcança também este aspecto das relações consulares. Na confluência destas com os direitos humanos, cristalizou-se o direito individual subjetivo<sup>134</sup> à informação sobre a assistência consular, de que são titulares todos os seres humanos que se vejam em necessidade de exercê-lo: este direito individual, situado no universo conceitual dos direitos humanos, é hoje respaldado tanto pelo Direito Internacional convencional como pelo Direito Internacional consuetudinário.

Antônio Augusto Cançado Trindade  
Juiz

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

130. Shabtai Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 187.

131. Nas primeiras décadas deste século, a recusa ao uso de analogias com o direito privado era relacionado ao desenvolvimento insuficiente ou imperfeito do Direito Internacional (Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, Longmans/Archon, 1927 (reprint 1970), pp. 156 e 299). A evolução do Direito Internacional nas últimas décadas recomenda, hoje em dia, uma postura menos complacente a respeito.

132. H.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leiden, Sijthoff, 1972, p. 146; E. McWhinney, *Les Nations Unies et la Formation du Droit*, Paris, Pédone/UNESCO, 1986, p. 53; A. Cassese e J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, W. de Gruyter, 1988, pp. 3-4 (intervenção de E. Jiménez de Aréchaga).

133. Cf. CIJ, Voto Dissidente do Juiz K. Tanaka, casos da *Plataforma Continental do Mar do Norte*, Sentença de 20.02.1969, *ICJ Reports* (1969), pp. 178-179.

134. Já em meados do século se advertia para a impossibilidade da evolução do Direito sem o direito subjetivo individual, expressão de um verdadeiro “direito humano”. J. Dabin, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.

**VOTO CONCORDANTE FUNDAMENTADO DO JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ**

O critério sustentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos neste Parecer Consultivo (OC-16) reúne a mais avançada doutrina do procedimento penal e amplia a proteção dos direitos humanos em um âmbito que constitui, verdadeiramente, a “zona crítica” destes direitos. Com efeito, é aqui onde se encontra a dignidade humana em mais grave risco. Portanto, é neste âmbito onde verdadeiramente se demonstra ou se desvanece - na prática, não apenas no discurso jurídico e político - o Estado Democrático de Direito.

Ao indicar que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece ao estrangeiro detido determinados direitos individuais, admite-se o caráter progressivo e expansivo dos direitos humanos. As formulações incluídas nos grandes textos declaratórios do final do século XVIII reuniram direitos nucleares. Entretanto, não se tratava de um catálogo máximo. Em sucessivas etapas se advertiria e proclamaria a existência de novos direitos, que hoje figuram no extenso conjunto das constituições nacionais e nos instrumentos internacionais. O artigo 36 daquela Convenção amplia esse catálogo.

A história da democracia e dos direitos humanos possui uma relação estreita com a evolução do sistema persecutório. O processo penal é um cenário fidedigno do progresso moral, jurídico e político da humanidade. De ser objeto do processo, o acusado passou a ser sujeito de uma relação jurídica concebida em termos diferentes. Nela o acusado é titular de direitos e garantias, que são o escudo do cidadão frente ao poder arbitrário. A chamada “justiça penal democrática” reconhece e desenvolve estes direitos.

O processo penal -entendido em sentido amplo, que também compreende todas as atividades persecutórias públicas prévias ao conhecimento judicial de uma imputação- não permaneceu estático ao longo do tempo. Aos direitos elementares da primeira etapa somaram-se novos direitos e garantias. O que conhecemos como o “devido processo penal”, coluna vertebral da persecução do delito, é o resultado desta longa caminhada, alimentada pela lei, pela jurisprudência -entre ela, a progressiva jurisprudência norte-americana- e a doutrina. Isto ocorreu no plano nacional, mas também na ordem internacional. Os desenvolvimentos dos primeiros anos foram superados por novos desenvolvimentos, e seguramente os anos por vir trarão novidades na permanente evolução do devido processo dentro da concepção democrática da justiça penal.

A OC-16 se sustenta na admissão expressa desta evolução, e por isso reúne o que se poderia denominar de a “fronteira atual” do procedimento, que certamente vai além dos limites traçados anteriormente. A evolução do procedimento foi constante e notável no meio século transcorrido depois da Segunda Guerra Mundial. Sobre isso há abundantes testemunhos. O direito a contar com defesa no processo foi ampliado e enriquecido pelo direito a dispor de advogado desde o primeiro momento da detenção. O direito a conhecer os motivos do procedimento se ampliou com o direito a dispor de tradutor quando não se conhece o idioma no qual aquele se desenvolve. O direito a declarar se complementou com sua contrapartida natural: a faculdade de não declarar. Estes são apenas alguns exemplos do avanço nas normas e nas práticas do procedimento, um avanço que não se deve perder.

As novas circunstâncias da vida social trazem consigo necessidades diversas que é preciso atender com instituições adequadas, que antes pareciam desnecessárias e agora são indispensáveis. Cada novidade suscita direitos e garantias inéditos, que concorrem a construir o devido processo penal dos novos tempos. Assim, a crescente migração determina passos adiante em diversas vertentes do direito, entre elas o procedimento penal, com modalidades ou garantias pertinentes para o processamento de estrangeiros. O desenvolvimento jurídico deve tomar em conta estas novidades e revisar, à luz delas, os conceitos e as soluções aos problemas emergentes.

Os estrangeiros submetidos ao processo penal -em especial, ainda que não exclusivamente, quando se veem privados de liberdade- devem contar com meios que lhes permitam um verdadeiro e pleno acesso à justiça. Não basta que a lei lhes reconheça os mesmos direitos que aos demais indivíduos, nacionais do Estado no qual tramita o processo. Também é necessário que a estes direitos se agreguem aqueles outros que lhes permitam comparecer em pé de igualdade perante a justiça, sem as graves limitações que implicam a estranheza cultural, a ignorância do idioma, o desconhecimento do meio e outras restrições reais de suas possibilidades de defesa. A persistência destas, sem figuras de compensação que estabeleçam vias realistas de acesso à justiça, faz com que as garantias processuais se convertam em direitos nominais, meras fórmulas normativas, desprovidas de conteúdo real. Nestas condições, o acesso à justiça se torna ilusório.

Os direitos e garantias que integram o devido processo -jamais uma realidade esgotada, mas um sistema dinâmico, em constante formação- são peças necessárias deste; se desaparecem ou mínguam, não há devido processo. Deste modo, trata-se de partes indispensáveis de um conjunto; cada uma é indispensável para

que este exista e subsista. Não é possível sustentar que há devido processo quando o julgamento não se desenvolve perante um tribunal competente, independente e imparcial, ou quando o acusado desconhece as acusações feitas contra ele, ou quando não existe a possibilidade de apresentar provas e de formular alegações, ou quando está excluído o controle por parte de um órgão superior.

A ausência ou o desconhecimento destes direitos destroem o devido processo e não podem ser sanados com a pretensão de demonstrar que, apesar de não existir garantias de julgamento devido, foi justa a sentença que profere o tribunal no marco de um processo penal irregular. Considerar que é suficiente alcançar um resultado supostamente justo, isto é, uma sentença conforme à conduta realizada pelo sujeito, para que se convalide a forma de obtê-la, equivale a recuperar a ideia de que “o fim justifica os meios” e a licitude do resultado depura a ilicitude do procedimento. Hoje em dia se investiu na fórmula: “a legitimidade dos meios justifica o fim alcançado”; em outros termos, apenas é possível chegar a uma sentença justa, que faça a justiça de uma sociedade democrática, quando foram lícitos os meios (processuais) utilizados para proferi-la.

Se para determinar a necessidade ou pertinência de um direito no curso do processo -com o propósito de determinar se seu exercício é indispensável ou dispensável- abre-se mão do exame e da demonstração de seus efeitos sobre a sentença, caso por caso, incorrer-se-ia em uma perigosa relativização dos direitos e garantias, que faria retroceder o desenvolvimento da justiça penal. Com este conceito seria possível -e ademais inevitável- submeter ao mesmo exame todos os direitos: haveria de se ponderar casuisticamente até que ponto influem em uma sentença a falta de defensor, a ignorância sobre as acusações, a detenção irregular, a aplicação de torturas, o desconhecimento dos meios processuais de controle, e assim sucessivamente. A consequência seria a destruição do próprio conceito de devido processo, com todas as consequências que dele derivariam.

O relativamente novo direito do acusado estrangeiro a ser informado sobre o direito que lhe cabe de recorrer à proteção consular não é uma criação desta Corte, através da OC-16. O Tribunal simplesmente recolhe o direito estabelecido na Convenção de Viena sobre Relações Consulares e o incorpora na formação dinâmica do conceito de devido processo legal em nosso tempo. Em suma, reconhece sua natureza e reafirma seu valor.

Nesse sentido, o direito individual que aqui se analisa fica inscrito entre as normas de respeito obrigatório durante um procedimento penal. O princípio de legalidade penal, aplicável ao procedimento e não apenas ao regime dos tipos e das penas, supõe a observância pontual dessas normas.

Se o direito à informação consular já forma parte do conjunto de direitos e garantias que integram o devido processo, é evidente que a violação daquele traz consigo as consequências que necessariamente produz uma conduta ilícita dessas características: nulidade e responsabilidade. Isto não significa impunidade, porque é possível dispor a reposição do procedimento a fim de que se realize de maneira regular. Esta possibilidade é amplamente conhecida no direito processual e não requer maiores considerações.

A OC-16 se refere principalmente ao caso de aplicabilidade ou aplicação da pena de morte, ainda que os conceitos processuais em questão não se restrinjam necessariamente, por sua própria natureza, aos supostos relacionados com essa pena. É um fato, desde logo, que a sanção capital, a mais grave que prevê o direito punitivo, projeta suas características sobre o tema que nos ocupa. As consequências da violação do direito à informação, quando está em jogo uma vida humana, são infinitamente mais graves que em outros casos -ainda que tecnicamente sejam iguais- e, além disso, tornam-se irreparáveis se for executada a pena imposta. Nenhuma precaução será suficiente para assegurar a absoluta regularidade do procedimento que desemboca na disposição de uma vida humana.

Ao adotar o critério sustentado na OC-16, a Corte confirma o passo adiante que numerosas legislações deram na racionalização da justiça penal. A admissão deste critério contribuirá para que o procedimento penal seja, como deve ser, um meio civilizado para restabelecer a ordem e a justiça. Trata-se, evidentemente, de um ponto de vista coerente com a evolução da justiça penal e com os ideais de uma sociedade democrática, exigente e rigorosa nos métodos que utiliza para realizar justiça.

Sergio García Ramírez  
Juiz

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário



**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**PARECER CONSULTIVO 16/99 - O DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE A ASSISTÊNCIA CONSULAR**  
**NO MARCO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - DE 17 DE SETEMBRO DE 2003,**  
**SOLICITADO PELOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**  
**A CONDIÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS**

Estiveram presentes: \*

Antônio A. Cançado Trindade, Presidente;  
Sergio García Ramírez, Vice-Presidente;  
Hernán Salgado Pesantes, Juiz;  
Oliver Jackman, Juiz;  
Alirio Abreu Burelli, Juiz, e  
Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juiz,

presentes, ademais,

Manuel E. Ventura Robles, Secretário, e  
Pablo Saavedra Alessandri, Secretário Adjunto.

**A CORTE**

integrada na forma antes mencionada,

profere o seguinte Parecer Consultivo:

**I**

**Apresentação da Consulta**

1. Em 10 de maio de 2002, os Estados Unidos Mexicanos (doravante denominado “México” ou “Estado solicitante”), com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção Americana”, “a Convenção” ou “o Pacto de San José”), submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”) um pedido de Parecer Consultivo (doravante denominado também “consulta”) sobre a “[...] privação do desfrute e exercício de certos direitos trabalhistas [aos trabalhadores migrantes,] e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos; bem como com a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas aquelas oponíveis *erga omnes*, em contraste com a consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano”. Além disso, a consulta trata sobre “o caráter que os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação”.
2. Além disso, o México expôs as considerações que originaram a consulta e, entre elas, afirmou que:  
Os trabalhadores migrantes, bem como o restante das pessoas, devem ter garantido o desfrute e exercício dos direitos humanos nos Estados onde residem. Entretanto, sua vulnerabilidade os torna alvo fácil de violações a seus direitos humanos, em especial baseadas em critérios de discriminação e, em consequência, coloca-os em uma situação de desigualdade perante a lei quanto [a]o desfrute e exercício efetivos destes direitos.  
[...]

---

\*O Juiz Máximo Pacheco Gómez informou à Corte que, por motivos de força maior, não poderia estar presente no LX Período Ordinário de Sessões do Tribunal, de modo que não participou na deliberação e assinatura do presente Parecer Consultivo.

No contexto já descrito, preocupa-lhe profundamente o Governo do México a incompatibilidade de interpretações, práticas e expedição de leis por parte de alguns Estados da região, com o sistema de direitos humanos da OEA. O Governo do México considera que tais interpretações, práticas ou leis implicam negar, entre outros, direitos trabalhistas com base em critérios discriminatórios fundamentados na condição migratória dos trabalhadores indocumentados. O anterior poderia alentar os empregadores a utilizar essas leis ou interpretações para justificar a perda progressiva de outros direitos trabalhistas. Por exemplo: pagamento de horas extras, antiguidade no emprego, salários atrasados, licença maternidade, abusando assim da condição de vulnerabilidade em que se encontram os trabalhadores migrantes indocumentados. Nesse contexto, as violações aos instrumentos internacionais que protegem os direitos humanos dos trabalhadores migrantes na região constituem uma ameaça real para a vigência dos direitos protegidos por tais instrumentos.

3. As regras cuja interpretação o México solicitou ao Tribunal são as seguintes: os artigos 3.1 e 17 da Carta da Organização dos Estados Americanos (doravante denominada “a OEA”); o artigo II (Direito de Igualdade perante a Lei) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração Americana”); os artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno), e 24 (Igualdade perante a Lei) da Convenção Americana; os artigos 1, 2.1 e 7 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante denominada “a Declaração Universal”), e os artigos 2.1, 2.2, 5.2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

4. Com base nas disposições anteriores, o México solicitou o parecer da Corte sobre os seguintes assuntos:

No contexto do princípio de igualdade jurídica, consagrado no artigo II da Declaração Americana, no artigo 24 da Convenção Americana, no artigo 7 da Declaração Universal e no artigo 26 do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ...],

1) Pode um Estado americano, em relação à sua legislação trabalhista, estabelecer um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados quanto ao desfrute de seus direitos trabalhistas em relação aos residentes legais ou aos cidadãos, no sentido de que esta condição migratória dos trabalhadores impede *per se* o desfrute de tais direitos?

2.1) O artigo 2, parágrafo 1 da Declaração Universal e II da Declaração Americana e os artigos 2 e 26 do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos], bem como 1 e 24 da Convenção Americana, devem ser interpretados no sentido de que a permanência legal das pessoas no território de um Estado americano é condição necessária para que este Estado respeite e garanta os direitos e liberdades reconhecidos nestas disposições às pessoas sujeitas à sua jurisdição?

2.2) À luz das disposições citadas na pergunta anterior[,] é possível considerar que a privação de um ou mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição indocumentada de um trabalhador migrante, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei impostas através das disposições mencionadas?

Com fundamento no artigo 2, parágrafos 1 e 2, e no artigo 5, parágrafo 2, [ambos] do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,

3) Qual seria a validade da interpretação, por parte de um Estado americano, no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade perante a lei e à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, para a consecução de objetivos de política migratória contidos em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e de outras obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos oponíveis *erga omnes*?

Em razão do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação, em especial, através das disposições mencionadas nos instrumentos mencionados no presente pedido,

4) Atualmente, que caráter têm o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o Direito Internacional geral, e nesse contexto, podem ser consideradas como a expressão de regras de *jus cogens*? Se a resposta a esta segunda pergunta for afirmativa, que efeitos jurídicos se derivam para os Estados membros da OEA, individual e coletivamente, no contexto da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2, parágrafo 1º, do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos], o cumprimento dos direitos humanos a que se referem o artigo 3, inciso (I) e o artigo 17 da Carta da OEA?

5. Como Agente, foi designado o senhor Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco e como Agente Assistente o Embaixador do México na Costa Rica, senhor Carlos Pujalte Piñeiro.

## II

## Procedimento perante a Corte

6. Através de comunicações de 10 de julho de 2002, a Secretaria da Corte (doravante denominada “a Secretaria”), em cumprimento do que dispõe o artigo 62.1 do Regulamento da Corte (doravante denominado “o Regulamento”), transmitiu o pedido de Parecer Consultivo a todos os Estados membros, ao Secretário Geral da OEA, ao Presidente do Conselho Permanente da OEA e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, informou-lhes o prazo determinado pelo Presidente da Corte (doravante denominado “o Presidente”), em consulta com os demais Juízes que integram o Tribunal, para a apresentação das observações escritas ou outros documentos relevantes em relação ao pedido mencionado.
7. Em 12 de novembro de 2002, o México apresentou um escrito, através do qual enviou cópia de uma comunicação de sua Secretaria de Relações Exteriores que informava sobre um parecer da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre direitos trabalhistas de trabalhadores migrantes.
8. Em 14 de novembro de 2002, o Estado de Honduras apresentou suas observações escritas. Algumas folhas estavam ilegíveis. No dia 18 do mesmo mês e ano, foi recebido de forma completa o escrito de observações.
9. Em 15 de novembro de 2002, o México apresentou uma comunicação, através da qual enviou informação complementar à consulta, e incluiu a versão em inglês de um parecer formal que este Estado solicitou ao Escritório Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o qual, segundo este, “é de especial relevância para o [...] procedimento consultivo”.
10. Em 26 de novembro de 2002, o Estado da Nicarágua apresentou suas observações escritas.
11. Em 27 de novembro de 2002, as Clínicas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade San Francisco de Quito apresentaram um escrito na qualidade de *amicus curiae*.
12. Em 3 de dezembro de 2002, o México apresentou uma comunicação, através da qual enviou a versão em espanhol do parecer formal que havia pedido ao Escritório Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (par. 9 *supra*).
13. Em 12 de dezembro de 2002, o *Delgado Law Firm* apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*.
14. Em 8 de janeiro de 2003, as senhoritas Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM), apresentaram, via correio eletrônico, um escrito na qualidade de *amici curiae*. O original desta comunicação foi apresentado em 10 de janeiro de 2003.
15. Em 13 de janeiro de 2003, os Estados de El Salvador e do Canadá apresentaram suas observações escritas.
16. Em 13 de janeiro de 2003, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou suas observações escritas.
17. Em 13 de janeiro de 2003, os Estados Unidos da América apresentaram uma comunicação, através da qual informaram à Corte que não apresentariam observações ao pedido de Parecer Consultivo.
18. Em 13 de janeiro de 2003, a *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* e a *Harvard Law School*, o *Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools* e o *Centro de Justiça Global* apresentaram um escrito na qualidade de *amici curiae*.
19. Em 16 de janeiro de 2003, o Presidente proferiu uma Resolução, através da qual convocou para “uma audiência pública sobre o pedido de Parecer Consultivo OC-18, no dia 24 de fevereiro de 2003, às 9:00 horas”, com o propósito de “que os Estados membros e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresent[assem] seus argumentos orais”.
20. Em 17 de janeiro de 2003, o Estado da Costa Rica apresentou suas observações escritas.
21. Em 29 de janeiro de 2003, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente e através da comunicação CDH-S/067, convidou a senhora Gabriela Rodríguez, Relatora Especial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, para que participasse como Observadora durante a audiência pública convocada para o dia 24 de fevereiro de 2003 (par. 19 *supra*).
22. Em 3 de fevereiro de 2003, a Secretaria transmitiu cópia da informação complementar ao pedido de Parecer

Consultivo enviado pelo México (pars. 9 e 12 *supra*), das observações escritas apresentadas pelos Estados de Honduras, Nicarágua, El Salvador, Canadá e Costa Rica (pars. 8, 10, 15 e 20 *supra*), bem como das apresentadas pela Comissão Interamericana (par. 16 *supra*), a todos estes.

23. Em 6 de fevereiro de 2003, o senhor Mario G. Obledo, Presidente da *National Coalition of Hispanic Organizations*, apresentou um escrito de respaldo ao pedido de Parecer Consultivo.
24. Em 6 de fevereiro de 2003, o senhor Thomas A. Brill, do *Law Office of Sayre & Chavez*, apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*.
25. Em 6 de fevereiro de 2003, o senhor Javier Juárez, do *Law Office of Sayre & Chavez*, apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*.
26. Em 7 de fevereiro de 2003, o México apresentou um escrito, através do qual substituiu o Agente Assistente, Embaixador Carlos Pujalte Piñeiro, pelo senhor Ricardo García Cervantes, atual Embaixador do México na Costa Rica (par. 5 *supra*).
27. Em 10 de fevereiro de 2003, a senhora Beth Lyon enviou, via correio eletrônico, um escrito na qualidade de *amici curiae* apresentado por *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*.
28. Em 13 de fevereiro de 2003, a *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* e a *Harvard Law School*, o *Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools* e o *Centro de Justiça Global* enviaram uma versão final e corrigida de seu escrito apresentado anteriormente na qualidade de *amici curiae* (par. 18 *supra*).
29. Em 13 de fevereiro de 2003, a senhora Rebecca Smith enviou outra cópia do escrito na qualidade de *amici curiae* apresentado por *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States* (par. 27 *supra*).
30. Em 21 de fevereiro de 2003, a Academia de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da *American University*, *Washington College of Law* e o Programa de Direitos Humanos da Universidade Ibero-Americana do México apresentaram um escrito na qualidade de *amici curiae*.
31. Em 21 de fevereiro de 2003, o *Center for International Human Rights* da *Northwestern University, School of Law* apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*. A versão original desse escrito foi apresentada em 24 de fevereiro de 2003.
32. Em 24 de fevereiro de 2003 foi realizada uma audiência pública na sede da Corte, na qual foram recebidos os argumentos orais dos Estados participantes e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Compareceram perante a Corte:

*pelos Estados Unidos Mexicanos:*

-Juan Manuel Gómez Robledo, Agente;  
 -Ricardo García Cervantes, Agente Assistente e Embaixador do México na Costa Rica;  
 -V́ctor Manuel Uribe Aviña, Assessor;  
 -Salvador Tinajero Esquivel, Assessor, Diretor de Coordenação Interinstitucional e ONG's da Direção-Geral de Direitos Humanos da Chancelaria, e  
 -María Isabel Garza Hurtado, Assessora;

*por Honduras:*

-Álvaro Agüero Lacayo, Embaixador de Honduras na Costa Rica, e  
 -Argentina Wellermann Ugarte, Primeira-Secretária da Embaixada de Honduras na Costa Rica;

*pela Nicarágua:*

-Mauricio Díaz Dávila, Embaixador da Nicarágua na Costa Rica;

*por El Salvador:*

-Hugo Roberto Carrillo, Embaixador de El Salvador na Costa Rica, e

-José Roberto Mejía Trabanino, Coordenador de Temas Globais do Ministério das Relações Exteriores de El Salvador;

- pela Costa Rica:*
- Arnoldo Brenes Castro*, Assessor do Ministro das Relações Exteriores;
  - Adriana Murillo Ruin*, Coordenadora do Departamento de Direitos Humanos da Direção-Geral de Política Exterior;
  - Norman Lizano Ortiz*, Funcionário do Departamento de Direitos Humanos da Direção-Geral de Política Exterior;
  - Jhonny Marín*, Chefe do Departamento Jurídico da Direção-Geral de Migração e Estrangeiros, e
  - Marcela Gurdíán*, Funcionária do Departamento Jurídico da Direção Geral de Migração e Estrangeiros; e
- pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:*
- Juan Méndez*, Comissário, e -
  - Helena Olea*, Assistente.

Estiveram presentes, ademais, como *Observadores:*

- pela República Oriental do Uruguai:*
- Jorge María Carvalho*, Embaixador do Uruguai na Costa Rica;
- pelo Paraguai:*
- Mario Sandoval*, Ministro, Encarregado de Negócios da Embaixada do Paraguai na Costa Rica;
- pela República Dominicana:*
- Ramón Quiñones*, Embaixador, Representante Permanente da República Dominicana perante a OEA;
  - Anabella De Castro*, Ministra Conselheira, Encarregada da Seção de Direitos Humanos da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, e
  - José Marcos Iglesias Iñigo*, Representante do Estado da República Dominicana perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos;
- pelo Brasil:*
- Ministro *Nilmarírio Miranda*, Secretário Especial dos Direitos Humanos do Brasil;
  - María De Luján Caputo Winkler*, Encarregada de Negócios da Embaixada do Brasil na Costa Rica, e
  - Gisele Rodríguez Guzmán*, Funcionária da Embaixada do Brasil na Costa Rica;
- pelo Panamá:*
- Virginia I. Burgoa*, Embaixadora do Panamá na Costa Rica;
  - Luis E. Martínez-Cruz*, Encarregado de Negócios da Embaixada do Panamá na Costa Rica, e
  - Rafael Carvajal Arcia*, Diretor de Assessoria Jurídica do Ministério do Trabalho e Desenvolvimento Trabalhista;
- pela Argentina:*
- Juan José Arcuri*, Embaixador da Argentina na Costa Rica;
- pelo Peru:*
- Fernando Rojas S.*, Embaixador do Peru na Costa Rica, e
  - Walter Linares Arenaza*, Primeiro Secretário da Embaixada do Peru na Costa Rica; e
- pela Organização das Nações Unidas:*
- Gabriela Rodríguez*, Relatora sobre os Direitos Humanos dos Migrantes.

33. Em 5 de março de 2003, o México apresentou um escrito, através do qual enviou uma cópia do “texto revisado do argumento oral apresentado pelo Agente” durante a audiência pública realizada em 24 de fevereiro de 2003 (par. 32 *supra*).

34. Em 20 de março de 2003, o México enviou uma cópia do comunicado de imprensa emitido no dia 11 do mesmo mês e ano por sua Secretaria de Relações Exteriores.

35. Em 28 de março de 2003, o México apresentou um escrito, através do qual enviou as respostas às perguntas formuladas pelos Juízes Cançado Trindade e García Ramírez durante a audiência pública (par. 32 *supra*).
36. Em 7 de abril de 2003, o Presidente proferiu uma Resolução, através da qual convocou para “uma audiência pública sobre o pedido de Parecer Consultivo OC-18, no dia 4 de junho de 2003, às 10:00 horas”, com o propósito de que as pessoas e organizações que enviaram escritos na qualidade de *amici curiae* apresentassem seus argumentos orais a esse respeito. Além disso, na Resolução foi indicado que se alguma pessoa ou organização que não apresentou escrito na qualidade de *amicus curiae* desejasse participar durante a audiência pública, poderia fazê-lo com prévia acreditação perante o Tribunal.
37. Em 15 de maio de 2003, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*.
38. Em 16 de maio de 2003, o Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), o Serviço Ecumênico de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF) e a Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, apresentaram, via correio eletrônico, um escrito na qualidade de *amici curiae*. A versão original desse escrito foi apresentada em 28 de maio de 2003.
39. Em 4 de junho de 2003 foi realizada uma audiência pública na ex-Câmara dos Deputados, Ministério das Relações Exteriores, em Santiago do Chile, na qual foram recebidos os argumentos orais, apresentados por diversas pessoas, universidades, instituições e organizações não governamentais, na qualidade de *amici curiae*.

Compareceram perante a Corte:

pela Faculdade de Direito da *Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM)*:

-Itzel Magali Pérez Zagal, Estudante;  
-Karla Micheel Salas Ramírez, Estudante;  
-Gail Aguilar Castañón, Estudante, e  
-Liliana Ivonne González Morales, Estudante;

pela *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services e a Harvard Law School, o Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools e o Centro de Justiça Global*:

-James Louis Cavallaro, Associate Director, Human Rights Program, Harvard Law School;  
-Andressa Caldas, Advogada e Diretora Jurídica, Global Justice Center, Rio de Janeiro, Brasil, e  
-David Flechner, Representative, Harvard Law Student Advocates for Human Rights;

pela *Law Office of Sayre & Chavez*:

-Thomas A. Brill, Attorney at Law;

pelas *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*:

-Beth Lyon, Assistant Professor of Law, Villanova University School of Law, e  
-Rebecca Smith, Attorney, National Employment Law Project;

pelo *Center for International Human Rights da Northwestern University, School of Law*:

Douglas S. Cassel, Diretor, e  
-Eric Johnson;

pelo *Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM)*:

-Jorge A. Bustamante, Pesquisador;

pelo *Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)*:

-Francisco Cox, Advogado;

pelo *Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), o Serviço Ecumênico de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF) e a Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires*:

-Pablo Ceriani Cernadas, Advogado do CELS e Coordenador da Clínica Jurídica;

pelo *Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)*:

-Juan Carlos Murillo, Oficial de Capacitação da Unidade Jurídica Regional; e

pelos *Conselho Centro-Americano de Procuradores de Direitos Humanos*:

- *Juan Antonio Tejada Espino*, Presidente do Conselho Centro-Americano e Defensor Público da República do Panamá.

Estiveram presentes, ademais, como *Observadores*:

pelos *Estados Unidos Mexicanos*:

- *Ricardo Valero*, Embaixador do México no Chile, e  
- *Alejandro Souza*, Funcionário da Coordenação Geral de Assuntos Jurídicos da Secretaria das Relações Exteriores do México; e

pelos *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*:

- *Helena Olea*, Advogada.

40. Em 4 de junho de 2003, durante a audiência pública realizada em Santiago do Chile, o Conselho Centro-Americano de Procuradores de Direitos Humanos apresentou um documento escrito na qualidade de *amicus curiae*.
41. Em 24 de junho de 2003, o senhor Jorge A. Bustamante enviou, via correio eletrônico, um escrito na qualidade de *amicus curiae*, apresentado pelo Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM). A versão original desse escrito foi apresentada em 3 de julho de 2003.
42. Em 3 de julho de 2003, o senhor Thomas A. Brill, do *Law Office of Sayre & Chavez*, apresentou seus argumentos finais escritos.
43. Em 8 de julho de 2003, a senhora Beth Lyon enviou, via correio eletrônico, os argumentos finais escritos apresentados por *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*. A versão original desse escrito foi recebida em 7 de agosto de 2003.
44. Em 11 de julho de 2003, as senhoritas Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM), apresentaram, via correio eletrônico, seu escrito de argumentos finais. A versão original desse escrito foi apresentada em 18 de julho de 2003.
45. Em 11 de julho de 2003, o *Center for International Human Rights* da *Northwestern University, School of Law* apresentou, via correio eletrônico, seus argumentos finais escritos. A versão original desse escrito foi apresentada em 18 de julho de 2003.
46. Em 30 de julho de 2003, o Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), o Serviço Ecumênico de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF) e a Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires apresentaram seus argumentos finais escritos.

\*\*\*

47. A Corte resume a seguir as observações escritas e orais do Estado solicitante, dos Estados participantes e da Comissão Interamericana, bem como as alegações orais e os escritos apresentados na qualidade de *amici curiae* por diversas pessoas, universidades, instituições e organizações não governamentais:

*Estado solicitante:*

*A respeito da admissibilidade da consulta, o México manifestou em seu pedido que:*

O parecer da Corte teria grande relevância para o efetivo cumprimento das obrigações internacionais por parte das autoridades dos Estados receptores de migrantes, ao precisar o alcance de tais obrigações a respeito da proteção dos direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes indocumentados, independentemente de sua nacionalidade.

O pedido apresentado não pretende que a Corte se pronuncie em abstrato, “mas considere situações concretas em que está chamada a examinar os atos dos órgãos de qualquer Estado americano, à medida em que a aplicação de tais atos possa dar lugar à violação de algum dos direitos protegidos nos tratados e instrumentos invocados no [...] pedido”. Tampouco pretende que a Corte interprete o direito interno de nenhum Estado.

*Além das considerações que originaram a consulta expostas anteriormente (par. 2 supra), o Estado solicitante afirmou que:*

A proteção dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes é também um tema de especial interesse para o México em razão de que existem, aproximadamente, 5.998.500 (cinco milhões novecentos e noventa e oito mil e quinhentos) trabalhadores mexicanos fora do território nacional. Destes, calcula-se que 2.490.000 (dois milhões quatrocentos e noventa mil) são trabalhadores migrantes indocumentados que, ao carecerem de uma situação migratória regular, “se convertem em alvo natural para a exploração humana e trabalhista, devido à sua condição especialmente vulnerável”.

Somente em um período de cinco meses (de 1º de janeiro de 2002 a 7 de maio do mesmo ano), através de suas representações consulares, o México teve de intervir em defesa dos direitos humanos de trabalhadores migrantes mexicanos, por discriminação trabalhista, salários não pagos, indenização por doenças adquiridas em centros de trabalho e acidentes de trabalho, entre outros motivos, em aproximadamente 383 casos.

Os esforços que o México e outros Estados da região vêm realizando em defesa dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes não têm conseguido evitar o recrudescimento de legislações e práticas discriminatórias contra o estrangeiro que busca trabalho em um país distinto ao seu, nem a regulamentação do mercado de trabalho com base em critérios discriminatórios, acompanhados de xenofobia, a qual se ampara na segurança nacional, no nacionalismo ou na preferência nacional.

*Com respeito ao mérito da consulta, o México afirmou em seu pedido:*

*Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra)*

De acordo com o princípio de igualdade jurídica consagrado no artigo II da Declaração Americana, no artigo 24 da Convenção Americana, no artigo 7 da Declaração Universal e no artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, toda medida que propicie um tratamento prejudicial diferenciado a pessoas ou grupos de pessoas que se encontrem no território de um Estado americano e sujeitas à sua jurisdição, é contrária ao reconhecimento de igualdade perante a lei, que proíbe todo tratamento discriminatório com apoio na lei.

Os trabalhadores em situação irregular são objeto de um tratamento hostil devido à sua condição migratória e, em consequência, são considerados como um grupo inferior em relação ao restante dos trabalhadores legais ou nacionais do Estado em questão.

Um órgão de um Estado parte nos instrumentos internacionais anteriormente mencionados que, ao interpretar sua legislação interna, afirme alguma diferença de tratamento no desfrute de um direito trabalhista, baseado apenas na condição migratória de um trabalhador, estaria fazendo uma interpretação contrária ao princípio de igualdade jurídica.

Tal interpretação pode servir de justificativa para que os empregadores demitam trabalhadores indocumentados, ao amparo de um critério preestabelecido que supõe a supressão de certos direitos trabalhistas em razão da condição migratória irregular.

A circunstância anteriormente descrita é ainda mais grave se for considerado que a mesma situação irregular dos trabalhadores indocumentados provoca que sintam temor de recorrer às instâncias governamentais encarregadas de vigiar o cumprimento das regras trabalhistas e, conseqüentemente, os empregadores que incorrem nestas práticas não são punidos. Diferentemente do que ocorre quando se demite trabalhadores nacionais ou residentes legais,

é economicamente mais vantajoso demitir o trabalhador indocumentado devido a que o patrão não estará obrigado a indenizar de nenhuma forma por tais demissões, dando-se uma “clara contradição com o princípio de igualdade perante a lei”.

O direito à igualdade perante a lei tem aplicação não apenas em relação ao desfrute e exercício dos direitos trabalhistas, sendo também extensivo a todo direito reconhecido na legislação interna, de maneira que inclui “um universo de direitos muito maior que os direitos e liberdades fundamentais consagrados no Direito Internacional”. Este alcance do direito à igualdade “tem importantes aplicações na competência dos órgãos de direitos humanos”. Por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas examinou denúncias sobre discriminação de direitos que não se encontram contemplados expressamente no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, rejeitando o argumento de que carece de competência para conhecer de denúncias sobre discriminação no desfrute dos direitos protegidos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O México se referiu ao disposto na Observação Geral nº 18 do Comitê de Direitos Humanos sobre o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

*Quanto à segunda pergunta da consulta (par. 4 supra)*

A partir do estipulado nos artigos 2.1 da Declaração Universal, II da Declaração Americana, 2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 1 e 24 da Convenção Americana, decorre a obrigação dos Estados de garantir o desfrute e exercício efetivo dos direitos contemplados em tais disposições, bem como a proibição de discriminar por motivos de qualquer natureza.

A obrigação dos Estados americanos de cumprir seus compromissos internacionais em matéria de direitos humanos “vai além do simples fato de contar com uma ordem jurídica que garanta o cumprimento de tais direitos”. Os atos de todos os órgãos de um Estado americano devem respeitar estritamente tais direitos, de forma que “a atuação dos órgãos estatais desemboque no real cumprimento e exercício dos direitos humanos garantidos em instrumentos internacionais”.

Os atos de um órgão de um Estado americano, que tivessem como efeito situações de fato contrárias ao desfrute efetivo dos direitos humanos fundamentais, seriam contrários à obrigação estatal de adequar sua conduta aos padrões determinados nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

*Quanto à terceira pergunta da consulta (par. 4 supra)*

É “inaceitável” que um Estado americano subordine ou condicione, de qualquer forma, a observância dos direitos humanos fundamentais à consecução de objetivos de política migratória contidos em suas leis, ignorando obrigações internacionais derivadas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e outras obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos oponíveis *erga omnes*. Isso é assim, apesar de que para justificar tal comportamento sejam invocados objetivos de política interna previstos na legislação doméstica e considerados, sob o ponto de vista governamental, como legítimos para a consecução de certos fins, “incluindo, por exemplo, a aplicação de uma política de controle migratório baseada na luta contra o emprego de estrangeiros indocumentados”.

Nem sequer quando se trata da ordem pública, que é o fim último de qualquer Estado de direito, é aceitável restringir o desfrute e exercício de um direito. Muito menos aceitável seria pretender fazê-lo invocando objetivos de política interna contrários ao bem comum.

“Embora [...] em alguns casos, e sob condições muito específicas, um Estado americano possa restringir ou condicionar o desfrute de um determinado direito, na hipótese apresentada à Corte [...] não seriam satisfeitos os requisitos para tal condicionamento”.

O artigo 5.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos contempla a primazia da regra mais favorável à vítima, “que obriga a buscar, no *corpus iuris gentium*, a regra dirigida a alcançar aquilo que redunde em benefício do ser humano como titular principal dos direitos protegidos no Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

Trata-se de uma espécie de “translação” ao Direito Internacional dos Direitos Humanos da cláusula *Martens*, própria do Direito Internacional Humanitário, a qual confirma o princípio da aplicabilidade do Direito Internacional Humanitário em toda circunstância, inclusive quando os tratados existentes não regulamentem determinadas situações.

Os efeitos jurídicos das obrigações *erga omnes lato sensu* não se realizam apenas entre as partes contratantes do instrumento em questão. Tais efeitos “se produzem como direitos a favor de terceiros (*stipulation pour autrui*), reconhecendo-se assim o direito, e inclusive a obrigação, para os demais Estados -sejam ou não Partes do instrumento em questão- de garantir seu cumprimento”. A esse respeito, o México invocou as decisões da Corte Internacional de Justiça nos casos contenciosos *Barcelona Traction* (1970), *East Timor* (1995) e da *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* (1996).

A jurisprudência internacional, com exceção da relativa a crimes de guerra, “não esclareceu [...] plenamente o regime jurídico aplicável às obrigações *erga omnes*, ou no melhor dos casos o fez com cautela e talvez certo temor. A Corte Interamericana de Direitos Humanos está chamada aqui a desempenhar um papel essencial para determinar o direito aplicável e fazer valer a garantia coletiva que decorre do artigo 1 de seu Estatuto”.

*Quanto à quarta pergunta da consulta (par. 4 supra)*

É abundante “a posição dos doutrinadores de maior competência das distintas nações (artigo 38, parágrafo d) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça) [...] que argumenta que os direitos humanos fundamentais pertencem *ab initio* ao domínio das normas de *jus cogens*”. Também existem opiniões individuais de juízes em relação ao efeito jurídico que deriva do reconhecimento de que uma disposição goza dos atributos inerentes a uma norma de *jus cogens*, conforme o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

O México se referiu aos comentários da Comissão de Direito Internacional aos artigos 40 e 41 do então projeto sobre a responsabilidade dos Estados.

De forma similar ao que ocorre em relação às obrigações *erga omnes*, “a jurisprudência atuou com precaução, ou inclusive aquém, da *opinio iuris communis* (esta última como manifestação da consciência jurídica universal), para consagrar, de uma vez por todas, as normas de *jus cogens* em relação à proteção dos direitos humanos fundamentais e esclarecer seu regime jurídico”.

*Além disso, no escrito apresentado em 15 de novembro de 2002 (pars. 9 e 12 supra), o México acrescentou que:*

*Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra)*

Esta pergunta “está dirigida a precisar a existência de direitos trabalhistas fundamentais que devem desfrutar todos os trabalhadores[,] os quais se

encontram reconhecidos internacionalmente em diversos instrumentos[,] e determinar a negação destes direitos aos trabalhadores em função de sua qualidade migratória significaria conceder um tratamento prejudicial, contrário aos princípios de igualdade jurídica e de não discriminação”.

Os Estados podem conceder um tratamento distinto aos trabalhadores migrantes documentados e aos trabalhadores migrantes indocumentados, ou aos estrangeiros em relação aos nacionais. Tal é o caso dos direitos políticos reconhecidos apenas aos nacionais. Entretanto, sobre os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção, de acordo com o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Não é possível dar um tratamento prejudicial diferenciado na aplicação dos direitos trabalhistas fundamentais, “independentemente de que fora desse corpo normativo básico os Estados se encontram facultados a conceder um tratamento distinto”. O tratamento prejudicial diferenciado a trabalhadores migrantes indocumentados atentaria contra os direitos trabalhistas fundamentais.

Diversos instrumentos internacionais permitem identificar direitos trabalhistas fundamentais dos trabalhadores migrantes. Por exemplo, os artigos 25 e 26 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias reconhecem direitos trabalhistas fundamentais para todos os trabalhadores migrantes, independentemente de seu *status* migratório.

Além disso, em 1º de novembro de 2002, o Escritório Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT) proferiu um parecer formal sobre o alcance e conteúdo da Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho sobre Migrações em Condições Abusivas e Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes e da Recomendação nº 151, relativa aos Trabalhadores Migrantes. Este parecer desenvolve outros direitos trabalhistas fundamentais de todos os trabalhadores migrantes. O México coincide com o Escritório Internacional do Trabalho em que existe um nível básico de proteção aplicável tanto aos trabalhadores documentados como aos indocumentados.

*Quanto à segunda pergunta da consulta (par. 4 supra)*

Existe a possibilidade de que os Estados concedam um tratamento diferente aos migrantes em situação irregular. Entretanto, sob nenhuma circunstância estão facultados a tomar medidas discriminatórias quanto ao desfrute e proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Embora seja possível identificar, com base nos instrumentos internacionais, direitos trabalhistas fundamentais, “este conceito se encontra sujeito a evolução. Na medida [em] que surjam novas regras que se incorporem ao corpo de direitos trabalhistas fundamentais, estas deverão beneficiar a todos os trabalhadores, independentemente de sua situação migratória”.

*Diante das perguntas de alguns juízes que integram a Corte, o México acrescentou que:*

Os direitos trabalhistas fundamentais que não poderiam ser restringidos são aqueles que os instrumentos internacionais de direitos humanos consagram a respeito de todos os trabalhadores, incluídos os migrantes, independentemente de sua situação regular ou irregular. Nesse sentido, parece haver um consenso derivado destes instrumentos internacionais de que existe “um conjunto de direitos que, por sua própria natureza, são de tal forma essenciais à proteção

do princípio de igualdade perante a lei e do princípio de não discriminação, que sua restrição ou suspensão, sob qualquer justificativa, implicaria a violação destes dois princípios cardeais do Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Alguns exemplos destes direitos fundamentais são: direito a igual salário por igual trabalho; direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, incluindo os benefícios da previdência social e outros derivados de empregos anteriores; direito a fundar sindicatos e a se sindicalizar para a defesa de seus interesses; direito às garantias judiciais e administrativas para a determinação de seus direitos; proibição do trabalho forçado ou obrigatório, e proibição do trabalho infantil.

Toda restrição ao desfrute dos direitos fundamentais que se derivam dos princípios de igualdade perante a lei e de não discriminação atenta contra a obrigação *erga omnes* de respeitar os atributos inerentes à dignidade do ser humano, sendo o principal a igualdade em direitos. As formas concretas de discriminação podem variar desde a privação do acesso à justiça para defender os direitos violados até a negação de direitos derivados de uma relação trabalhista. Quando se realizam tais discriminações, por meio de decisões administrativas ou judiciais, atua-se com base na tese de que o desfrute de direitos fundamentais pode estar condicionado à consecução de objetivos de política migratória.

O indivíduo adquiriu a categoria de autêntico sujeito ativo e passivo do Direito Internacional. O indivíduo pode ser sujeito ativo de obrigações em matéria de direitos humanos, bem como responsável individualmente por seu descumprimento. Este aspecto foi desenvolvido no Direito Penal Internacional e no Direito Internacional Humanitário. Em outras matérias, como a compreendida neste pedido de Parecer Consultivo, poderia se estabelecer que, “no caso de regras fundamentais, reveladas através de manifestações objetivas, e sempre que não exista dúvida quanto à sua vigência, o indivíduo, como poderia ser um empregador, pode estar obrigado a respeitá-las, sem importar as medidas de caráter interno que o Estado tenha tomado para assegurar, ou inclusive para violar, seu cumprimento”.

A “translação” da cláusula *Martens* à proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes implicaria conceder a estas pessoas um limite adicional de proteção, de acordo ao qual, em situações nas quais o direito positivo não reconheça ou reconheça em menor grau determinados direitos fundamentais, tais direitos serão protegidos (justiciáveis). A proteção de direitos humanos tão fundamentais como os que decorrem do princípio de igualdade perante a lei e de não discriminação está protegida “pelos princípios da moral universal”, a que alude o artigo 17 da Carta da OEA, ainda na ausência de disposições de direito positivo imediatamente vinculantes para quem tem sob sua responsabilidade o dever de garantir o respeito de tais direitos.

#### Honduras

*Em suas observações escritas e orais, Honduras expressou que:*

*Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra)*

Nem todo tratamento jurídico que estabeleça diferenças viola *per se* o desfrute e exercício do direito à igualdade e não discriminação. O Estado tem a possibilidade de incluir restrições objetivas e racionais através de sua legislação, com o propósito de adequar as relações trabalhistas, sempre que não estabeleça diferenças ou distinções ilegítimas e arbitrárias. “A legalidade está dirigida a garantir o direito a condições justas, equitativas e satisfatórias”.

O Estado pode regulamentar o exercício dos direitos e “enquadrar” o

estabelecimento de políticas estatais dentro da lei, sem que isso seja incompatível com o objeto e fim da Convenção.

*Quanto à segunda pergunta da consulta (par. 4 supra)*

A permanência legal de uma pessoa que se encontra dentro de um Estado americano não pode ser considerada *conditio sine qua non* para garantir o direito de igualdade e não discriminação, em relação à obrigação contemplada no artigo 1.1 da Convenção Americana e em relação aos direitos e liberdades reconhecidos neste tratado a todas as pessoas.

O artigo 22 da Convenção Americana garante o direito de circulação e de residência, de maneira que toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem direito a circular nele e de nele residir, conforme as disposições legais. A Convenção Americana e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos concedem “o direito aos Estados para que as pessoas sujeitas à sua jurisdição observem as disposições legais”.

A regulamentação para a permanência legal estabelecida na normativa estatal não é violatória das obrigações internacionais do Estado se foi instituída por uma lei -em seu sentido estrito e contemplando os requisitos estabelecidos- sem violar o objetivo e fim da Convenção Americana.

“[N]ão é possível entender que a legislação estabeleça um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados, se a Convenção determina que a circulação e a permanência de um estrangeiro no território de um Estado parte deve ser legal e não é incompatível com o objeto e fim da Convenção”.

*Quanto à terceira pergunta da consulta (par. 4 supra)*

A determinação de políticas migratórias é uma decisão própria do Estado. Estas políticas devem ter como eixo transversal o respeito dos direitos fundamentais derivado das obrigações contraídas perante a comunidade internacional. Uma interpretação que menospreze ou restrinja os direitos humanos, “subordinando-os à consecução de quaisquer objetivos[,] é violatória da obrigação de velar pela observância de tais direitos”. A interpretação não deve ignorar as disposições da Convenção Americana, nem seu objeto e fim.

A observância das disposições legais tem como fim proteger a segurança nacional, a ordem pública, a moral ou a saúde públicas, e os direitos e liberdades dos demais.

O Estudo Geral sobre os Trabalhadores Migrantes realizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) concluiu que “é permitido” limitar o acesso ao emprego aos estrangeiros, quando se reúnem duas condições: a) que se trate de “categorias limitadas de empregos ou de funções”; e b) que a limitação seja necessária ao “interesse do Estado”. Tais hipóteses podem se referir a situações em que a proteção do interesse do Estado justifique que certos empregos ou funções se encontrem reservados, por sua natureza, aos seus cidadãos.

*Quanto à quarta pergunta da consulta (par. 4 supra)*

Em certos casos, a desigualdade de tratamento jurídico pode ser um meio para realizar a igualdade ou proteger a quem apareça como juridicamente fraco.

O fato de que não existam leis discriminatórias ou que a legislação hondurenha proíba a discriminação não basta para garantir na prática a igualdade de tratamento e a igualdade perante a lei.

Os Estados americanos devem garantir um tratamento digno à população migrante em geral, com o fim de evitar violações e abusos contra este setor tão vulnerável.

*Nicarágua*

*Em suas observações escritas e orais, a Nicarágua afirmou que:*

O pedido de Parecer Consultivo apresentado pelo México “constitui um meio a mais que pode ajudar os Estados, Organismos Nacionais e Internacionais a precisar, aplicar e cumprir o alcance de suas obrigações imperativas[,] contempladas nos Tratados de Direitos Humanos, em especial no fortalecimento e na proteção dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes”.

A Constituição Política da Nicarágua dispõe, em seu artigo 27, que no território nacional toda pessoa goza da proteção estatal e do reconhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana, do respeito, promoção e proteção dos direitos humanos, e da plena vigência dos direitos consignados nos instrumentos internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pela Nicarágua.

*El Salvador*

*Em suas observações escritas e orais, El Salvador afirmou que:*

Considera conveniente que na consulta sejam consideradas disposições estabelecidas no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”) e na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, “por serem Tratados relevantes em relação à Consulta solicitada[,] concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”.

“[A] aplicação e interpretação da legislação secundária não pode subordinar as obrigações internacionais dos Estados Americanos consagradas nos Tratados e Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos”.

Quando se estabelece uma relação trabalhista, entre um trabalhador migrante e um empregador em um Estado americano, este último está obrigado a reconhecer e garantir ao trabalhador os direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos, incluídos os relativos ao direito ao trabalho e à previdência social, sem nenhuma discriminação.

*Canadá:*

*Em suas observações escritas, o Canadá expressou que:*

Existem três aspectos da lei e da política canadense relacionados ao tema do pedido de Parecer Consultivo: primeiro, o apoio internacional oferecido pelo Canadá aos assuntos relacionados aos migrantes; segundo, as categorias de migrantes e residentes temporários (visitantes) estabelecidas na Lei de Imigração do Canadá (*Immigration and Refugee Protection Act*); e terceiro, a proteção dos direitos e liberdades fundamentais no Canadá.

O Canadá se preocupa pelas violações dos direitos dos migrantes ao redor do mundo. O Canadá apoiou a resolução das Nações Unidas que criou a Relatoria Especial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, e colaborou na redação do mandato desta Relatoria com o fim de que fosse forte e equilibrada.

A imigração é um componente chave da sociedade canadense. A atração e seleção de migrantes podem contribuir aos interesses sociais e econômicos do Canadá, reunindo famílias e protegendo a saúde, a segurança e a estabilidade dos canadenses.

No Canadá, geralmente não se utiliza o termo “migrante”. Entretanto, a expressão “migrantes”, tal como se entende no contexto internacional, inclui três categorias de pessoas.

A primeira categoria corresponde aos residentes permanentes. Inclui os

migrantes, refugiados que chegaram para estabelecer-se no Canadá e asilados neste Estado, que obtiveram esta condição através do procedimento correspondente. Todas estas pessoas têm direito a residir permanentemente no Canadá e a pedir a cidadania depois de três anos de residência.

A segunda categoria se refere às pessoas que solicitaram o *status* de refugiado, tal como definem a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, mas que não obtiveram resposta a esse respeito. Se se estabelece que a pessoa é apta a ser considerada como solicitante de refúgio, teria direito a representar a si mesma ou a ser representada por um advogado no procedimento relativo à determinação de sua qualidade de refugiado. As pessoas que representem um perigo sério para o Canadá ou para a sociedade canadense não podem realizar o pedido de refúgio. Na maioria dos casos, as pessoas que solicitam o *status* de refugiado têm acesso aos serviços sociais provinciais, a cuidados médicos e ao mercado de trabalho. Tanto eles como seus filhos menores de idade têm acesso à educação pública (desde pré-escolar até a escola secundária). Uma vez concedida a condição de refugiado, é possível solicitar a residência permanente e incluir neste pedido familiares imediatos, apesar de que estes se encontrem fora do Canadá.

A terceira categoria corresponde aos residentes temporários que chegam ao Canadá para uma permanência temporária. Há várias categorias de residentes temporários de acordo com o *Immigration and Refugee Protection Act*: visitantes (turistas), estudantes estrangeiros e trabalhadores temporários.

Apesar de que os trabalhadores temporários não possuam, no mercado de trabalho, o mesmo grau de liberdade que os cidadãos canadenses e os residentes permanentes, seus direitos humanos fundamentais estão protegidos pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), promulgada em 1982 como parte da Constituição canadense (*Constitution Act, 1982*). Esta Carta se aplica a toda a legislação, programas e ações governamentais (federais, provinciais, territoriais e municipais). A maioria dos direitos e liberdades básicos protegidos pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades estão garantidos a favor de todo indivíduo que se encontre em território canadense, independentemente de seu *status* migratório ou sua cidadania. Alguns destes direitos são: a liberdade de associação, o direito a um devido processo, o direito à igualdade perante a lei, bem como o direito a uma proteção igualitária sem discriminação alguma por motivos de raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência mental ou física. Existem algumas exceções, devido a que a Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante certos direitos apenas aos cidadãos canadenses: o direito ao voto e o direito a entrar, permanecer e sair do Canadá, entre outros. O direito a se deslocar entre uma e outra província, bem como o direito a trabalhar em qualquer província são garantidos aos cidadãos e aos residentes permanentes. Muitas destas garantias refletem o direito dos Estados soberanos de controlar o movimento de pessoas através das fronteiras internacionais.

O direito à igualdade garantido pela seção 15 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades reveste particular importância no contexto deste pedido de Parecer Consultivo. Em 1989, a Suprema Corte do Canadá estabeleceu, no caso *Andrews v. Law Society of British Columbia*, que o direito à igualdade compreende a igualdade substantiva, e não apenas a formal. A igualdade substantiva geralmente se refere à igualdade de tratamento para as pessoas, e em algumas ocasiões requer que se reconheçam as diferenças existentes de uma maneira não discriminatória. Por exemplo, dar tratamento igual a pessoas deficientes implica tomar as medidas necessárias para adaptar estas diferenças e promover o acesso e inclusão destas pessoas nos programas governamentais.

Para demonstrar a violação da seção 15 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, uma pessoa que alega discriminação deve provar: 1) que a lei lhe impôs um tratamento diferente ao de outros, baseado em uma ou mais características pessoais; 2) que o tratamento diferenciado está motivado por discriminação por raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade, deficiência mental ou física e nacionalidade; e 3) que existe discriminação em sentido substantivo, já que se trata a pessoa com menos preocupação, respeito e consideração, de forma que ofende sua dignidade humana.

Por exemplo, no caso *Lavoie v. Canada*, a maioria dos integrantes da Suprema Corte do Canadá estabeleceu que a preferência dada aos cidadãos canadenses nos concursos para empregos no serviço público federal discrimina por motivo de cidadania e, portanto, viola a seção 15(1) da Carta Canadense de Direitos e Liberdades.

Além da proteção constitucional, os governos federais, provinciais e territoriais promulgaram legislação sobre direitos humanos para promover a igualdade e proibir a discriminação no emprego e nos serviços. Essa legislação se aplica à empresa privada que atua como empregadora e provedora de serviços e aos governos.

A Suprema Corte do Canadá estabeleceu que a legislação sobre direitos humanos deve ser interpretada pelos tribunais de maneira que se avance no objetivo de assegurar igualdade de oportunidades para todas as pessoas. Seguindo essa interpretação, a Suprema Corte chegou a uma série de conclusões sobre o alcance dos códigos de direitos humanos, incluindo o princípio da precedência destes sobre a legislação ordinária, a menos que esta estabeleça uma clara exceção. As práticas discriminatórias podem estar sujeitas a impugnação inclusive quando sejam legais. Embora as jurisdições canadenses tenham legislação diferente em matéria de direitos humanos, estão submetidas aos princípios gerais mencionados e devem proporcionar as mesmas proteções fundamentais.

*Comissão Interamericana de  
Direitos Humanos*

*Em suas observações escritas e orais, a Comissão expressou que:*

O princípio de não discriminação no Direito Internacional dos Direitos Humanos consagra a igualdade entre as pessoas e impõe aos Estados determinadas proibições. As distinções baseadas em gênero, raça, religião, origem nacional, encontram-se especificamente proibidas no que se refere ao desfrute e exercício dos direitos substantivos consagrados nos instrumentos internacionais. Sobre estas categorias, qualquer distinção que façam os Estados na aplicação de benefícios ou privilégios deve estar cuidadosamente justificada em virtude de um interesse legítimo do Estado e da sociedade, “que, além disso, não se possa satisfazer por meios não discriminatórios”.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos não apenas proíbe políticas e práticas deliberadamente discriminatórias, mas também aquelas cujo impacto seja discriminatório contra determinadas categorias de pessoas, apesar de que não se possa provar a intenção discriminatória.

O princípio de igualdade não exclui a consideração do *status* migratório. Os Estados têm a faculdade de determinar quais estrangeiros podem ingressar a seu território e sob que condições. No entanto, é necessário manter aberta a possibilidade de identificar formas de discriminação não contempladas especificamente, mas que constituam violações ao princípio de igualdade.

Os Estados podem estabelecer distinções no desfrute de certos benefícios entre seus cidadãos, os estrangeiros com *status* regular e os estrangeiros em situação irregular. No entanto, em virtude do desenvolvimento progressivo das

regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos, para isso se requer de um exame detalhado dos seguintes fatores: 1) conteúdo e alcance da regra que discrimina entre categorias de pessoas; 2) consequências que esse tratamento discriminatório terá nas pessoas desfavorecidas pela política ou práticas estatais; 3) possíveis justificativas desse tratamento diferenciado, em especial sua relação com um interesse legítimo do Estado; 4) relação racional entre o interesse legítimo e a prática ou políticas discriminatórias; e 5) existência ou inexistência de meios ou métodos menos prejudiciais para as pessoas que permitam obter os mesmos fins legítimos.

Existe consenso na comunidade internacional em considerar que a proibição da discriminação racial e das práticas diretamente associadas a ela constitui uma obrigação *erga omnes*. O caráter de *jus cogens* do princípio de não discriminação implica que, por seu caráter peremptório, estas regras fundamentais devem ser observadas por todos os Estados, tenham ou não ratificado as convenções que o contêm, já que constitui um princípio incontestável do Direito Internacional consuetudinário. “Embora, além da proibição da discriminação racial, não tenha existido até agora o consenso da comunidade internacional para considerar a proibição da discriminação baseada em outros motivos, isso não diminui a importância fundamental e básica que as mesmas possuem em todo o ordenamento jurídico internacional”.

Com o fim de ressaltar a importância do princípio de igualdade e não discriminação, os tratados de direitos humanos estabelecem expressamente esse princípio em artigos relacionados a determinadas categorias de direitos humanos. O artigo 8.1 da Convenção Americana deve ser mencionado por sua particular relevância para o presente pedido de Parecer Consultivo. A igualdade é um elemento essencial do devido processo.

Qualquer distinção baseada em alguma das hipóteses indicadas no artigo 1 da Convenção Americana implica “uma forte presunção de incompatibilidade com o tratado”.

Os direitos humanos básicos devem ser respeitados sem nenhuma distinção. As diferenças que se estabeleçam em relação ao respeito e à garantia dos direitos fundamentais básicos devem ser de aplicação restritiva, e respeitar as condições indicadas na Convenção Americana. Alguns instrumentos internacionais preveem explicitamente determinadas distinções.

Às vezes, o princípio de igualdade exige que os Estados adotem disposições positivas para reduzir ou eliminar as condições que originam ou facilitam que se perpetue a discriminação proibida pelos tratados.

Os Estados americanos têm a obrigação de garantir a proteção básica dos direitos humanos, prevista nos tratados de direitos humanos, a todas as pessoas sob sua autoridade, “e [esta] não depende[...], para sua aplicação, de fatores tais como a cidadania, nacionalidade nem nenhum outro fator da pessoa, incluindo sua condição de imigração”.

Os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos são suscetíveis de uma regulamentação razoável e o exercício de alguns pode ser objeto de restrições legítimas. O estabelecimento de tais restrições deve respeitar os correspondentes limites formais e substantivos, isto é, realizar-se por meio de uma lei e satisfazer um interesse público imperativo. Não se pode impor limitações por propósitos discriminatórios, e não é possível aplicá-las de maneira discriminatória. Além disso, “toda limitação permissível de direitos jamais pode implicar a negação total do direito”.

A elaboração e execução de políticas migratórias e a regulamentação do mercado de trabalho são objetivos legítimos do Estado. Na consecução de tais

objetivos, os Estados podem adotar medidas que restrinjam ou limitem alguns direitos, sempre que sejam respeitados os seguintes critérios: 1) determinados direitos não são derogáveis; 2) há direitos reservados exclusivamente aos cidadãos; 3) há direitos que estão condicionados ao *status* de migrante documentado, como os relativos à liberdade de movimento e de permanência; e 4) determinados direitos podem ser restringidos sempre que sejam cumpridos os seguintes requisitos: a) a restrição deve estar prevista por lei; b) a restrição deve responder a um interesse legítimo do Estado, manifestado explicitamente; c) a restrição deve estar “racionalmente relacionada ao objetivo legítimo”; e d) não devem existir “outros meios de alcançar esses fins que sejam menos onerosos para os afetados”.

O Estado tem a responsabilidade de provar que é “permissível” restringir ou excluir a aplicação de alguma disposição do instrumento internacional a uma classe determinada de pessoas, como os estrangeiros. A “condição migratória jamais pode servir para excluir as pessoas das proteções básicas que lhes conceda o Direito Internacional dos Direitos Humanos.”

Além disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os direitos trabalhistas se encontram protegidos nos instrumentos internacionais de direitos humanos e, a esse respeito, referiu-se à Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e à Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

Considerando o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Trabalho, pode-se afirmar que “existe um conjunto de direitos trabalhistas fundamentais que se derivam do direito ao trabalho e constituem um núcleo fundamental do mesmo”.

Posteriormente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou à Corte que realize uma sistematização dos direitos vinculados ao trabalho “que os coloque em uma hierarquia segundo a qual alguns destes direitos trabalhistas são considerados fundamentais”, e que, portanto, “integra[riam] o elenco daqueles em relação aos quais não se admite discriminação, nem sequer por *status* migratório”.

#### Costa Rica

*Em suas observações escritas e orais, a Costa Rica expressou que não se referiria à última pergunta formulada pelo Estado solicitante. Antes de realizar observações sobre as outras três perguntas, expôs as seguintes considerações sobre a “[p]roteção dos direitos humanos dos migrantes na Costa Rica” e sobre o “princípio de razoabilidade para o tratamento diferenciado de nacionais e estrangeiros”:*

A Constituição Política costarriquenha estabelece uma situação de “equiparação” no exercício dos direitos e deveres dos nacionais e dos estrangeiros, com determinadas exceções, tais como a proibição de intervir nos assuntos políticos do país, e as que se estabeleçam através da regra de categoria legal. Estas exceções não podem violar os demais direitos que consagra a Constituição.

“No plano trabalhista, apesar das medidas legais adotadas e das ações executivas, lamentavelmente se apresentam algumas situações de tratamento menos favorável para os trabalhadores imigrantes ilegais”. A Lei Geral de Migração e Estrangeiros proíbe a contratação de estrangeiros que residam ilegalmente no país, mas ao mesmo tempo estabelece que os empregadores que realizem tal contratação não estão isentos da obrigação de oferecer aos trabalhadores as remunerações e garantias sociais legais. A esse respeito, a Direção Jurídica da Direção Geral de Migração e Estrangeiros estabeleceu que

todos os trabalhadores, independentemente de sua condição migratória, têm direito à previdência social.

Os princípios de igualdade e não discriminação não implicam que os direitos dos estrangeiros devam ser equiparados em todos seus aspectos aos dos nacionais. Cada Estado exerce sua soberania ao definir o *status* jurídico que terão os estrangeiros dentro de seu território. Por isso, “deve-se aplicar o princípio de razoabilidade para delimitar o próprio campo de ação dos estrangeiros em um país”.

A Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça da Costa Rica estabeleceu que a razoabilidade é um requisito fundamental para que uma restrição ou limitação seja constitucional entre nacionais e estrangeiros. As exclusões são aquelas nas quais não se reconhece um direito aos estrangeiros, negando-lhes a possibilidade de realizar alguma atividade. A proibição de intervir em assuntos políticos e de ocupar certas funções públicas são exemplos de exclusões constitucionais dos estrangeiros. As limitações, ao contrário, reconhecem o direito ao estrangeiro, mas o restringem ou limitam razoavelmente, considerando a proteção de um grupo de nacionais ou de uma atividade determinada, ou o cumprimento de uma função social. Não se deve impor limitações considerando exclusivamente a nacionalidade, devido a que poderiam imperar fatores xenofóbicos, alheios aos parâmetros de racionalidade.

A referida Sala Constitucional também afirmou que “[a] igualdade de estrangeiros e nacionais declarada pelo artigo 19 da Constituição se refere ao núcleo de direitos humanos em relação aos quais não é possível admitir distinções por motivo algum, muito menos em razão da nacionalidade. Nesse sentido, a Constituição reserva aos nacionais o exercício dos direitos políticos pelo fato de que estes são uma consequência intrínseca do exercício da própria soberania popular [...]”.

A Sala Constitucional enfatizou a necessidade de que qualquer exceção ou limitação ao exercício de um direito fundamental que afete um estrangeiro tenha categoria constitucional ou legal, e que a medida se ajuste a parâmetros de razoabilidade, proporcionalidade e não seja contrária à dignidade humana.

Este tribunal constitucional declarou inconstitucionais algumas regras por considerá-las irracionais e ilógicas, entre elas: as restrições legais que tinham os estrangeiros para participar como comerciantes em um “*free shop*”; a proibição de que os estrangeiros exercessem o notariado, de difundir anúncios radiofônicos gravados por estrangeiros e de que estes se desempenhassem como agentes de segurança privada; e a exclusão das crianças estrangeiras como possíveis beneficiários do bônus para a educação básica.

#### *Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra)*

Nenhum direito humano é absoluto e, deste modo, seu desfrute está subordinado a várias restrições. O legislador pode estabelecer exceções lógicas derivadas da natural diferença entre nacionais e estrangeiros, mas não podem ser estabelecidas distinções que impliquem um vazio no princípio de igualdade. “Deve-se ter presente que em todos os países existem diferenças de tratamento -que não entram em conflito com os padrões internacionais de proteção- por razões de idade, de gênero, entre outras”.

Entre estrangeiros residentes e nacionais não podem existir diferenças quanto ao salário, benefícios ou condições de trabalho.

Como na maioria dos países, a lei da Costa Rica estabelece que os estrangeiros que residem ilegalmente no país não poderão trabalhar ou realizar tarefas

remuneradas ou lucrativas, seja por conta própria ou alheia, com ou sem relação de dependência. Desta forma, a mesma condição de irregularidade de uma pessoa em um Estado do qual não é nacional provoca, *per se*, que suas condições de acesso a muitos dos direitos que tem um trabalhador se vejam diminuídas de forma considerável. Muitas das prestações sociais em matéria de saúde, segurança do trabalho e as estritamente trabalhistas, “pressupõem uma série de trâmites burocráticos que não se podem realizar se a pessoa está indocumentada”.

Quando a normativa interna de um Estado estabelece requisitos essenciais que uma pessoa deve cumprir para se fazer credora de um determinado serviço, não se pode considerar que isso signifique um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados. “Além disso, a inscrição por parte de um empregador de seus trabalhadores indocumentados em certos registros implicaria, implicitamente, que se encontra em violação da legislação migratória, ou que o fará credor de uma punição”.

Em virtude da forma em que os Estados organizam sua estrutura administrativa, na prática existem uma série de disposições que indiretamente impedem que os trabalhadores migrantes indocumentados desfrutem de seus direitos trabalhistas.

Apesar do anterior, um empregador que tenha contratado migrantes indocumentados tem a obrigação de lhes pagar o salário e outras remunerações. Além disso, “a condição de irregularidade de uma pessoa não impede que possa recorrer aos tribunais de justiça para reivindicar seus direitos”, isto é, “em matéria de acesso aos órgãos judiciais, os trabalhadores imigrantes irregulares e membros de suas famílias têm direito às garantias judiciais e proteção judicial nos mesmos termos que os nacionais”.

*Quanto à pergunta 2.1) da consulta (par. 4 supra)*

O respeito aos princípios de igualdade e não discriminação não significa que, de acordo a um critério de razoabilidade, não se possam estabelecer determinadas restrições ou requisitos para o desfrute de determinado direito. O exemplo clássico é o exercício dos direitos políticos, reservados para os nacionais do país.

Existem outros direitos que não admitem nenhuma restrição, requisito ou limitação, e devem ser respeitados a todas as pessoas sem distinção. Na Costa Rica, o direito à vida é um destes direitos, o que implica, por exemplo, que uma diretriz que ordene aos guardas de fronteira disparar em quem tente ingressar ao território nacional por um local não autorizado constituiria uma flagrante violação de direitos humanos.

*Quanto à pergunta 2.2) da consulta (par. 4 supra)*

A permanência legal do estrangeiro no Estado receptor não é condição necessária para que se respeitem seus direitos humanos e trabalhistas. Todas as pessoas, independentemente de que tenham ou não autorização para ingressar ou permanecer na Costa Rica, podem recorrer à Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça com o propósito de manter ou restabelecer seus direitos constitucionais e outros direitos fundamentais.

*Quanto à terceira pergunta da consulta (par. 4 supra)*

Para responder esta pergunta é necessário referir-se à hierarquia dos direitos humanos dentro do ordenamento interno. Os instrumentos de direitos humanos vigentes na Costa Rica “têm não apenas um valor similar à Constituição Política,

mas na medida em que concedem maiores direitos ou garantias às pessoas, tem primazia sobre a Constituição”. A Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça tomou a normativa internacional de direitos humanos como critério de interpretação constitucional ou como parâmetro da constitucionalidade das regras infraconstitucionais.

Qualquer regra ou política migratória contrária às disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos seria absolutamente nula, mesmo quando houvesse sido adotada pelo Poder Legislativo com categoria legal.

*Clínicas Jurídicas da  
Faculdade de Direito da  
Universidade San Francisco  
de Quito*

*Em seu escrito de 27 de novembro de 2002, afirmou que:  
Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra)*

Os trabalhadores migrantes indocumentados não devem carecer de proteção frente ao Estado; a qualidade migratória não lhes priva de sua condição de pessoas. A infração de regras domésticas não pode ser considerada como fundamento para privar a pessoa da proteção dos direitos humanos, isto é, não exime os Estados de cumprir as obrigações impostas pelo Direito Internacional. “Sustentar a tese contrária seria criar um método indireto de modo que se discrimina os trabalhadores migrantes indocumentados negando-lhes até certo ponto a personalidade jurídica e criando uma desigualdade jurídica entre [as] pessoas”.

Não existe nenhuma regra no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos nem no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que admita a restrição do direito ao trabalho em função da condição migratória. O artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é explícito ao se referir à origem nacional como um critério que não pode ser utilizado para discriminar um ser humano, e, além disso, acrescenta que “qualquer outra condição social”, tampouco pode ser invocada para negar a uma pessoa o igual tratamento perante a lei. “A regra é clara: a condição social de documentado ou indocumentado não pode ser utilizada como fundament[o] para negar o exercício de qualquer direito humano e, em consequência, receber um tratamento desigual perante a Lei”. Por sua vez, o artigo 24 da Convenção Americana não permite, sob nenhuma interpretação, que a igualdade esteja sujeita à residência legal ou à cidadania de uma pessoa.

Atualmente, os migrantes enfrentam legislações e práticas trabalhistas discriminatórias por parte dos Estados e, o que é pior, sofrem a constante negação de instâncias governamentais e de garantias do devido processo. “A situação é grave para os migrantes que se encontram documentados, mas é ainda mais grave para aqueles que não puderam legalizar sua situação jurídica no país [em] que vivem”.

A Organização das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) elaboraram regras que servem o propósito de prevenir a desproteção jurídica dos migrantes. Por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, ao se referir aos trabalhadores migrantes, não estabelece nenhuma diferença com base em seu *status* jurídico, “ou seja, reconhece [aos] migrante[s] todos os direitos humanos, civis, políticos, sociais, culturais ou relativos ao trabalho, sejam eles documentados ou não”. Além disso, como esforço prévio para melhorar a situação dos direitos humanos dos migrantes, a Convenção nº 143 sobre os Trabalhadores Migrantes (disposições complementares) de 1975, contém importantes disposições a esse respeito.

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT) emitiu duas recomendações relevantes. No entanto, a Recomendação nº 86, relativa aos

Trabalhadores Migrantes (revisada em 1949) “é, em si mesma, discriminatória, enquanto apenas se aplica aos trabalhadores que sejam admitidos como trabalhadores migrantes. Aparentemente não se aplicaria aos indocumentados”. Em 1975, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) emitiu a Recomendação nº 151, sobre os Trabalhadores Migrantes, a qual também vige apenas para os migrantes documentados. “Ou seja, apesar de que se manifesta uma preocupação pelos trabalhadores migrantes, direitos são reconhecidos unicamente por seu *status* jurídico, mas não por sua condição de ser humano”.

Nesse sentido, o desenvolvimento da Organização das Nações Unidas neste âmbito do Direito Internacional foi mais coerente. Por exemplo, a Resolução da Comissão de Direitos Humanos 1999/44 reconhece que os princípios e regras consagrados na Declaração Universal se aplicam a todas as pessoas, incluindo os migrantes, sem fazer nenhuma referência à sua situação jurídica.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias se refere ao trabalhador migrante sem diferenciar entre o documentado e o indocumentado.

Os Estados não podem dar um tratamento diferenciado aos migrantes que se encontrem em seu território, independentemente do seu *status* migratório. “[A] Corte deveria responder à primeira pergunta afirmando que[,] de acordo com as regras internacionais vigentes, não é possível estabelecer um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados”.

*Quanto à segunda pergunta da consulta (par. 4 supra)*

Os Estados não podem estabelecer discriminações em razão de que a permanência de uma pessoa não se encontre regularizada, e tampouco podem omitir as garantias necessárias para a proteção dos direitos fundamentais de caráter universal. “É inaceitável que qualquer Estado não garanta e proteja os direitos humanos de qualquer pessoa que se encontre dentro de seu território”.

Os artigos mencionados nas perguntas em questão estabelecem categoricamente a igualdade perante a lei de todas as pessoas. A qualidade de pessoa não se adquire no momento em que é admitida legalmente em determinado território, mas é uma qualidade intrínseca ao ser humano. Além disso, os referidos artigos contêm uma lista exemplificativa das razões pelas quais não se pode discriminar a uma pessoa e concluem com frases tais como “nem outra alguma” ou “qualquer outra condição”. Os direitos e liberdades proclamados nos instrumentos internacionais “pertencem a todos, pelo fato de serem pessoas, e não pelo reconhecimento que um Estado lhes conceda quanto à sua condição migratória”. “[N]ão há critério de distinção que seja permitido pela normativa internacional para menosprezar ou restringir os direitos humanos”.

O Estado não pode negar a nenhuma pessoa os direitos trabalhistas consagrados em muitas regras internacionais. A privação de um ou mais direitos trabalhistas, com fundamento na condição indocumentada de um trabalhador migrante, é absolutamente incompatível com os deveres dos Estados americanos de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei que lhe impõem as citadas disposições.

De acordo com o artigo 5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o artigo 29 da Convenção Americana, “não se pode alegar o direito de cada [E]stado a aceitar ou não dentro de seu território determinado indivíduo, para limitar o direito à igualdade perante a lei, ou nenhum dos direitos estabelecidos neste instrumento”.

*Quanto à terceira pergunta da consulta (par. 4 supra)*

“[N]em mesmo em casos de ordem pública, que é o fim último de qualquer Estado, é aceitável restringir o desfrute e exercício de um direito [h]umano, invocando objetivos de política interna”.

Os direitos humanos não podem estar subordinados a leis internas, sejam estas de política migratória ou de qualquer outra natureza. O direito à não discriminação não pode estar condicionado ao cumprimento de objetivos de política migratória, apesar de que tais objetivos se encontrem contemplados em leis internas. “Em virtude das obrigações internacionais, as leis que restringem o igual desfrute dos direitos humanos por toda pessoa são inadmissíveis e o Estado tem a obrigação de suprimi-las”. Além disso, por terem caráter *erga omnes*, “estas obrigações” podem ser aplicáveis a terceiros que não sejam parte da Convenção que as reconhece.

Além das obrigações convencionais relativas à proibição de discriminação, todos os Estados têm a obrigação *erga omnes*, isto é, perante a comunidade internacional, de impedir qualquer forma de discriminação, inclusive a derivada de sua política migratória. A proibição da discriminação “é um valor essencial para a comunidade internacional, por isso nenhuma política interna poderia estar dirigida à tolerância ou permissão da discriminação em qualquer forma que afete o desfrute e exercício dos direitos humanos”.

“[A] Corte deve [re]solver a pergunta afirmando que é inaceitável qualquer subordinação do desfrute e exercício dos direitos humanos, à existência de políticas migratórias e à consecução dos fins estabelecidos para estas políticas”.

*Quanto à quarta pergunta da consulta (par. 4 supra):*

O Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece limites ao exercício do poder por parte dos Estados. Estes limites estão determinados tanto convencionalmente como em disposições de caráter consuetudinário e regras imperativas ou de *jus cogens*.

“Assim como as obrigações *erga omnes*, o *jus cogens* incorpora valores fundamentais para a comunidade internacional, valores tão importantes que se impõem acima do consentimento dos Estados que, no Direito Internacional, condiciona a validade das regras”.

Há pouca discussão sobre a existência destas normas imperativas dentro do Direito Internacional. A esse respeito, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não delimita o conteúdo do *jus cogens*, isto é, não determina quais são essas regras imperativas, mas apenas cita alguns exemplos. O artigo 53 da referida Convenção estabelece quatro requisitos para determinar se uma norma tem o caráter de *jus cogens*, a saber: *status* de norma de Direito Internacional geral, aceitação pela comunidade internacional, imunidade de derrogação, e modificável unicamente por uma norma da mesma natureza.

“Cabe perguntar então se ofenderia a consciência da humanidade e moralidade pública que um Estado rejeite o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei. A resposta é claramente afirmativa”.

“[É] imperativo que a Corte analise se o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei cumprem os quatro requisitos de uma norma de *jus cogens*”.

Se a Corte aceitar que tanto o princípio de não discriminação como o direito à proteção igualitária e efetiva da lei são normas de *jus cogens*, derivar-se-iam vários efeitos jurídicos. Sobre o particular, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que tais efeitos compreenderiam: o reconhecimento de que a regra é hierarquicamente superior a respeito de qualquer regra de Direito

Internacional, excetuando outras normas de *jus cogens*; em caso de conflito, teria primazia a regra de *jus cogens* diante de qualquer outra regra de Direito Internacional, e seria nula ou careceria de efeitos jurídicos a disposição que seja contrária à regra imperativa.

É necessário determinar os efeitos jurídicos que se derivam de maneira individual e coletiva da vigência das regras incluídas nos artigos 3.1 e 17 da Carta da OEA. De acordo com as referidas regras, os Estados partes assumem o compromisso, tanto individual como coletivo, de “prevenir, proteger e punir” qualquer violação dos direitos humanos. O espírito do artigo 17 da Carta da OEA é criar princípios vinculantes para os Estados, apesar de estes não terem reconhecido a competência da Corte, de maneira que respeitem os direitos fundamentais do ser humano. A mencionada Carta proclama o desfrute dos direitos humanos sem nenhuma distinção. Tanto os Estados partes, como os órgãos da OEA têm o dever de impedir qualquer violação aos direitos humanos e permitir o desfrute efetivo dos mesmos de maneira plena e absoluta.

“Se a Corte decidir que o princípio de não discriminação é uma regra de *jus cogens*[...] então podemos entender também que estas regras são vinculantes para os Estados sem importar sequer a ratificação dos convênios internacionais; já que [...] os princípios [de] *jus cogens* criam obrigações *erga omnes*”. Se tal princípio fosse considerado como uma regra de *jus cogens* faria parte dos direitos fundamentais do ser humano e da moral universal.

A Corte deveria responder esta pergunta afirmando que o princípio de não discriminação é uma regra internacional imperativa “e, portanto, as regras dos Artigos 3(1) e 17 da Carta da OEA devem ser interpretadas sob a mesma ótica”.

*Delgado Law Firm*

*Em seu escrito de 12 de dezembro de 2002, expressou que:*

O decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds Inc. v. National Labor Relations Board* gerou insegurança em relação aos direitos dos migrantes nesse país, situação que pode ter graves implicações na vida do migrante.

No âmbito do direito trabalhista, os Estados Unidos da América não tratam os migrantes em situação irregular com igualdade perante a lei. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América determinou que um empregador estadunidense pode violar os direitos trabalhistas de um trabalhador migrante em situação irregular, sem ter de pagar salários atrasados [*back pay*]. No mencionado caso da *Hoffman Plastic Compounds*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América não impôs nenhuma multa ao empregador que violou os direitos trabalhistas de um trabalhador migrante em situação irregular e não ordenou nenhuma indenização ou compensação a favor do trabalhador.

De acordo com a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds*, um trabalhador migrante incorre em “má conduta grave” quando é empregado em contravenção do *Immigration Reform and Control Act (IRCA)*. Entretanto, neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América não negou que o empregador houvesse demitido o trabalhador por tentar organizar um sindicato, o que implica a responsabilidade do empregador por ter cometido uma violação óbvia das leis trabalhistas. Apesar de que o empregador incorreu em tal violação, não foi tratado de forma igualitária pela Suprema Corte.

Apesar de que os Estados Unidos da América digam que existe uma política interna para desencorajar a imigração ilegal, na realidade continuam tomando medidas que tornam mais barato e, portanto, mais atrativo para os empregadores estadunidenses contratar trabalhadores migrantes em situação irregular. Por exemplo, inclusive nos Estados Unidos da América se concorda

em que o decidido no caso *Hoffman Plastic Compounds* causará o aumento da discriminação contra os trabalhadores indocumentados, já que os empregadores podem alegar que desconheciam que o trabalhador era indocumentado para evitar qualquer responsabilidade por violar os direitos de seus trabalhadores.

Este tratamento discriminatório dos migrantes em situação irregular é contrário ao Direito Internacional. Contar com mão de obra barata sem garantir os direitos humanos básicos não é uma política imigratória legítima.

Os efeitos da *Immigration Reform and Control Act* e do caso *Hoffman Plastic Compounds* indicam que há um aumento de discriminação contra os trabalhadores migrantes indocumentados. Inclusive, o fundamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América sugere que permitir que os trabalhadores em situação irregular tentem ações ou reivindicações serviria para “estimular a imigração ilegal”.

Os trabalhadores em situação irregular nos Estados Unidos da América estão expostos a condições de trabalho “perigosas”. A política interna de imigração não pode ser distorcida ao extremo de utilizá-la para exonerar os empregadores que expõem os trabalhadores migrantes em situação irregular a riscos não razoáveis de morte.

Os Estados Unidos da América continuam se beneficiando diariamente da presença em sua força de trabalho de uma significativa quantidade de trabalhadores migrantes em situação irregular. Cálculos conservadores sugerem que há, pelo menos, 5.3 milhões de migrantes em situação irregular trabalhando nos Estados Unidos da América, e que três milhões deles proveem do México. A nenhum Estado se deve permitir se beneficiar, com conhecimento e continuamente, do suor e trabalho de milhões de trabalhadores migrantes, enquanto finge ao mesmo tempo que não deseja tais trabalhadores e, portanto, não tem de garantir-lhes sequer seus direitos mais básicos. Os trabalhadores migrantes têm direito à proteção igualitária da lei, incluindo a proteção a seus direitos humanos.

Os trabalhadores indocumentados que apresentaram queixas sobre salários e condições de trabalho nos Estados Unidos da América têm sido intimidados por seus empregadores, que usualmente ameaçam chamar o *Immigration and Naturalization Service*.

Além disso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou no caso *Hoffman Plastic Compounds* que qualquer pessoa em situação irregular no país não pode demandar seu ex-empregador pelos salários atrasados não pagos (*back wages*), devido a seu *status* migratório.

O princípio de igualdade perante a lei estipulado no artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos obriga o Estado a não expedir leis que estabeleçam diferenças entre trabalhadores baseadas em sua origem étnica ou nacional.

O princípio de igualdade perante a lei se aplica ao desfrute de direitos civis, políticos, econômicos e sociais, sem distinção alguma.

Todos os trabalhadores têm direito ao reconhecimento de seus direitos humanos básicos, incluindo o direito de ganhar a vida e o de contar com representação jurídica, sem importar seu *status* migratório.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) elaborou importantes tratados, tais como a Convenção nº 143 relativa às migrações em condições abusivas e à promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes. Esta convenção estabelece o igual tratamento entre os migrantes e os nacionais a respeito da segurança no emprego, readaptação, previdência social, direitos por trabalho realizado e outros benefícios.

Considera-se que muitos dos direitos contemplados nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) constituem Direito Internacional consuetudinário. Estes direitos também estão incluídos nas convenções mais importantes de direitos humanos, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Posteriormente, insiste-se em que os direitos humanos se estendem a todos os trabalhadores migrantes, sem importar se se encontram em situação regular ou irregular em um Estado.

*Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM)*

*Em suas intervenções escritas e orais, afirmaram que:*

*A respeito da admissibilidade da consulta:*

É clara a importância do Parecer Consultivo solicitado “não apenas para o México, mas para toda a América Latina, em virtude da quantidade de migrantes em situação irregular que se encontram em outros países e por serem considerados como um grupo vulnerável propenso à violação sistemática de seus direitos humanos”.

*Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra):*

Apesar de que os direitos trabalhistas tenham sido enquadrados dentro dos direitos econômicos, sociais e culturais, na realidade fazem parte de um todo indissolúvel dos direitos humanos, não hierarquizados, já que são inerentes à dignidade humana.

“O problema da discriminação aparece, sobretudo, em matéria trabalhista”. Os imigrantes indocumentados têm diversas desvantagens, tais como: pagamento de salários baixos, poucos ou nulos benefícios sociais ou gastos em saúde, impossibilidade de organização sindical, e constante ameaça de demissão ou denúncia perante as autoridades migratórias. “O anterior se confirma de maneira institucional”. Algumas leis e decisões proferidas nos Estados Unidos da América estabelecem uma distinção entre migrantes indocumentados, nacionais e residentes, “que não é objetiva e razoável, e, conseqüentemente, torna-se uma clara discriminação”.

O princípio de não discriminação se aplica a todos os direitos e liberdades, ao amparo do direito interno e do Direito Internacional, conforme o estipulado no artigo II da Declaração Americana e nos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana.

É indiscutível que os Estados têm a faculdade soberana de promulgar leis e regulamentos em matéria laboral, e estabelecer os requisitos que considerem convenientes para que os estrangeiros se integrem a seu mercado de trabalho. Entretanto, esta faculdade não pode ser exercida à margem do *corpus juris* internacional dos direitos humanos.

“Os direitos humanos não dependem da nacionalidade da pessoa, do território onde se encontre ou de seu *status* jurídico, porque os tem em si mesma. Sustentar o contrário seria o mesmo que negar a dignidade humana. Se os direitos humanos limitam o exercício do poder, não se pode invocar a atuação soberana do Estado para violá-los ou impedir sua proteção internacional”.

*Quanto à segunda pergunta da consulta (par. 4 supra):*

Os tratados de direitos humanos se inspiram em uma noção de garantia coletiva, de maneira que não estabelecem obrigações entre os Estados, mas determinam a obrigação dos Estados de respeitar e garantir os direitos contidos em tais instrumentos a todos os seres humanos.

Toda interpretação dos instrumentos internacionais de direitos humanos deve atender ao princípio *pro homine*, isto é, estes devem ser interpretados da maneira que mais favoreça o ser humano, “de modo que é inaceitável que os artigos 2, parágrafo 1 da Declaração Universal e II da Declaração Americana e os artigos 2 e 26 do Pacto, bem como 1 e 24 da Convenção Americana sejam interpretados no sentido de prejudicar direitos humanos de um grupo de pessoas por sua única condição de indocumentado[s]”.

Uma interpretação de qualquer instrumento internacional que conduza ao detrimento de um direito ou liberdade de uma pessoa que não tenha permanência legal no país onde se encontre, é contrária ao objeto e fim que perseguem todos os instrumentos internacionais de direitos humanos.

*Quanto à terceira pergunta da consulta (par. 4 supra):*

Os Estados têm a faculdade soberana de proferir leis e regulamentações em matéria migratória e de estabelecer diferenças entre nacionais e estrangeiros, sempre que tais regras internas sejam compatíveis com suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. As referidas diferenças devem ter uma justificativa objetiva e razoável; em consequência, devem perseguir um fim legítimo e deve existir uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim perseguido.

Segundo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, um Estado parte que emita uma lei manifestamente violatória deste instrumento ou que realize atos que diminuam, em prejuízo de um grupo de pessoas, os direitos e liberdades contidos neste tratado, incorre em responsabilidade internacional.

A igualdade perante a lei e a não discriminação são princípios essenciais que se aplicam a todas as matérias. Portanto, qualquer atuação do Estado, inclusive a que estiver em conformidade com sua legislação interna, que subordine ou condicione os direitos humanos fundamentais de algum grupo de pessoas, implica o descumprimento por parte do Estado de suas obrigações *erga omnes* de respeitar e garantir estes direitos e, em consequência, acarreta sua responsabilidade internacional agravada e é legítimo que a invoque qualquer sujeito de Direito Internacional.

*Quanto à quarta pergunta da consulta (par. 4 supra):*

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 reconheceu a existência de normas de *jus cogens*, ao estabelecê-las como disposições imperativas de Direito Internacional. Entretanto, não as definiu de maneira clara.

As normas de *jus cogens* atendem à necessidade de estabelecer uma ordem pública internacional, já que em uma comunidade regida pelo direito devem existir regras superiores à vontade dos sujeitos que a integram.

A comunidade internacional repudia as violações do princípio de não discriminação e do direito à proteção igualitária e efetiva da lei.

Com respeito à situação na qual se encontram os trabalhadores migrantes indocumentados, o princípio de não discriminação e o direito de igualdade perante a lei possuem importância transcendental, em virtude de que sua violação implica a violação sistemática de outros direitos.

O princípio de não discriminação e o direito à igual proteção da lei, “que integram a própria ideia dos Direitos Humanos, são regras de *jus cogens*”. As normas de *jus cogens* são oponíveis *erga omnes*, em virtude de que contêm valores elementares e considerações de humanidade baseadas no consenso universal, em razão da natureza especial do objeto que protegem.

Javier Juárez, do *Law Office of Sayre & Chavez*

Em seu escrito de 6 de fevereiro de 2003, expressou que:

Em 27 de março de 2002, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que os trabalhadores migrantes indocumentados, demitidos indevidamente por organizar sindicatos, não possuem direito ao pagamento de salários atrasados [*back pay*], de acordo com a *National Labor Relations Act*.

Para os trabalhadores indocumentados, esta decisão cria uma clara exceção jurídica às garantias concedidas a outros trabalhadores, e, portanto, contravém o texto dos acordos internacionais que buscam a igualdade de proteção para os trabalhadores migrantes e exacerba a vulnerabilidade que os distingue de outros grupos da população.

O caso mencionado envolve o senhor Castro, um trabalhador contratado na fábrica da companhia *Hoffman Plastic Compounds* em Los Angeles, Califórnia. Em 1989, o senhor Castro foi demitido, quando contribuiu a organizar um sindicato para melhorar as condições de trabalho na fábrica. Em janeiro de 1992, a *National Labor Relations Board* decidiu que a demissão era ilegal, ordenou o pagamento de salários atrasados e a reintegração do senhor Castro.

Em junho de 1993, durante a audiência realizada perante um juiz administrativo da *National Labor Relations Board* para determinar o montante do pagamento de salários atrasados, o senhor Castro declarou que nunca havia sido admitido legalmente, nem autorizado a trabalhar nos Estados Unidos da América. Devido a esta declaração, o juiz administrativo decidiu que não se podia conceder o pagamento de salários atrasados, já que isso estaria em conflito com a *Immigration Control and Reform Act* de 1986. Esta lei proíbe que os empregadores contratem trabalhadores indocumentados, com conhecimento disso, e que os empregados utilizem documentos falsos para serem contratados.

Em setembro de 1998, a *National Labor Relations Board* revogou a referida decisão do juiz administrativo e afirmou que a forma mais efetiva de fomentar as políticas de imigração era proporcionando aos trabalhadores indocumentados as mesmas garantias e recursos do *National Labor Relations Act*, concedidas aos demais empregados.

O *National Labor Relations Board* decidiu que apesar de que o trabalhador indocumentado não tinha direito a ser reintegrado, deveriam lhe pagar os salários atrasados [*back pay*] e os juros acumulados pelos três anos de trabalho perdido.

A Corte de Apelações dos Estados Unidos da América denegou o pedido de revisão apresentado pela companhia *Hoffman Plastic Compounds* e reafirmou a decisão do *National Labor Relations Board*.

Em 27 de março de 2002, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América considerou o caso e anulou o pagamento que se devia realizar ao trabalhador.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que denegou o pagamento ao trabalhador afirmou que permitir ao *National Labor Relations Board* que reconheça o pagamento de salários atrasados a estrangeiros ilegais, prejudicaria as proibições estatutárias fundamentais para a política federal de imigração. Isso estimularia a subtração das pessoas às autoridades migratórias, perdoaria as violações que fossem realizadas às leis de imigração e fomentaria futuras infrações.

A opinião da minoria da Suprema Corte dos Estados Unidos da América estabeleceu que a decisão adotada no caso *Hoffman Plastic Compounds* debilitaria a legislação trabalhista e estimularia os empregadores a contratar trabalhadores indocumentados. A opinião dissidente neste caso estabeleceu que o pagamento de salários atrasados não é contrário à política nacional de imigração.

O referido parecer dissidente também afirmou que não aplicar a legislação trabalhista deixa indefesas as pessoas que mais necessitam proteção diante da exploração por parte do empregador. Acrescentou que a lei de imigração não debilita nem diminui a proteção jurídica, nem limita o poder para reparar práticas injustas que se cometem contra os trabalhadores indocumentados.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América implica, em sua forma mais ampla, que os trabalhadores indocumentados não têm o direito de demandar para obter o pagamento de horas extra, violações ao salário mínimo ou discriminação.

Entretanto, em dois casos diferentes, relacionados com violações ao salário mínimo, uma Corte de Distrito e uma Corte Superior decidiram que o *status* migratório dos trabalhadores não era relevante para solicitar o pagamento de salário mínimo pelo tempo trabalhado.

Mencionou várias autoridades estatais que consideram que a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds* implica um impacto negativo sobre os direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes.

A maioria dos trabalhadores migrantes não estão dispostos a exercer seus direitos e, em muitas ocasiões, não denunciam os abusos sofridos.

Os grupos empresariais também confirmam a vulnerabilidade legal, social e econômica dos trabalhadores indocumentados. Recentemente, o *Center for Labor Market Studies* da *Northwestern University* realizou um estudo sobre o impacto dos migrantes nos Estados Unidos da América. O diretor do estudo afirmou que nos últimos 100 anos a economia dos Estados Unidos da América tem se tornado mais dependente da mão de obra migrante. Acrescentou que muitos destes novos trabalhadores migrantes, possivelmente a metade, encontram-se nos Estados Unidos da América sem documentos legais, o que significa que a economia é dependente de pessoas que estão na “terra legal de ninguém”.

Em síntese, a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds* pode ser vista como uma das últimas adições ao esquema legal que, direta ou indiretamente, negou aos migrantes as garantias básicas necessárias para aliviar sua vulnerabilidade social e econômica.

Muitas diferenças de tratamento se derivam diretamente do *status* de indocumentado dos trabalhadores e, em algumas ocasiões, essas diferenças de tratamento se estendem também aos migrantes documentados.

*Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services e a Harvard Law School, o Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools e o Centro de Justiça Global*

*Em suas intervenções escritas e orais, manifestaram que:*

Têm interesse no caso e, em particular, nos direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes nas Américas.

Apoiam o argumento do México quanto a que os fatos demonstram que os trabalhadores migrantes não gozam de direitos humanos universais em condições justas e equitativas. O vazio existente entre as normas internacionais atuais que protegem os trabalhadores migrantes e a prática e legislação discriminatórias no âmbito nacional constituem os maiores desafios que enfrentam os trabalhadores migrantes.

Passam a revisar as leis e a prática de alguns Estados americanos para entender a divergência que existe entre os direitos dos trabalhadores migrantes e a política pública nesta matéria.

*Quanto às leis e práticas na Argentina:*

Segundo a Lei Geral de Migrações da Argentina, apenas os migrantes admitidos como residentes permanentes gozam de todos os direitos civis garantidos na Constituição, incluído o direito ao trabalho. O direito ao trabalho que se concede aos migrantes temporários ou transitórios é mais restringido, enquanto os migrantes em contravenção da Lei Geral de Migrações não possuem nenhum direito a trabalhar e podem ser detidos e expulsos.

Os requisitos estabelecidos no Decreto nº 1434/87 para obter a residência legal na Argentina são praticamente impossíveis de cumprir por muitos imigrantes indocumentados. O mencionado decreto estabelece que o Departamento Nacional de Migrações pode negar a residência legal aos migrantes que: 1) entraram ao país evitando o controle migratório, 2) ficaram no país em contravenção da lei por mais de trinta dias, ou 3) trabalham sem a autorização legal do Departamento Nacional de Migrações. Além disso, o Ministério do Interior tem amplos poderes discricionários para negar a residência legal aos migrantes.

Na prática, devido a que a maioria de migrantes na Argentina contam com escassos recursos e não são profissionais nem têm parentes argentinos, a melhor oportunidade para regularizar seu *status* migratório é a apresentação de um contrato de trabalho escrito com um empregador argentino. Entretanto, como as regulamentações são muito complicadas, muitos migrantes se veem obrigados a manter seu *status* ilegal. Conseqüentemente, devem aceitar condições de trabalho precárias, salários sumamente baixos e sofrer outros abusos por parte de seus empregadores.

*Quanto às leis e práticas no Brasil:*

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, garante a validade dos direitos que decorrem dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Além disso, a Constituição Federal estabelece tratamento igual para nacionais e estrangeiros.

As leis trabalhistas do Brasil não distinguem entre nacionais e estrangeiros. Os trabalhadores indocumentados têm direito a receber salários e benefícios sociais a título de trabalho realizado. Além disso, não há nenhuma disposição que limite o acesso à justiça pela nacionalidade do demandante.

Na prática, os trabalhadores irregulares no Brasil experimentam muitas dificuldades, incluindo longas horas de trabalho e salários inferiores ao mínimo. Muitos migrantes irregulares nunca denunciam os abusos por temor a serem deportados. Este temor também causa que os migrantes irregulares não enviem suas crianças à escola, não solicitem uma carteira de motorista, não adquiram bens nem visitem seus países de origem.

Além disso, estes trabalhadores têm pouca informação sobre seus direitos e apenas podem fazê-los valer quando obtêm ajuda das organizações não governamentais que trabalham com migrantes.

*Quanto às leis e práticas no Chile:*

De acordo com a normativa chilena, os trabalhadores nacionais e estrangeiros têm direitos trabalhistas iguais.

Conforme a lei trabalhista chilena, o contrato de trabalho não precisa ser escrito; entretanto, a lei migratória requer que os trabalhadores migrantes contem com um contrato escrito feito perante notário público, no qual o empregador se comprometa a pagar o transporte do migrante a seu país quando termine o contrato.

Os trabalhadores migrantes que trabalham no Chile sem um contrato escrito frequentemente recebem salários muito baixos, não possuem acesso aos benefícios da previdência social e podem ser demitidos a qualquer momento sem compensação monetária. Em especial, esta situação é difícil para os

trabalhadores migrantes em situação irregular, porque temem ser identificados pelas autoridades de imigração.

Além disso, devido a que os trabalhadores irregulares normalmente não possuem documentos nacionais de identidade, carecem de acesso a muitos serviços públicos, como atendimento médico e moradia pública.

A legislação trabalhista não regulamenta de maneira expressa os direitos dos trabalhadores que não contam com contrato, de modo que a situação de tais trabalhadores a regulam o Departamento e as Inspeções de Trabalho. A informação sobre a interpretação da lei realizada pelas referidas autoridades trabalhistas não é muito acessível para os trabalhadores migrantes. A legislação chilena sobre trabalhadores estrangeiros não se encontra em dia e lhes prevê pouca proteção, em especial nas disputas trabalhistas.

*Quanto às leis e práticas na República Dominicana:*

O maior obstáculo à proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes na República Dominicana é a dificuldade que enfrentam os haitianos para estabelecer sua residência legal neste país. Ao obter seu *status* jurídico, a lei garante aos migrantes os mesmos direitos civis dos dominicanos. A lei não distingue entre cidadãos e estrangeiros documentados em relação a seus direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos trabalhistas básicos estão garantidos a todos os trabalhadores, independentemente de que residam legalmente no país ou não.

Há diversos problemas no âmbito trabalhista, como: salário mínimo insuficiente para gozar de uma vida digna; requisitos inalcançáveis para negociar coletivamente; multas aos empregadores que são insuficientes para prevenir a violação dos direitos dos trabalhadores; e corrupção de inspetores de saúde e de segurança.

A maioria de trabalhadores migrantes haitianos na República Dominicana enfrentam longas jornadas de trabalho, baixos salários e instabilidade no trabalho. Suas condições de vida são inadequadas. A maioria dos trabalhadores não possui água potável, facilidades sanitárias nem serviços médicos e sociais.

A capacidade dos trabalhadores migrantes haitianos para combater estas condições de trabalho injustas está severamente limitada. Eles têm de enfrentar uma atitude política e social geralmente hostil. Ao mesmo tempo, a grande maioria destes trabalhadores não possui acesso à assistência jurídica e, em consequência, aos tribunais trabalhistas.

A forma de aplicar as leis migratórias e de cidadania na República Dominicana contribui a perpetuar a ilegalidade permanente dos haitianos e dominicanos de descendência haitiana. Além disso, devido à sua pobreza e analfabetismo, é muito difícil que os trabalhadores migrantes cumpram os requisitos necessários para obter autorizações de trabalho temporárias. O *status* dos trabalhadores haitianos como migrantes irregulares afeta seus filhos, inclusive os nascidos na República Dominicana. Os filhos de haitianos que nascem na República Dominicana não são considerados cidadãos, em virtude de que os haitianos são caracterizados como estrangeiros em trânsito. Esta situação tem causado que os haitianos estejam sujeitos à deportação a qualquer momento, e, de fato, são realizadas expulsões massivas em violação do devido processo.

A República Dominicana se beneficiou por décadas da mão de obra barata de haitianos, e o Estado desenvolveu um sistema que mantém este fluxo de trabalhadores migrantes, sem tomar as medidas mínimas para garantir seus direitos fundamentais.

*Quanto às leis e práticas nos Estados Unidos Mexicanos:*

De acordo com os artigos 1 e 33 da Constituição Política, os quais se referem à igualdade de proteção, os direitos trabalhistas constitucionais devem ser garantidos a todos os migrantes.

Por sua Constituição, o México está obrigado a executar os tratados bilaterais e multilaterais sobre direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes que tenha assinado. Estes tratados garantem uma proteção igualitária e não discriminatória, bem como outras garantias mais específicas.

A Lei Federal de Trabalho permite que os migrantes trabalhem legalmente como visitantes no México. No entanto, existem restrições profissionais às categorias de visitantes, categorias que compreendem a maioria dos trabalhadores migrantes da América Central, que geralmente são mão de obra menos qualificada. Portanto, os trabalhadores provenientes da América Central apenas podem entrar legalmente no México sob a categoria denominada “Forma Migratória para Visitantes Agrícolas” ou sob a “Forma Migratória para Visitantes Locais Fronteiriços”. Algumas disposições da Lei Federal de Trabalho permitem um tratamento preferencial na contratação dos trabalhadores mexicanos com relação aos trabalhadores migrantes.

As violações mais comuns aos direitos dos trabalhadores migrantes são: longas jornadas de trabalho; condições inadequadas de moradia, saúde e transporte; salários inferiores ao mínimo; dedução de salários para comida e moradia; retenção de salários e de documentos de trabalho, e discriminação racial. Devido às graves condições sociais e econômicas que prevalecem em seus países de origem, muitos trabalhadores agrícolas migratórios se veem obrigados a aceitar estes abusos.

Apesar de que existam os programas de “Forma Migratória para Visitantes Agrícolas” e “Forma Migratória para Visitantes Locais Fronteiriços”, e de que tenham sido dado alguns passos a favor da proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes, o manejo destes programas tem sido inadequado; não evitaram os abusos contra os trabalhadores. Por exemplo, os Conselhos Locais de Arbitragem e Conciliação resolvem os conflitos entre os trabalhadores e os empregadores, mas o processo é frequentemente lento. Inclusive, muitos dos trabalhadores comparecem aos Conselhos sem nenhuma representação jurídica e são deportados sumariamente, mesmo que seus casos estejam pendentes.

*Quanto às leis e prática nos Estados Unidos da América:*

Os Estados Unidos da América, como Estado parte da Carta da OEA, está sujeito às obrigações impostas pela Declaração Americana, que garante o direito ao trabalho e a uma remuneração justa, bem como o direito a organizar sindicatos e a receber um tratamento igual perante a lei. A Declaração Universal também garante o direito a formar sindicatos e ao pagamento igual por trabalho igual. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual os Estados Unidos da América são parte, garante o direito de igualdade perante a lei, sem discriminação, e prevê o direito a formar sindicatos. Finalmente, as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) protegem os direitos trabalhistas dos trabalhadores irregulares.

Sob a atual lei trabalhista dos Estados Unidos da América, os trabalhadores irregulares são reconhecidos como “empregados”, o que lhes dá direito à proteção indicada nos principais estatutos trabalhistas federais. Entretanto, na prática não são tratados de forma igualitária.

O *National Labor Relations Act* (“NLRA”) autoriza o *National Labor Relations Board* (“NLRB”) a ordenar reparações a favor dos empregados que são vítimas de práticas trabalhistas injustas. Por exemplo, em caso de demissão injustificada, tal reparação pode consistir na reintegração ao trabalho e no

pagamento de salários atrasados. No caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* (2002), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que um trabalhador irregular não tinha direito ao pagamento dos salários atrasados, mesmo quando havia sido despedido por participar na organização de um sindicato para obter uma remuneração justa. Neste caso, a Suprema Corte decidiu que “a política migratória prevalecia sobre a política de trabalho”. Conforme a decisão da Corte no caso de *Sure –Tan v. National Labor Relations Board* (1984), os trabalhadores podem ser entregues ao Serviço de Imigração e Naturalização mesmo quando o motivo do empregador para fazê-lo seja o exercício de uma represália ilegal contra um trabalhador dedicado a uma atividade protegida pelo *National Labor Relations Act*. Com estas decisões, a Suprema Corte criou desigualdade na lei trabalhista dos Estados Unidos da América, baseada no *status* migratório das pessoas.

Muitos dos trabalhadores irregulares nos Estados Unidos da América enfrentam graves problemas devido às más condições de saúde e segurança no trabalho, já que recebem salários inferiores ao mínimo legal. Os trabalhadores migrantes também são alvo da violência de terceiros e de discriminação. Vários Estados negam aos trabalhadores em situação irregular o acesso à educação e ao atendimento médico. Além disso, os trabalhadores em situação irregular que defendem seus direitos correm o risco de serem denunciados ao *Immigration and Naturalization Service*. Os imigrantes indocumentados não possuem acesso a representação jurídica pública, o que dificulta que os trabalhadores façam valer seus direitos.

Essa situação difícil dos trabalhadores irregulares também afeta os trabalhadores migrantes que se encontram no programa de vistos “H2A” e “H2B”. Os direitos destes trabalhadores são muito restringidos; por exemplo, não estão protegidos pela lei que prevê pagamento por horas extra de trabalho. Além disso, a permissão de estar legalmente no país se encontra condicionada à continuidade no trabalho com um empregador particular, o que restringe a possibilidade de exigir seus direitos.

Finalmente, aproximadamente 32 milhões de trabalhadores, incluindo muitos migrantes que realizam trabalho doméstico e no campo, não estão protegidos pela disposição do *National Labor Relations Act* que estabelece o direito a organizar um sindicato, além de que não contam com a proteção de nenhuma lei estatal.

Thomas Brill, do Law Office  
of Sayre & Chavez

*Em suas intervenções escritas e orais, expressou que:*

Em março de 2002, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu, no caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*, que um trabalhador indocumentado não tinha direito ao pagamento de salários atrasados, depois de ser demitido ilegalmente por tentar exercer direitos dados pelo *National Labor Relations Act*.

A empresa *Hoffman Plastic Compounds* contratou o senhor José Castro em maio de 1988. Em dezembro de 1988, o senhor Castro e outros trabalhadores iniciaram uma campanha para organizar um sindicato. Em janeiro de 1989, a empresa demitiu o senhor Castro e outros três trabalhadores por tentar formar e ser parte de um sindicato. Em janeiro de 1992, o *National Labor Relations Board* ordenou à companhia *Hoffman Plastic Compounds* que reintegrasse o senhor Castro e lhe pagasse os salários atrasados, que eventualmente teria recebido se não fosse pela decisão que a empresa tomou de despedi-lo por estar envolvido em atividades sindicais. A empresa se negou a pagar os salários atrasados ao senhor Castro, pois este admitiu que não tinha permissão de trabalho.

Em setembro de 1998, o *National Labor Relations Board* decidiu que a empresa

*Hoffman Plastic Compounds* devia pagar ao senhor Castro os salários atrasados correspondentes ao período entre sua demissão e a data na qual admitiu que não tinha a documentação correspondente à permissão de trabalho. Nesta decisão, o *National Labor Relations Board* afirmou que “[a] forma mais efetiva de adaptar e fomentar as políticas de imigração dos Estados Unidos [...] é proporcionando as garantias e os recursos do *National Labor Relations Act* aos trabalhadores indocumentados da mesma maneira que a outros empregados”. O *National Labor Relations Board* ordenou que a empresa *Hoffman Plastic Compounds* pagasse a quantia de US\$ 66.951 (sessenta e seis mil novecentos e cinquenta e um mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de salários atrasados ao senhor José Castro. A empresa *Hoffman Plastic Compounds* se negou a pagar o senhor Castro e apresentou uma apelação. No ano de 2001, a Corte Federal de Apelações confirmou o ordenado pelo *National Labor Relations Board*, e então a empresa *Hoffman Plastic Compounds* apresentou uma apelação perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Em sua decisão de março de 2002, a Suprema Corte revogou as decisões da Corte de Apelações e da *National Labor Relations Board*. A Suprema Corte denegou o pedido de salários atrasados do senhor José Castro, e afirmou que no caso dos trabalhadores em situação irregular que são demitidos por realizar atividades de organização sindical, a proibição da lei de imigração de trabalhar sem autorização prevalecia sobre o direito de formar e ser parte de um sindicato.

O *National Employment Law Project*, uma agência americana sem fins lucrativos que analisou o efeito da decisão no caso da empresa *Hoffman Plastic Compounds*, determinou que a partir desta decisão os empregadores têm tentado deteriorar ainda mais os direitos dos trabalhadores em situação irregular nos Estados Unidos da América.

Muitos empregadores têm menosprezado os direitos de seus empregados desde que foi publicada a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds*. Com efeito, os empregadores podem argumentar que os trabalhadores em situação irregular não podem acionar a justiça quando são discriminados, nem quando se viola seu direito a um salário mínimo. Claramente, a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds* tem causado que os empregadores discriminem seus trabalhadores em situação irregular, argumentando que não possuem direito a reclamar quando seus direitos trabalhistas são violados. Assim, tem se estimulado a contratação de trabalhadores em situação irregular, por ser mais barato para o empregador e para não contratar cidadãos ou residentes que podem reclamar a proteção de seus direitos perante tribunais de justiça.

Entretanto, é importante indicar que a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds* não foi adotada de forma unânime pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, mas pela maioria de 5 votos a 4; o autor do voto dissidente da minoria foi o Juiz Breyer. Este afirmou que permitir aos migrantes em situação irregular o acesso aos mesmos recursos legais dos cidadãos é a única forma de assegurar que os direitos dos migrantes sejam protegidos. O Juiz Breyer analisou cuidadosamente o possível impacto da decisão sobre os trabalhadores em situação irregular, afirmando que se os trabalhadores indocumentados não podem receber o pagamento de salários atrasados ao serem demitidos ilegalmente, os empregadores despedirão tais trabalhadores quando tentem se sindicalizar, já que não haverá nenhuma consequência para o empregador, ao menos na primeira vez que utilize este método.

Além disso, como afirma o Juiz Breyer, não existe nenhuma disposição nas leis de imigração dos Estados Unidos da América que proíba o *National Labor Relations Board* de admitir que os trabalhadores em situação irregular interponham recurso ou ação quando seus direitos sejam violados. No entanto, a maioria da

Suprema Corte dos Estados Unidos da América eliminou a possibilidade de que um trabalhador em situação irregular reivindique perante a justiça o pagamento de salários atrasados, com fundamento no suposto conflito entre o *National Labor Relations Act* e o *Immigration Reform and Control Act* de 1986.

Tanto o *National Labor Relations Board* como a Suprema Corte abordaram o litígio da *Hoffman Plastic Compounds* como um caso que requeria o balanço entre a lei trabalhista e a lei de imigração. O *National Labor Relations Board* e os quatro Juízes da minoria da Suprema Corte deram prioridade à lei trabalhista, e os cinco Magistrados que constituíram a maioria concederam prioridade à lei de imigração.

Em suas decisões, o *National Labor Relations Board* e a Suprema Corte não levaram em consideração o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as regras do direito trabalhista internacional. Também não consideraram as obrigações que têm os Estados Unidos da América, conforme o Direito Internacional, de “assegurar, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo aos direitos e liberdades fundamentais do homem”.

Em síntese, a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds* nega a um grupo de trabalhadores os direitos trabalhistas que lhes são inerentes e que foram reconhecidos pela comunidade internacional.

Uma das principais entidades que se referiram ao tema dos direitos humanos é a Organização dos Estados Americanos (OEA). Os Estados Unidos da América e o México são dois dos 35 Estados partes comprometidos ativamente na administração da OEA e que supostamente aderem aos princípios gerais e padrões estabelecidos por esta organização internacional.

A esse respeito, é importante citar os artigos 3.1 e 17 da Carta da OEA, que se referem à igualdade e não discriminação. Estes princípios também são mencionados na Declaração Americana.

Além disso, o México não solicitou à Corte que analise a lei de imigração dos Estados Unidos da América. Não se questiona o direito de cada Estado de estabelecer regulamentos (“*rules*”) de imigração. Ao contrário, quando os legisladores de um determinado Estado estabelecem políticas que discriminam determinadas categorias de trabalhadores no mercado de trabalho, poderiam ser devastadores os resultados em termos de proteção dos direitos humanos. Os direitos humanos fundamentais devem prevalecer sobre o propósito de proibir a determinados trabalhadores o desfrute dos benefícios que conceda a lei.

Pelas razões mencionadas, considera-se que a recente decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* cria um sistema que viola o Direito Internacional.

*Labor, Civil Rights and  
Immigrants' Rights  
Organizations in the United  
States*

*Em suas intervenções escritas e orais, expressaram que:*

O escrito foi formulado em representação de 50 organizações de direitos civis, trabalhistas e migratórios nos Estados Unidos da América.

Os trabalhadores migrantes nos Estados Unidos da América se encontram entre os que recebem os salários mais baixos e um tratamento indevido. As tentativas das organizações de proteger os direitos dos migrantes, incluindo os trabalhadores “não autorizados”, foram obstaculizadas por leis estadunidenses que discriminam com fundamento no *status* de estrangeiro e migrante, e, em especial, devido à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*. Além disso, tanto a lei trabalhista federal como a estatal violam o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é obrigatório para esse país. Há uma necessidade urgente de padrões regionais fortes em relação à proteção dos trabalhadores migrantes.

O termo “trabalhador não autorizado” é utilizado para descrever os trabalhadores migrantes que não possuem autorização para serem contratados legalmente nos Estados Unidos da América. Esse grupo inclui trabalhadores que, por diversas razões, encontram-se legalmente nos Estados Unidos da América, mas não possuem autorização para trabalhar. O termo migrante “indocumentado” se utiliza para descrever os migrantes cuja presença nos Estados Unidos da América é ilegal. Estes trabalhadores formam um subgrupo da população migrante que não está autorizada a trabalhar. A maioria das decisões dos tribunais estão baseadas na autorização para trabalhar.

Os Estados Unidos da América têm a maior população de migrantes no mundo. Para os fins deste escrito, utilizar a cifra de 5.3 milhões de pessoas como uma estimativa aproximada do número total de trabalhadores indocumentados nos Estados Unidos da América, é suficiente para estabelecer que esta população representa um fator econômico sério e um ponto de preocupação política e humana. Os trabalhadores indocumentados realizam uma grande parte do trabalho nas áreas que se caracterizam por salários baixos e risco elevado.

A prática de ameaçar denunciar os trabalhadores migrantes ao *Immigration and Naturalization Service* (INS), com o fim de limitar o exercício de seus direitos trabalhistas, foi comum durante muitos anos e não diminuiu desde que se proferiu a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*.

Nos Estados Unidos da América não são efetivas as sanções para o empregador que contrata trabalhadores “não autorizados”. O *Immigration Reform and Control Act* (IRCA), de 1986 estabelece que o empregador deve verificar a identidade e elegibilidade do pessoal que contrata. No entanto, a lei permite que os empregadores revisem os documentos de uma maneira superficial. Os empregadores têm poucos motivos para temer que o *Immigration and Naturalization Service* os sancione por contratar migrantes indocumentados; veem isso, ao contrário, como uma decisão legítima que lhes poupa custos. Mesmo quando os empregadores violam a lei, as sanções e multas que recebem são baixas e pouco frequentes. Portanto, de acordo com a legislação atual, os empregadores podem contratar trabalhadores “não autorizados”, beneficiar-se deles e ameaçar denunciá-los ao *Immigration and Naturalization Service*, sem temor de possíveis ações do governo.

Alguns trabalhadores migrantes, em especial os “não autorizados”, encontram-se expressamente excluídos da possibilidade de receber determinadas reparações que os cidadãos estadunidenses têm a sua disposição. Por exemplo, no caso *Hoffman Plastic Compounds*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que os trabalhadores “não autorizados” não podem receber salários atrasados por uma demissão ilegal como represália por atividades sindicais, segundo o *National Labor Relations Act*, que protege o direito de organizar sindicatos e negociar coletivamente. A *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), agência governamental que aplica a maior parte das leis federais trabalhistas sobre discriminação, afirmou que se encontra revisando a prática de ordenar o pagamento de salários atrasados aos trabalhadores indocumentados, à luz do decidido no caso *Hoffman Plastic Compounds*.

Finalmente, a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds* deixa intacto o direito a um salário mínimo e ao pagamento de horas extras, de acordo com o *Fair Labor Standards Act*, porque apenas se referiu ao pagamento de salários atrasados por trabalho não realizado. No entanto, o Departamento de Trabalho (*U.S. Department of Labor*), agência federal encarregada de aplicar o *Fair Labor Standards Act*, não esclareceu seu ponto de vista sobre o direito dos migrantes “não autorizados” ao pagamento de salários atrasados por motivo de demissões

por represália, e afirmou que “ainda se encontra considerando o efeito causado pelo caso *Hoffman [Plastic Compounds]* nesta reparação”.

Mesmo antes da apresentação do caso *Hoffman Plastic Compounds*, algumas leis dos Estados Unidos da América explicitamente discriminavam os trabalhadores de determinadas categorias migratórias, incluindo os trabalhadores “não autorizados” e os que contam com determinados tipos de vistos. Na maioria dos Estados, os trabalhadores “não autorizados” têm direito a receber uma compensação por acidentes de trabalho ou incapacidade. Geralmente, estas compensações são matéria de lei estadual, a qual varia em cada Estado. De maneira geral, os trabalhadores recebem gastos médicos, uma restituição parcial de seus salários, pensões, benefícios por causa de morte e, em algumas ocasiões treinamento para trabalhos novos. À medida que as leis sobre compensações em quase todos os Estados se aplicam aos trabalhadores “não autorizados”, ao menos as leis do Estado de Wyoming os excluem explicitamente dos benefícios de compensação, e outras disposições e decisões judiciais restringem o benefício de uma indenização em matérias tais como reabilitação, morte e salários atrasados.

Aos trabalhadores que se encontram sob o programa de vistos H-2A (para trabalho agrícola), que em sua maioria proveem do México, negam-se muitas proteções trabalhistas federais básicas. São excluídos da proteção do *Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act (MSAWPA)*, principal lei trabalhista federal para trabalhadores agrícolas. Portanto, seu empregador não é controlado pelo Departamento de Trabalho dos Estados Unidos da América. Além disso, a permissão dos trabalhadores H-2A para permanecer legalmente nos Estados Unidos da América se encontra vinculada a um único empregador. Portanto, estes trabalhadores não possuem liberdade para mudar de trabalho.

O direito dos trabalhadores migrantes de contar com representação jurídica também se restringe seriamente. O *Legal Services Corporation Act* de 1974 criou a *Legal Services Corporation*, cujos programas têm a proibição de proporcionar assistência jurídica para ou em representação da maioria de migrantes que não são residentes permanentes legais.

Uma vez que um estrangeiro está fisicamente no território de um país e encontra um emprego, a negativa a proporcionar-lhe as proteções trabalhistas viola o direito humano à não discriminação. Vários instrumentos internacionais obrigatórios para os Estados Unidos da América estabelecem uma regra universal de não discriminação que protege todas as pessoas dentro da jurisdição de um Estado. As diferenças no tratamento baseadas na nacionalidade ou no *status* migratório, tal como se estabelece nas mencionadas leis trabalhistas dos Estados Unidos da América, violam os artigos 2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como o artigo II da Declaração Americana. A linguagem destas disposições e das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indica que a garantia de igualdade e não discriminação, bem como outras relacionadas ao trabalho, são universais e se aplicam a “todas as pessoas”.

Os Estados não podem discriminar baseando-se na nacionalidade ou outro *status*, de acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mas apenas estabelecer distinções baseadas em critérios razoáveis e objetivos. O argumento de que algumas das leis trabalhistas dos Estados Unidos da América estabelecem discriminações que violam os artigos 2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos encontra apoio na interpretação realizada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. No caso *Gueye et al. v. France*, o referido Comitê reafirmou sua posição de que as disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos são aplicáveis aos não nacionais sempre que não se estabeleça expressamente o contrário. Além disso, neste caso se demonstra que as distinções baseadas na condição de

estrangeiro violam o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mesmo quando este tratado não assegure expressamente o benefício substantivo controvertido (nesse caso o direito à aposentadoria ou, por exemplo, o direito a uma remuneração justa, condições de trabalho adequadas e recurso efetivo através de assistência jurídica). Na decisão deste caso se sustenta que a distinção com base na condição de estrangeiro é indevida quando carece de uma base razoável e objetiva, apesar de que os direitos substantivos, por si mesmos, não sejam fundamentais nem estejam reconhecidos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Finalmente, a decisão estabelece que se a distinção no benefício do emprego é razoável e objetiva e, portanto, permissível, um Tribunal deve examinar o propósito implícito da lei trabalhista, para determinar se a distinção é relevante para alcançar o fim proposto. As leis de garantias trabalhistas dos Estados Unidos da América que discriminam com fundamento na condição de estrangeiro ou no *status* migratório, não resistem a este exame. Uma vez contratado um estrangeiro, sua nacionalidade e seu *status* jurídico são irrelevantes para o propósito de proteger os indivíduos em seu local de trabalho e prevenir sua exploração. O controle migratório não pode ser visto como o objetivo principal das leis de proteção trabalhista, e as restrições dos Estados Unidos da América à proteção trabalhista dos estrangeiros não servem objetiva nem razoavelmente a esse fim.

A linguagem e os argumentos *expresio unius* estabelecidos quanto ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos são igualmente aplicáveis à Declaração e Convenção Americanas. A linguagem dos instrumentos interamericanos é universal e não estabelece expressamente distinções com fundamento na condição de estrangeiro ou no *status* migratório. A jurisprudência do Sistema Interamericano sobre a não discriminação concorda substancialmente com a relativa ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e serve de apoio para concluir que as leis trabalhistas dos Estados Unidos da América discriminam indevidamente os trabalhadores migrantes.

Outros tratados e declarações internacionais aplicáveis aos Estados Unidos da América, inclusive o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, confirmam que os princípios básicos da não discriminação se aplicam à proteção trabalhista sem distinção por motivos de nacionalidade ou *status* migratório.

Além de violar o princípio de não discriminação no Direito Internacional, a lei trabalhista dos Estados Unidos da América não protege a liberdade de associação dos trabalhadores “não autorizados” e de outros trabalhadores migrantes e viola o princípio internacional fundamental da liberdade de associação. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) reconheceu explicitamente a liberdade de associação como um dos quatro direitos humanos fundamentais que protegem todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores “não autorizados” e indocumentados. Outros instrumentos internacionais (tais como a Declaração Americana, a Convenção Americana, a Carta da OEA e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), aplicáveis aos Estados Unidos da América, permitem exceções ao exercício do direito à liberdade de associação apenas em circunstâncias limitadas, que não justificam que este direito não se garanta a estrangeiros e migrantes “não autorizados”.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds*, no sentido de que não se podem pagar salários atrasados aos trabalhadores “não autorizados” quando são demitidos indevidamente por realizar atividades sindicais, afeta o direito à liberdade de associação desses trabalhadores. Devido a que estes trabalhadores não possuem direito à reintegração quando são demitidos indevidamente, o pagamento dos salários atrasados é a única reparação efetiva e disponível para as violações à *National Labor Relations Act*.

*A Academia de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da American University, Washington College of Law e o Programa de Direitos Humanos da Universidade Ibero-Americana do México*

*Em seu escrito de 21 de fevereiro de 2003, afirmaram que:*

Neste pedido de Parecer Consultivo devem ser consideradas as “cláusulas autônomas” dos tratados e instrumentos internacionais citados pelo Estado solicitante, isto é, os artigos II da Declaração Americana, 24 da Convenção Americana, 7 da Declaração Universal e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Quanto às regras que contêm o princípio de não discriminação, subordinado à existência de uma interferência com um dos direitos protegidos nos referidos instrumentos, “não existe dúvida [de] que os artigos 1.1 da Convenção Americana e 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos devem ficar excluídos da análise, porquanto estes instrumentos não garantem direitos trabalhistas. Distinta é a situação do artigo 2 da Declaração Universal já que este instrumento efetivamente garante este tipo de direitos incluindo, em particular, os que poderiam ser considerados padrões mínimos de proteção nesta área”.

As regras de direitos humanos citadas pelo Estado solicitante não proíbem expressamente a realização de distinções por motivo de nacionalidade, nem pelo *status* migratório de um estrangeiro. Entretanto, as disposições sob análise não estabelecem uma enumeração taxativa ou exaustiva de condições em virtude das quais não se pode estabelecer distinção. Ao contrário, “parecem admitir que, em princípio, uma distinção por qualquer condição pode resultar em um tratamento discriminatório”.

As disposições aplicáveis à presente consulta foram interpretadas de maneira uniforme no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que uma medida é discriminatória apenas quando a distinção de tratamento não se encontra fundamentada em motivos objetivos e razoáveis, isto é, quando não persegue um fim legítimo ou quando não existe uma relação proporcional entre os meios empregados e o fim que se tenta alcançar com esta medida. Entretanto, os Estados possuem determinada margem de apreciação para avaliar se se justifica uma diferença de tratamento entre pessoas que se encontram em uma situação similar.

Nesta análise não se faz referência expressa às duas últimas perguntas do México, em virtude de que a resposta dessas perguntas está subsumida à análise das outras perguntas.

Apesar de que o Estado solicitante se referiu em suas perguntas aos “direitos trabalhistas” em um sentido amplo, esta análise se concentra, especificamente, no “direito de toda pessoa aos benefícios salariais pelo trabalho já realizado”, em virtude de que não existe dúvida de que no Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicável aos Estados americanos esta proteção trabalhista mínima deve ser garantida a todo ser humano, incluídos os trabalhadores indocumentados. A esse respeito, é importante esclarecer que, para efeitos deste *amicus curiae*, a definição de “benefícios salariais pelo trabalho já realizado” compreende não apenas os chamados salários atrasados, mas também outros direitos trabalhistas acessórios como o direito a se associar a um sindicato ou o direito de greve.

*Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra):*

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consagra em diversos instrumentos internacionais uma grande variedade de regras relacionadas com os direitos dos trabalhadores. As disposições em matéria de direitos trabalhistas incluídas em instrumentos adotados ou ratificados por Estados membros da OEA são: o artigo 23 da Declaração Universal; os artigos 34.g), 45.b) e 45.c) da Carta da OEA, e o artigo XIV da Declaração Americana. Adicionalmente, existem outros instrumentos internacionais relevantes para determinar o alcance das obrigações regionais de

direitos humanos a respeito dos direitos dos trabalhadores, entre os quais cabe mencionar: os artigos 6, 7 e 8 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Americana; o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção nº 97 da Organização Internacional do Trabalho relativa a Trabalhadores Migrantes; a Constituição da Organização Internacional do Trabalho; e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

O direito de toda pessoa a receber os benefícios salariais pelo trabalho realizado se encontra localizado no grupo de direitos que “mais se aproximam aos direitos civis e políticos, seja porque têm um impacto direto sobre direitos, tais como o direito de propriedade ou o direito à personalidade jurídica [...] ou por seu caráter imediato e urgente, reiterado, implícita ou explicitamente, em muitos [...] instrumentos”.

Os artigos 34.g) e 45.b) da Carta da OEA pressupõem a existência do direito do trabalhador a receber um salário pelo trabalho realizado, direito que por ser tão óbvio foi desnecessário consagrá-lo explicitamente. Este direito se encontra explicitamente protegido no artigo XIV da Declaração Americana. A Carta da OEA e a Declaração Americana não fazem nenhuma diferença entre cidadão ou estrangeiro em situação irregular, mas se referem de maneira geral a “pessoa” ou “trabalhador”.

O artigo 23 da Declaração Universal reflete de forma implícita e explícita o princípio geral de que se uma pessoa trabalhou, deve receber a remuneração correspondente.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não foi invocado pelo México no pedido de Parecer Consultivo. Entretanto, este tratado também contém referências relevantes sobre o direito a receber um salário pelo trabalho realizado. Assim, o artigo 7 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador” garante o direito a um “salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção”. A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias consagra explicitamente garantias mínimas que incluem o direito dos trabalhadores migrantes indocumentados aos benefícios salariais sobre o qual já trabalharam.

Devido a que os trabalhadores migrantes em situação irregular e suas famílias constituem um setor da sociedade particularmente vulnerável, o Estado tem a obrigação especial “de conceder proteções especiais ou, neste caso, abster-se de tomar medidas restritivas dos direitos trabalhistas destas pessoas que sejam excessivamente onerosas e que, evidentemente, não apenas não são necessárias para alcançar o fim legítimo perseguido, mas que têm o efeito contrário”.

Além de qualquer construção jurídica referida a instrumentos internacionais, “é do mais elementar sentido de justiça que se garanta que uma pessoa que trabalhou receba seus benefícios salariais”. O contrário significaria aceitar uma forma moderna de trabalho escravo.

A prática generalizada dos Estados, refletida nos instrumentos internacionais, e a percepção destes Estados de que se trata de uma regra jurídica que sustenta a noção de *opinio juris*, sugerem a existência de uma regra internacional de caráter consuetudinário em relação ao direito do trabalhador a receber os benefícios salariais pelo trabalho realizado. Além disso, não parece existir resistência por parte dos Estados a respeito do reconhecimento deste direito, o que descarta a possibilidade de argumentar uma objeção persistente a esta regra.

Os direitos humanos, tais como o direito à igualdade ou direito ao salário, podem ser objeto de restrições, mas tais restrições devem responder a critérios de necessidade e proporcionalidade na obtenção de um fim legítimo. A implementação de medidas que controlam a imigração irregular ao território estatal é um fim legítimo. Entretanto, se estas medidas pretendem despojar os trabalhadores migrantes em situação irregular do direito a receberem os benefícios salariais pelo trabalho realizado, é imperioso realizar uma análise sobre sua proporcionalidade e necessidade, para o que se deve questionar se existem outras medidas menos restritivas do mencionado direito.

Existem outros mecanismos que podem ser adotados com o fim de controlar a imigração irregular ao território estatal, tais como a possibilidade de punir administrativa e penalmente os empregadores de trabalhadores indocumentados, endurecer os controles fronteiriços de imigração, estabelecer mecanismos de verificação de *status* jurídico para evitar a falsificação de documentos, deportar a pessoa indocumentada, e investigar e punir quem cometa um crime. Não parece ser proporcional nem necessário adotar medidas dirigidas a despojar os trabalhadores migrantes dos benefícios salariais pelos quais já trabalharam. Estas últimas medidas “parecem ser uma ‘punição’ que afeta excessivamente, não apenas o trabalhador, mas sua família”. A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias pode servir como critério para confirmar que determinadas restrições ao direito a receber os benefícios salariais pelo trabalho realizado não são necessárias nem proporcionais.

Além disso, o direito a receber os benefícios salariais pelo trabalho realizado tampouco pode ser limitado por meios indiretos, tais como a adoção de medidas que limitem o direito do trabalhador em situação irregular a reivindicar judicialmente seu salário, por exemplo, através da exigência de que se encontre presente fisicamente na jurisdição do Estado receptor para poder realizar tal reivindicação, uma vez que foi deportado e não lhe será concedida autorização para ingressar novamente a este Estado.

*Quanto à pergunta 2.1 da consulta (par. 4 supra):*

Em relação às disposições da Declaração Universal -excetuando os artigos 21 e 13- existe acordo em que, sob regras de direito consuetudinário, os Estados têm a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos fundamentais aos estrangeiros sob sua jurisdição, incluídos os que se encontrem residindo de forma irregular.

O Direito Internacional consuetudinário obriga os Estados a garantir a todos os estrangeiros residentes em sua jurisdição o princípio de igualdade perante a lei e não discriminação e proíbe diferenças de tratamento entre cidadãos e estrangeiros que possam considerar-se não razoáveis. No entanto, os direitos e liberdades não são absolutos e é possível estabelecer determinadas limitações regulamentadas no artigo 29.2 da Declaração Universal.

Em conclusão, os instrumentos internacionais indicados pelo México na consulta garantem o direito à igualdade perante a lei a respeito de todas as pessoas sujeitas à jurisdição de um Estado, independentemente da nacionalidade ou do *status* migratório. Entretanto, este direito não é absoluto e, em consequência, pode estar sujeito a restrições razoáveis. Além disso, sob o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana, este direito à igualdade perante a lei não é considerado uma regra inderrogável, isto é, que pode estar sujeito a suspensão em determinadas circunstâncias.

*Quanto à pergunta 2.2 da consulta (par. 4 supra):*

É necessário considerar que a existência de discriminação não se determina em

abstrato, mas em virtude das circunstâncias concretas de cada caso. No contexto particular da consulta realizada pelo México, o motivo para distinguir entre os trabalhadores migrantes em situação irregular e outros trabalhadores, quanto ao reconhecimento dos direitos trabalhistas mínimos, é o *status* migratório dos primeiros e não sua nacionalidade.

O tratamento diferente que proporcionam certos Estados americanos aos trabalhadores em situação irregular, em razão de seu *status* migratório, não implica *per se* uma discriminação. Segundo a jurisprudência internacional constante, uma distinção de tratamento será discriminatória quando não se encontre fundamentada em motivos objetivos e razoáveis. Isto é, quando não persiga um fim legítimo ou quando não exista uma relação de proporcionalidade entre o meio empregado e o fim que se tenta alcançar com a medida ou prática questionada. Além disso, o direito à igualdade não é absoluto, de modo que pode ser objeto de limitações permissíveis e seu exercício pode ser suspenso em situações de estado de exceção ou emergência. A análise de proporcionalidade da distinção de tratamento deve considerar que se trata de direitos trabalhistas mínimos e que seriam desconhecidos de uma população vulnerável.

Além disso, apesar de que os Estados gozam de uma margem de discricionariedade para estabelecer distinções de tratamento entre nacionais e estrangeiros na aplicação das leis migratórias, esta margem se reduz consideravelmente quando os direitos em jogo são tão fundamentais que sua restrição ou privação afeta os princípios mínimos de respeito à dignidade humana.

Em situações em que a denegação de direitos pode situar uma pessoa em uma condição semelhante ao trabalho forçado, “corresponde [à] Honorable Corte restringir ao máximo o espaço de apreciação do Estado e exercer um controle estrito sobre as justificações feitas por est[e] para fundamentar suas políticas”.

Apenas em situações excepcionais, com características similares às que se apresentam em um estado de emergência, e se tratando de medidas estritamente limitadas às exigências da situação, pode-se justificar um tratamento diferente quanto ao desfrute dos direitos trabalhistas mínimos anteriormente identificados, entre estrangeiros que se encontrem em uma situação migratória irregular e nacionais ou residentes legais.

A prática de alguns Estados americanos de subordinar o reconhecimento do direito aos benefícios salariais, entendido em um sentido amplo, ao cumprimento de regras de direito migratório, é irrazoável e incompatível com a obrigação de respeitar e garantir o direito de igualdade perante a lei.

O desconhecimento dos padrões trabalhistas mínimos aos trabalhadores indocumentados não contribui a restringir o ingresso de migrantes irregulares aos Estados. Ao contrário, promove que empregadores inescrupulosos contratem mais trabalhadores que se encontrem nessa situação irregular, devido à possibilidade de submetê-los a condições extremas de trabalho sem que exista repressão por parte do Estado. Se os trabalhadores indocumentados se organizam para reivindicar seus direitos, os empregadores poderiam recorrer a denunciar sua situação de irregularidade e, dessa forma, evitariam cumprir as regras trabalhistas mínimas.

Uma política de controle de imigração mais apropriada deveria aplicar penas severas a quem contratasse migrantes irregulares, apesar de conhecer ou devendo ter conhecido seu *status* migratório, com o propósito de se beneficiar da possibilidade de oferecer garantias trabalhistas inferiores. Vários Estados americanos não possuem legislação que penalize este tipo de condutas, e nos Estados que estabeleceram multas se reconhece que não são suficientemente severas para desencorajar a contratação de trabalhadores em situação irregular.

O padrão de interpretação que se propõe não restringe o direito dos Estados de aplicar as penalidades correspondentes, tais como a deportação das pessoas que descumpram as disposições incluídas na legislação migratória ou que, de qualquer forma, violem as regras penais de direito interno. Apesar de um indivíduo poder ser deportado por encontrar-se de forma ilegal no território de um Estado, este último deve cumprir suas obrigações de respeitar os direitos fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Em conclusão, a denegação aos trabalhadores indocumentados de padrões trabalhistas mínimos, entendidos como o direito aos benefícios salariais em sentido amplo, com base em seu *status* migratório, é contrária ao direito à igualdade perante a lei, em razão de que constitui uma medida desproporcional para alcançar os fins de política migratória que perseguem os Estados que aprovam esta prática.

*Centro pela Justiça e o  
Direito Internacional (CEJIL)*

*Em suas intervenções escritas e orais, manifestou que:*

A consulta do México está diretamente relacionada a uma situação prática de suma gravidade, de modo que será de grande utilidade para a região.

Este *amicus curiae* se concentra nas perguntas 1.1, 2.1 e 2.2 do pedido de Parecer Consultivo.

No plano jurídico, o princípio de igualdade é considerado um direito fundamental e a obrigação de não discriminar constitui uma das proibições centrais do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este princípio “é um regulador ideal aplicável a todos os direitos”.

No plano fático, o direito à igualdade pode ser violado de distintas maneiras, tais como: o proferimento ou aplicação de regras discriminatórias, o estabelecimento ou aplicação de regras *prima facie* neutras, mas com um impacto diferencial negativo sobre um indivíduo ou grupo de pessoas, e o estabelecimento de medidas ou práticas diretamente prejudiciais para um indivíduo ou grupo.

Apesar de o Sistema Interamericano não contar com um instrumento exclusivamente dedicado à proteção contra a discriminação aos trabalhadores migrantes, a Convenção Americana e a Declaração Americana contêm regras que evidenciam o compromisso dos Estados de garantir a igualdade perante a lei e a vigência dos direitos reconhecidos nas distintas convenções sem discriminação alguma. O Sistema Interamericano confere proteção de não discriminação aos direitos protegidos no âmbito nacional, através da cláusula de igualdade perante a lei. Portanto, os Estados membros devem buscar que sua legislação não contenha disposições discriminatórias e garantir que não existam medidas, práticas, ações ou omissões que afetem prejudicialmente um grupo ou indivíduo.

O artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não se limita a reiterar o previsto no artigo 2.1 deste tratado, mas “estende uma proteção autônoma, pois proíbe a discriminação de fato e de direito em qualquer esfera e a proteção perante as autoridades públicas”. Este princípio é diretamente aplicável aos direitos econômicos, sociais e culturais por sua inclusão no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os direitos consagrados na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias deverão ser garantidos a todos os trabalhadores migrantes, sem importar sua situação migratória.

O princípio de igualdade e de não discriminação está reconhecido na Declaração Americana, na Convenção Americana e em outros tratados internacionais, os

quais coincidem em garantir a todas as pessoas os direitos consagrados em tais instrumentos, sem discriminação por razões de sexo, idioma, credo, origem nacional e social, e qualquer outra condição.

Os motivos que podem gerar discriminação não se limitam aos que se encontram expressamente contemplados nos instrumentos interamericanos. Os textos da Convenção Americana, da Declaração Americana e de outros instrumentos internacionais supõem a existência de outros motivos de discriminação possíveis. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmou que a cláusula de não discriminação se aplica a casos não enunciados taxativamente nos pactos internacionais. Nesse sentido, o Tribunal Europeu analisou tratamentos discriminatórios em razão da orientação sexual e da idade.

De igual forma, os motivos que podem dar lugar à formação de uma “categoria suspeita” não se esgotam na enumeração estabelecida nos instrumentos interamericanos. A determinação destas categorias “está relacionada com as características da discriminação em um dado momento em um país ou região”. A relevância da identificação de uma “categoria suspeita” dependerá, em grande medida, da análise concreta da situação de fato regulada. Por isso, no caso dos trabalhadores migrantes, é fundamental analisar, sem abstrações, os fatos regulamentados pelo direito trabalhista.

Para estabelecer, no Sistema Interamericano, se um ato que parte da diferença de duas situações de fato é discriminatório, devemos primeiro avaliar se estamos diante de uma hipótese de fato objetivamente desigual; depois, analisar se a regra ou medida que distingue persegue um fim legítimo; e, posteriormente, estabelecer se existe um vínculo de proporcionalidade entre as diferenças estabelecidas pela regra ou medida e seus objetivos.

Muitos Estados se converteram em emissores ou receptores de pessoas que emigram em busca de trabalho. Uma análise da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre 152 Estados determinou que, entre 1970 e 1990, o número de Estados classificados como grandes receptores de migrantes em busca de trabalho passou de 39 a 67, e o número de Estados considerados grandes emissores de migrantes por motivos de trabalho passou de 29 a 55. Nas últimas décadas, o motivo principal que tem provocado que as pessoas abandonem seu Estado de origem foi o de encontrar bons empregos ou ter acesso a uma melhor remuneração.

A imigração irregular tem aumentado como consequência de situações de extrema pobreza e falta de oportunidades nos Estados de origem. Este fato favoreceu o surgimento da “indústria da migração”. Com o propósito de não pagar salários adequados ou não se esforçar em dar condições de trabalho dignas, os patrões optam por empregar os imigrantes indocumentados. “Os Estados receptores não são alheios a esta exploração, pois também se beneficiam desta ‘indústria’, em virtude de que sua economia cresce às custas desta situação irregular”.

No continente americano, os trabalhadores migrantes em situação irregular foram objeto de várias práticas discriminatórias e abusivas, as quais se observam em seu ingresso traumático ao Estado receptor, na discriminação e nos ataques xenófobos que sofrem em sua vida cotidiana, nos maus-tratos que recebem em seu trabalho, e no modo em que são expulsos do Estado receptor.

A desigualdade de condições entre o patrão e o trabalhador migrante indocumentado é mais drástica que em outras relações de trabalho, em razão da irregularidade deste último. Pela grave situação econômica que enfrentam, os trabalhadores migrantes indocumentados estão dispostos a aceitar condições de trabalho inferiores às de outras pessoas que residem legalmente no país. As

ocupações às que podem ter acesso os trabalhadores migrantes variam segundo o país; entretanto, “em todos os casos os empregos que obtêm, quanto à sua remuneração, são os menos atrativos e, em termos de higiene e salubridade, os mais perigosos”.

Os trabalhadores migrantes em situação irregular enfrentam possibilidades limitadas (de fato ou de direito) de alcançar a tutela de seus direitos diante de situações de precariedade ou exploração. Em geral, existe um regime de imunidade para quem abusa da vulnerabilidade destes trabalhadores e um regime de castigo para estes últimos.

Todas as mencionadas condições em que se encontram os trabalhadores migrantes indocumentados os converte em um grupo desfavorecido, sendo assim vítimas de práticas sistemáticas de discriminação na região. Além disso, a situação das mulheres migrantes merece uma menção especial, pois são vítimas de uma dupla discriminação, primeiro por serem mulheres e depois por serem migrantes.

Em muitas oportunidades o egresso dos migrantes dos Estados receptores ocorre no contexto de procedimentos arbitrários. Nem sempre os trâmites de deportação se realizam de acordo com as garantias mínimas exigíveis.

“Em conclusão, os estudos realizados por organizações supranacionais e por organizações não governamentais dão conta da situação precária na qual se encontram os/as trabalhadores/as imigrantes irregulares quanto ao desfrute e exercício de seus direitos humanos nos países que os recebem; e, em particular, trazem luz para a discriminação sistemática da que são objeto no âmbito trabalhista”.

Em razão da situação de vulnerabilidade que afeta os trabalhadores migrantes em situação irregular, é imperativo examinar com especial atenção qualquer distinção de tratamento baseada em sua condição migratória, pois tal situação origina uma “categoria suspeita”. A identificação de uma “categoria suspeita” exige que se presuma a ilegitimidade da distinção.

Na definição das situações que originam uma “categoria suspeita” devem ser incluídas aquelas que expressam as realidades de discriminação e abuso sistemático atual na região.

A primeira razão que justifica o reconhecimento dos trabalhadores migrantes em situação irregular como “categoria suspeita” é que a discriminação contra este grupo se encontra intimamente ligada à sua nacionalidade, etnia ou raça, que sempre é distinta à hegemônica do Estado em que trabalham. A esse respeito, a nacionalidade, raça ou etnia são proibidas explicitamente como motivo de distinção. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na decisão *Trimble v. Gordon*, “considerou que as classificações baseadas na origem nacional eram primas-irmãs das relativas à raça, de modo que correspondiam a áreas nas quais era necessário aplicar o princípio de igualdade perante a lei e não discriminação”.

A segunda razão que justifica o reconhecimento dos trabalhadores migrantes em situação irregular como “categoria suspeita” é a condição especial de vulnerabilidade deste grupo, principalmente pela discriminação sistemática que sofrem no âmbito trabalhista nos Estados receptores. Os trabalhadores migrantes indocumentados são discriminados em vários âmbitos de seu desenvolvimento vital. Entretanto, a discriminação se manifesta com especial clareza no âmbito trabalhista.

Os tratados de direitos humanos se referem aos direitos de “toda pessoa”, e os tratados que prescrevem os direitos dos trabalhadores enunciam os direitos

de “todos os trabalhadores”, sem distinções relativas à situação migratória do trabalhador. No mesmo sentido, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias reconhece os direitos dos trabalhadores migrantes com independência de que sejam documentados ou indocumentados.

As distinções de tratamento em razão da origem nacional, etnia ou raça estão explicitamente proibidas na Convenção Americana, na Declaração Americana, bem como em outros instrumentos internacionais. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que nos casos de discriminação por nacionalidade é necessário realizar um exame estrito, e que em casos de direitos à previdência social, a origem nacional deve ser considerada como uma “classificação suspeita”. No caso *Gaygusuz Vs. Áustria*, o Tribunal Europeu afirmou que devem ser alegadas razões de muito peso para que a diferença de tratamento, fundamentada apenas na nacionalidade, seja considerada compatível com a Convenção Europeia, e decidiu que havia sido violado o artigo 14 deste tratado ao denegar a um trabalhador turco a obtenção ao seguro desemprego com base em sua nacionalidade.

A proibição de dar um tratamento diferente com base na origem nacional, somada à discriminação sistemática da que são objeto os trabalhadores migrantes em situação irregular no âmbito trabalhista, exigem que as distinções entre trabalhadores imigrantes indocumentados e trabalhadores imigrantes legais ou cidadãos no âmbito trabalhista “se vinculem de forma necessária com os fins perseguidos”.

A elaboração e execução de políticas migratórias e a regulamentação do mercado de trabalho poderiam justificar restrições aos direitos trabalhistas dos migrantes, sempre que tais restrições sejam necessárias. “Uma distinção legal ou prática entre os imigrantes indocumentados, por um lado, e os residentes documentados e os cidadãos, por outro, que negue aos primeiros, o direito a gozar de condições dignas e equitativas de trabalho, de jornadas de trabalho limitadas, de férias pagas, de remunerações justas e de promoções no emprego ou de qualquer outro direito trabalhista reconhecido na legislação do país receptor, ou que desconheça os direitos sindicais para defender seus interesses, ou que negue os direitos à previdência social, não poderia de nenhuma forma ser necessária para a regulamentação de políticas migratórias ou do mercado de trabalho”.

A princípio, não existe uma “relação necessária” entre a elaboração e execução de políticas migratórias e a regulamentação do mercado de trabalho, por um lado, e as eventuais restrições aos direitos trabalhistas durante a vigência do contrato, por outro, que permita definir essas restrições como proporcionais aos objetivos perseguidos. “Esse tipo de restrições não são as que claramente procuram um interesse social imperativo e tampouco são as que restringem em menor escala o direito protegido”.

Os direitos trabalhistas contemplados nos pactos internacionais correspondem aos trabalhadores por sua condição de trabalhador, com independência de sua nacionalidade ou situação migratória. Não se poderia agravar ou perpetuar a situação de desproteção na qual se encontram os trabalhadores migrantes indocumentados, invocando como fim “a elaboração e execução de políticas migratórias ou a regulamentação do mercado de trabalho”.

Restringir o desfrute dos direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes em situação irregular é irrazoável e desnecessário. Tais restrições fomentam a contratação de migrantes indocumentados e consolidam a vulnerabilidade de um setor da população que se encontra em uma situação de discriminação sistemática e de grave vulnerabilidade.

Os objetivos das políticas migratórias e da regulamentação do mercado de trabalho podem ser alcançados através de meios menos onerosos para a tutela dos direitos dos trabalhadores migrantes em situação irregular. Por exemplo, podem ser impostos maiores controles sobre as políticas de ingresso dos imigrantes ou punições pecuniárias aos empregadores.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias demonstra que o objetivo de regulamentar o mercado de trabalho pode ser alcançado através de um meio menos oneroso para os trabalhadores migrantes, ao estabelecer que “[a] prática de empregar trabalhadores migrantes que se encontrem em situação irregular seria desencorajada se fossem reconhecidos mais amplamente os direitos humanos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes”.

É conveniente identificar os custos de uma política que não protege os direitos trabalhistas dos trabalhadores imigrantes em situação irregular, mas que se beneficia economicamente da exploração do trabalho. “Se a partir do Direito Internacional se pretende alentar a consolidação de sociedades democráticas, em lugar de permitir a manutenção de situações de exclusão que não são mais do que outra forma de impor sanções aos migrantes, deveria se recomendar aos Estados que, a partir do direito trabalhista, do Direito Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos se ofereça uma proteção generosa aos/às trabalhadores/as migrantes indocumentados/as”.

Em conclusão, não se deve estabelecer nenhuma diferença em relação à situação dos imigrantes indocumentados quanto ao alcance da proteção em termos do direito trabalhista. As condições atuais dos trabalhadores migrantes em situação irregular originam uma “categoria suspeita”, de modo que qualquer restrição que queira se impor a seus direitos trabalhistas deverá passar por um controle estrito. Os trabalhadores migrantes em situação irregular que sejam contratados para realizar um trabalho deverão gozar de todos os direitos trabalhistas.

As respostas do Estado diante da situação especial de vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes irregulares podem ser variadas, mas não se pode deixar de considerar sua situação especial de discriminação sistemática e desamparo. “[O] direito interamericano requer que, diante desta realidade, sejam tomadas as medidas especiais ou diferenciadas a fim de garantir a igualdade”.

Na Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, no ano de 2001, reafirmou-se a necessidade de eliminar a discriminação contra os trabalhadores migrantes e se recomendou a adoção de todas as medidas possíveis para promover que os migrantes desfrutem dos direitos humanos, em particular dos direitos relacionados: aos salários justos e à remuneração equitativa por trabalho de igual valor, sem distinção alguma; ao direito à segurança em caso de desemprego, doença, deficiência, viuvez, velhice ou outra falta de meios de subsistência em circunstâncias alheias a sua vontade; e à previdência social, incluindo o seguro social.

Entre as medidas dirigidas a eliminar as referidas discriminações, os Estados deveriam examinar sua legislação e práticas com a finalidade de derrogar todas as disposições que restrinjam os direitos dos trabalhadores migrantes e modificar as condutas segregativas. Além disso, o Estado pode “promover políticas públicas para impulsionar o respeito pela diversidade, dissuadir a discriminação e incentivar que as instituições públicas adotem medidas concretas para promover a igualdade”. Inclusive, o Estado pode organizar campanhas educativas e de sensibilização dirigidas a seus funcionários e à população em geral.

A existência de condições de real desigualdade obriga a adotar medidas de

compensação que contribuam a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos interesses.

Ademais, um passo fundamental para garantir a efetiva proteção dos direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes em situação irregular consiste em “articular os meios para que o sistema de justiça receba suas reivindicações”, já que a simples existência dos direitos substantivos não basta para garantir sua vigência. Além disso, quando os imigrantes tenham retornado a seu estado de origem, o Estado receptor também deverá garantir o acesso à justiça. Se os empregadores concederam aos imigrantes um tratamento contrário às regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estes poderiam reivindicar a correspondente reparação, com independência de sua situação migratória. “Por isso, o Estado deve pôr ao alcance dos trabalhadores migrantes irregulares serviços jurídicos gratuitos ou de baixo custo para que possam realizar sua reivindicação através de um recurso simples e rápido”. Este critério se encontra previsto no artigo 18 da Convenção Internacional sobre os Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

As reformas que o Estado estabeleça para melhorar a situação dos migrantes em situação irregular devem ter um impacto tanto no setor público como no setor privado, em virtude de que as violações aos direitos “que aconteçam no setor privado, enquanto tenham contado com a anuência ou cumplicidade do Estado[,] poderão ser imputáveis a este”. A esse respeito, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua Observação Geral 28, argumentou que os Estados devem eliminar as ações discriminatórias tanto no setor público como no privado.

A condição migratória dos trabalhadores imigrantes não pode ser uma variável a considerar para reconhecer seus direitos trabalhistas durante o período de sua contratação. Devem ser garantidos não apenas os direitos trabalhistas fundamentais, mas também todos os direitos trabalhistas reconhecidos nos pactos internacionais aplicáveis na América.

A interrelação dos direitos humanos não apenas se dá entre as distintas classificações de direitos, mas também “compreende todos os direitos incluídos dentro de uma única categoria de direitos, como, por exemplo, neste caso, os direitos trabalhistas”. Em particular, a Convenção Internacional sobre os Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e os Membros das suas Famílias prescreve que os direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes, sejam documentados ou indocumentados, não podem ser restringidos de nenhuma outra maneira.

Para efeitos deste *amicus curiae*, os direitos contemplados nos pactos internacionais compreendem: 1) direitos trabalhistas no contexto do contrato de trabalho, 2) direitos sindicais, e 3) direitos à previdência social.

*Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), Serviço Ecumênico de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF) e Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires*

*Em suas intervenções escritas e orais, manifestaram que:*

Esse *amicus curiae* se limita a responder as perguntas 2.1 e 3.

A situação migratória das pessoas foi e continua sendo um obstáculo para o acesso de todos os imigrantes a seus direitos humanos fundamentais. Existe normativa legal e infra legal que se opõe ao disposto na Convenção e na Declaração Americanas e em outros instrumentos internacionais, privando as pessoas de seus direitos humanos em razão de sua situação migratória.

*Quanto à segunda pergunta (par. 4 supra):*

O preâmbulo da Convenção Americana reconhece a essência natural e universal dos direitos humanos, que tem como fundamento os atributos da pessoa humana e não sua nacionalidade. Disso decorre que a proteção à pessoa humana alcança todas as pessoas, isto é, que tem um caráter universal.

Através da aprovação e ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos, os Estados assumem uma série de obrigações inescapáveis para todas as pessoas que se encontram sob sua jurisdição. Estas obrigações foram amplamente desenvolvidas pelos distintos órgãos de controle destes tratados, “seja de forma genérica, em relação a um determinado grupo social, ou se referindo a cada direito em particular”.

O Comitê de Direitos Humanos, em sua Observação Geral 15, ao interpretar recentemente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, destacou que “o desfrute dos direitos reconhecidos pelo Pacto não está *limitado aos cidadãos* dos Estados Partes, devendo estar *também* ao alcance de todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou de sua condição de apátridas, entre eles os solicitantes de asilo, os refugiados, os *trabalhadores migrantes* e *demais pessoas que estejam no território ou sob a jurisdição* do Estado Parte”.

De acordo com os instrumentos internacionais de direitos humanos e sua interpretação realizada pelos órgãos de controle e pela doutrina, todo ser humano que se encontre no território de um Estado pode exigir a este a proteção de seus direitos. O princípio de não discriminação é um dos elementos essenciais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e se encontra consagrado em todos os instrumentos internacionais de direitos humanos.

As milhares de pessoas migrantes em todo o mundo que não possuem uma residência regular no país que habitam constituem um grupo com uma particular “condição social”.

Deve-se considerar que o princípio de não discriminação se encontra íntima e inseparavelmente vinculado ao conceito de grupo em situação de alta vulnerabilidade, o qual requer proteção especial. Portanto, a situação de vulnerabilidade e a “condição social” dos migrantes, em particular os que se encontram em situação irregular, poderiam determinar a existência de um motivo proibido em virtude do princípio de não discriminação”.

As Nações Unidas convocaram três Conferências Mundiais contra o Racismo e a Discriminação, e em todas se fez ampla referência à discriminação aos migrantes, com menção expressa a seu *status* de residência. Também se deve mencionar que foram criadas Relatorias especiais, no âmbito universal e regional, com o propósito de verificar a situação dos direitos humanos das pessoas migrantes e a discriminação que sofrem por sua condição de estrangeiros ou por seu *status* de residência.

Além disso, as legislações nacionais incluíram o conceito de “condição migratória” como uma condição social que se deve considerar como motivo proibido segundo o princípio de não discriminação.

As obrigações dos Estados que emanam de instrumentos internacionais não podem ser evitadas por razões de nacionalidade, *status* migratório ou pela situação de residência da pessoa. Sobre esta questão, os órgãos criados pela Carta das Nações Unidas ou pelos tratados de direitos humanos expressaram de maneira conclusiva que as pessoas migrantes, independentemente de seu *status* migratório, encontram-se protegidas por todos os instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado no qual se encontrem.

O Grupo de Trabalho Intergovernamental de Especialistas em Direitos Humanos dos Migrantes das Nações Unidas afirmou que “[*t*]odas as pessoas, independentemente do local de residência, *têm direito ao pleno desfrute de todos os direitos estabelecidos na Declaração Universal sobre Direitos Humanos. Corresponde a todos os Estados respeitar os direitos humanos fundamentais*

*dos migrantes, independentemente de sua condição jurídica*". Além disso, destacou que "[u]m princípio básico dos direitos humanos é que o fato de entrar em um país distinto do próprio violando as leis de imigração do país não supõe a perda dos direitos humanos do 'imigrante em situação irregular'. Tal situação também não suprime a obrigação de um Estado membro de protegê-los".

Em conclusão, a resposta à pergunta 2.1 pode ser resumida em que "[a]s obrigações e a responsabilidade dos Estados, no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não se desvirtuam -de forma alguma- segundo o tipo de residência ou permanência de cada pessoa no Estado no qual habite. Os direitos emanados do DIDH são de todas as pessoas, por sua única condição de ser humano, e se devem respeitar, proteger e garantir sem nenhuma discriminação por motivos proibidos (entre eles, a situação migratória da pessoa). Por sua vez, [...] toda pessoa está sujeita à jurisdição do Estado em cujo território se encontre, independentemente de sua condição migratória. Por tal motivo, os órgãos de controle dos tratados de direitos humanos -bem como os emanados da Carta da ONU- destacaram em diversas ocasiões que os direitos humanos devem se respeitar e garantir a todas as pessoas, independentemente de sua situação migratória".

*Quanto à terceira pergunta (par. 4 supra):*

Cada Estado tem a faculdade -em razão do princípio de soberania- de fixar sua própria política migratória e, em consequência, de estabelecer os critérios sobre a admissão e residência das pessoas migrantes. No entanto, isso não significa que esta política se encontre fora das obrigações de cada Estado, segundo o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A política e a normativa migratórias devem respeitar todo o estipulado nos instrumentos internacionais de direitos humanos reconhecidos em cada Estado. De acordo com o disposto pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e a interpretação realizada pelos órgãos competentes, a faculdade soberana de fixar a política migratória -bem como outras políticas emanadas da soberania estatal- "*não exime nem restringe de nenhuma forma as obrigações de respeito, proteção e garantia de todos os seres humanos sujeitos à jurisdição de cada Estado*".

Também em matéria de legislação migratória, como em qualquer outro âmbito da política estatal, cada legislação ou política definida pelo Estado ou a ausência delas, poderia configurar a violação de direitos consagrados nos instrumentos internacionais dos quais esse Estado seja parte. Com o fim de evitar tal situação, existem uma série de princípios, padrões e limites estabelecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos que cada Estado deve respeitar ao estabelecer qualquer política, incluída a política e legislação migratórias.

Na Conferência de Durban, os Estados se comprometeram a "revisar, quando necessário, suas leis de imigração, suas políticas e práticas, de modo que estejam livres de toda discriminação racial, e que sejam compatíveis com as obrigações dos Estados, de acordo com os instrumentos internacionais de direitos humanos". No mesmo sentido, na Conferência Regional das Américas, os governos se comprometeram a "revisar suas políticas e práticas de imigração a fim de eliminar aquelas que discriminam os migrantes de uma maneira incoerente com as obrigações contraídas em instrumentos internacionais de direitos humanos".

Cada instrumento internacional de direitos humanos se ocupa em estabelecer de forma expressa os critérios e requisitos que cada Estado parte deve respeitar no momento de regular, regulamentar e restringir os direitos reconhecidos em tais instrumentos.

As restrições ao exercício dos direitos humanos devem se estabelecer de acordo com certos requisitos de forma e condições de mérito.

O artigo 30 da Convenção Americana afirma os requisitos formais que devem cumprir tais restrições. A exigência de uma lei formal implica que os Estados têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para se assegurar que toda a normativa que não emana dos “órgãos democraticamente escolhidos e constitucionalmente facultados” não estabeleça nenhuma restrição, violação ou interferência ilegítima a um direito reconhecido na Convenção.

Com o fim de cumprir essa obrigação em relação aos direitos dos migrantes, os Estados devem avaliar prioritariamente as regras proferidas pelos organismos especializados em questões migratórias. Devem ser examinadas as diferentes decisões (resoluções, decretos, etc.) proferidas por todas as esferas e políticas estatais, as quais incidem ou podem incidir de forma grave e inquestionável na violação dos direitos dos migrantes em razão de sua situação migratória.

O fato de que a restrição deva estar prescrita por lei “supõe uma regra de aplicação geral que se deve compadecer com o respeito ao princípio de igualdade, e não deve ser arbitrária, insensata nem discriminatória”.

Além do cumprimento do requisito formal, para que a restrição de um direito humano seja legítima, deve estar dirigida à consecução de determinados fins ou objetivos legítimos.

De acordo com o estabelecido nos instrumentos internacionais, os fins que justificam ou legitimam uma restrição dos direitos humanos, ou seja, os requisitos de mérito, são conceitos tais como “necessidade democrática”, “ordem pública”, “segurança nacional”, “bem comum”, “saúde pública” e “moral”. Em seguida, procedeu a analisar cada um destes conceitos.

As perguntas realizadas pelo México apenas podem ter uma resposta: “o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi elaborado para a proteção universal de todas as pessoas, sem discriminação alguma pelos motivos proibidos (entre eles, a situação migratória da pessoa)”.

Em conclusão, toda política ou normativa migratória deve ser acorde aos padrões internacionais e regionais vigentes em matéria de restrições legítimas de direitos humanos. Em primeiro lugar, apenas é possível restringir direitos na medida em que a restrição pretenda alcançar fins legítimos contemplados nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Em segundo lugar, a restrição deve-se realizar através da lei formal, a qual deve respeitar o princípio de igualdade, não ser arbitrária nem discriminatória. Em terceiro lugar, não deve existir nenhuma alternativa menos restritiva aos direitos em questão. Finalmente, em cada caso concreto, o Estado deverá fundamentar não apenas a razoabilidade da medida, mas terá de realizar um estrito escrutínio que desvirtue o princípio de ilegitimidade que recai sobre toda medida que restrinja um direito com base em um motivo proibido pelo princípio de não discriminação.

“[A]s pessoas que migram por causas ligadas à pobreza, antes disso foram privadas de seus direitos (entre outros, ao emprego, educação, moradia, saúde, etc.). Diante dessa desproteção por parte de seu Estado (ou melhor, dito das violações de direitos humanos cometidas pelo Estado), a pessoa decide imigrar a outro país, no qual espera -dessa vez- poder gozar dos direitos que os instrumentos internacionais lhe garantem [...]. Diante desta realidade, é ainda mais inadmissível que milhões de pessoas possam ser excluídas do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, dessa vez em razão do *status* migratório que possa ter no país ao qual imigrou”.)

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)

*Em sua intervenção oral, o ACNUR manifestou que:*

Na atualidade, carece de sentido traçar uma linha estrita entre o que são o deslocamento voluntário e o deslocamento forçado de pessoas, devido a que os motivos que provocam a migração são complexos e implicam uma mistura de fatores políticos, econômicos e sociais. A natureza e complexidade dos deslocamentos atuais dificultam a determinação de uma linha clara entre migrantes e refugiados. A partir da década de 1990, o ACNUR estudou o nexo existente entre asilo e migração e, em particular, a necessidade de proteger os refugiados dentro das correntes migratórias. Entretanto, ainda não existe um mecanismo internacional que se ocupe estritamente da migração.

Embora seja verdade que as políticas migratórias se enquadram dentro do âmbito da soberania dos Estados, a adoção e implementação de tais políticas têm limites estabelecidos pelos instrumentos de direitos humanos. Dentro destes limites, encontra-se o estipulado pela Convenção Americana, pela Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1966, e pela Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Tais instrumentos igualmente devem informar a decisão da Corte sobre este pedido de Parecer Consultivo, de acordo com o artigo 29 da Convenção Americana e o princípio *pro homine*.

Em relação ao nexo entre o asilo e a migração, cabe ressaltar que nas atuais circunstâncias, os migrantes e outras pessoas que buscam proteção, tais como os solicitantes de asilo e os refugiados, compartilham os mesmos movimentos e requerem proteção. Apesar de que nem todas essas pessoas se qualificam como refugiados sob os instrumentos internacionais, é necessário estabelecer as proteções que permitam identificá-los e oferecer proteção às distintas categorias migratórias. Diante da existência de poucas opções legais para efeitos de ingressar e permanecer em determinados territórios, cada vez “é mais frequente o uso dos sistemas de asilo, a fim de que determinadas categorias migratórias possam ter uma oportunidade de permanecer em um país”.

Na atualidade, não apenas se presume que as pessoas estrangeiras que ingressam a um território são migrantes, mas, além disso, quando são catalogadas como tais “o que se quer dizer é que não possuem direitos e que, desse modo, o Estado, em exercício de sua soberania, pode expulsá-los, deportá-los ou violar seus direitos básicos”. Além disso, a carência de opções legais para migrar e as políticas restritivas em matéria de asilo e migração provocam que os refugiados e os migrantes “enfrentem condições sub-humanas, com *status* jurídico precário e em muitos casos com direitos abertamente limitados”, sejam mais vulneráveis ao problema do tráfico de pessoas, e sejam objeto de maior discriminação e xenofobia na maioria dos Estados receptores.

A condição irregular de um migrante não deve privá-lo do desfrute e do exercício dos direitos fundamentais estabelecidos na Convenção Americana e em outros instrumentos de direitos humanos. O Estado deve proteger todas as pessoas sob sua jurisdição, sejam ou não nacionais.

É necessário ressaltar a vulnerabilidade dos migrantes, a qual se vê exacerbada não apenas pelo número limitado de países que ratificaram os instrumentos internacionais para sua proteção, mas também pela carência de uma organização internacional que tenha o mandato específico de proteger os direitos fundamentais de tais pessoas. A respeito deste último aspecto, é importante afirmar que o Estatuto da Organização Internacional para as Migrações se refere ao manejo e à administração da migração, que não necessariamente corresponde à proteção dos direitos fundamentais dos migrantes.

É necessário ressaltar que em um contexto, no qual a maioria dos Estados de América são partes das convenções internacionais em matéria de refugiados, igualmente uma imensa maioria não possui instrumentos idôneos para o propósito de identificar àquelas pessoas que requerem proteção. Isso não se refere unicamente aos solicitantes de asilo e refugiados, mas também aos migrantes que tampouco contam com as proteções necessárias para garantir um respeito mínimo de seus direitos fundamentais, consagrados na Convenção Americana.

Assim mesmo, a aplicação de maiores controles migratórios e políticas de interceptação faz que se opte, na maioria dos casos, pelo anonimato e a permanência irregular, e assim, diferentemente do que foi no passado, hoje se pode falar de “refugiados de fato”, porque a maioria ou não querem ser reconhecidos pelos Estados ou estão sendo devolvidos.

Além disso, embora seja verdade que, no caso dos refugiados, o direito ao trabalho está consagrado na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, este instrumento internacional que estabelece os direitos mínimos para esta categoria migratória lamentavelmente não se refere aos solicitantes de asilo. Nesse sentido, uma interpretação simplista poderia chegar a dizer que, no caso dos solicitantes de asilo e dos migrantes, não existem direitos trabalhistas. Tal interpretação não apenas é contrária ao espírito e a letra dos instrumentos internacionais, mas também equivale a um aberto retrocesso a respeito do caráter progressivo dos direitos humanos.

Em consequência, os parâmetros de proteção que se estabeleçam através deste pedido de Parecer Consultivo, podem ser aplicáveis, por analogia, à proteção dos direitos trabalhistas dos solicitantes de asilo.

A condição migratória “constitui e deve constituir um motivo proibido para a discriminação em nosso Continente, com base na Declaração Americana, bem como [na] Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. O princípio de não discriminação está consagrado em todos os instrumentos de direitos humanos.

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas ampliou os motivos de não discriminação, com base no artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Foi estabelecido que qualquer diferença deve ser razoável, objetiva e dirigida a alcançar um propósito legítimo. No caso do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas estabeleceu o motivo de discriminação por “outro *status*”, o que seria equivalente a “outra condição”, isto é, que poderio ocorrer uma discriminação sob outros motivos não enunciados explicitamente neste Pacto.

A linha de interpretação anterior é relevante para este Parecer Consultivo, porque a Declaração Americana estabelece que pode haver discriminação por “outra” distinção além da raça, sexo, idioma e credo. No caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, este tratado proíbe qualquer discriminação de direitos e liberdades, estabelecendo 12 motivos, entre os quais se mencionam a origem nacional e “qualquer outra condição social”.

Em razão de que o princípio de não discriminação é uma regra básica do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de acordo com o estabelecido pelos órgãos de supervisão dos tratados internacionais das Nações Unidas, deve-se chegar à conclusão de que “os motivos de não discriminação contemplados nos instrumentos interamericanos são igualmente indicativos, enunciativos e nunca exaustivos ou taxativos, já que desvirtuariam o objeto e o propósito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é o respeito dos direitos e liberdades fundamentais em nosso continente”.

Em particular, com base na condição especial de vulnerabilidade dos solicitantes de asilo, dos refugiados e dos migrantes, pode-se validamente deduzir que de acordo com a Declaração Americana e a Convenção Americana, qualquer outra condição social ou “*any other factor*” seria motivo suficiente para afirmar que existe uma proibição específica de não discriminação em nosso continente.

É necessário firmar que no caso da América, a referida vulnerabilidade dos migrantes, solicitantes de asilo e refugiados foi explicitamente reconhecida na Convenção de Belém do Pará para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, na qual se estabelece que “para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados partes terão especialmente em consideração a situação de vulnerabilidade à violência que possa sofrer a mulher em razão, entre outras, de sua raça ou de sua condição étnica, de migrante, refugiada ou deslocada”.

Em razão das considerações anteriores, deve-se concluir que dentro das discriminações proibidas se encontra “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em qualquer motivo como a nacionalidade” e que tenha como objetivo anular o reconhecimento, o desfrute ou o exercício dos direitos estabelecidos nos instrumentos internacionais, em igualdade de condições.

Além disso, as garantias legais judiciais contempladas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana são igualmente aplicáveis quando se decida uma situação que afete os direitos do solicitante de asilo e do refugiado, mas também são regras que devem orientar a proteção dos migrantes no continente.

*Conselho Centro-Americano de Procuradores de Direitos Humanos com o apoio de sua Secretaria Técnica (Instituto Interamericano de Direitos Humanos)*

*Em suas intervenções escritas e orais, afirmou que:*

*Quanto à primeira pergunta (par. 4 supra):*

É necessário reconhecer a distinção entre o direito humano a não ser submetido a tratamentos discriminatórios (nem na formulação da lei nem em sua aplicação) e a obrigação dos Estados de não realizar nenhuma discriminação em relação ao desfrute e exercício dos direitos humanos a respeito das pessoas submetidas à sua jurisdição.

O princípio de igualdade tem uma dupla dimensão no Direito Internacional dos Direitos Humanos: a) a igualdade no desfrute e exercício dos direitos humanos; e b) o direito de toda pessoa de ser tratada de maneira igual às demais perante a lei. A importância desta dupla dimensão não é apenas seu reconhecimento em um texto constitucional, mas também que o Estado realize todas as ações pertinentes para alcançar, na prática, que os obstáculos para a igualdade entre as pessoas sejam removidos, segundo o artigo 1 da Convenção Americana e o artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. O Estado não apenas deve se abster de gerar discriminações *de jure*, mas também deve remover os fatores que geram discriminações *de facto*, tanto a respeito dos direitos civis e políticos como em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais.

A resposta à primeira pergunta alude aos direitos humanos de conteúdo trabalhista, regulamentados em um amplo conjunto normativo no Sistema Interamericano, o qual possui dois níveis de reconhecimento: 1) o aplicável aos Estados membros da OEA, que não são partes do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e 2) o aplicável àqueles Estados membros da OEA que também são partes do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”. Estes dois níveis permitem advertir duas situações jurídicas distintas em relação à proteção dos direitos trabalhistas: os Estados que pertencem ao

primeiro grupo estão obrigados pelos artigos 30, 34 e 45 da Carta da OEA e os artigos XIV, XV e XVI da Declaração Americana. Por sua vez, os Estados partes deste Protocolo, além de estarem obrigados pelas disposições anteriores, têm obrigações derivadas dos artigos 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 desse instrumento.

Para entender a expressão “legislação trabalhista” na consulta do México, deve-se afirmar que em todos os sistemas jurídicos dos Estados membros da OEA, as obrigações internacionais assumidas convencionalmente “podem ser catalogadas como legislação, isto é, como parte integrante de seu direito interno”. Por isso, a expressão “legislação trabalhista” incluída na primeira pergunta do Estado solicitante, refere-se ao direito doméstico dos Estados. As regras de Direito Internacional anteriormente indicadas não admitem uma interpretação ou aplicação restritiva ou discriminatória, muito menos que se encontre baseada em um *status* migratório específico. “A qualidade regular ou irregular, sob a perspectiva jurídica migratória, não modula ou afeta o alcance da obrigação dos Estados” de respeito e garantia dos direitos humanos. A legislação trabalhista doméstica inclui mais direitos que os protegidos nas regras internacionais citadas. Os Estados têm o direito de exercer um controle sobre as considerações migratórias e adotar medidas de proteção de sua segurança nacional e ordem pública. Os Estados devem exercer esse controle com apego aos direitos humanos.

Uma resposta detalhada à primeira pergunta do México requereria uma análise particular e específica de cada Estado. Entretanto, é possível dizer que os direitos trabalhistas, como direitos humanos, correspondem a todas as pessoas e são exigíveis no contexto das relações trabalhistas. Em consequência, a capacidade de desempenho de uma atividade produtiva depende exclusivamente da capacidade e formação profissional e, em nenhum caso, se encontra vinculada à condição migratória das pessoas.

As causas que originam a migração, em particular a irregular, são diferentes das circunstâncias de perseguição que originam a existência de refugiados, que estão protegidos pelo Direito dos Refugiados. A migração irregular está associada a condições socioeconômicas de vida, à busca de melhores oportunidades e meios de subsistência que os que tem a pessoa em seu Estado de origem. Na prática, elevados níveis de migrantes irregulares incrementam a oferta de trabalho e afetam a avaliação deste. Em razão de que a pessoa migrante em situação irregular não deseja ser descoberta pelas autoridades estatais, renuncia de fato a recorrer aos tribunais, o que favorece que se realizem contra ela violações de direitos humanos no âmbito trabalhista.

Uma pessoa que ingressa a outro Estado e estabelece relações trabalhistas, independentemente de sua situação migratória, “ativa seus direitos humanos” nesse contexto. Tal situação “ativa”, outrossim, as obrigações do Estado receptor incluídas na Carta da OEA, na Declaração Americana (se se trata de um Estado membro da OEA) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (se o Estado é também parte deste). Essa “ativação” de direitos implica que uma medida do Estado orientada a gerar uma privação no desfrute e exercício dos direitos humanos trabalhistas com base na qualidade migratória da pessoa, “conduziria a um tratamento diferenciado que geraria arbitrariedade, e conseqüentemente, uma discriminação”.

Em consequência, considera que a resposta à primeira pergunta do México é que: os Estados membros da OEA e os Estados partes do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “encontram-se impossibilitados de realizar um tratamento prejudicial distinto aos trabalhadores imigrantes indocumentados

quanto ao desfrute de seus direitos trabalhistas”, entendendo por estes, tanto os contidos nos artigos 30, 34.g) e 45 da Carta da OEA; nos artigos XIV, XV e XVI da Declaração Americana; e nos artigos 6, 7, 8 e 9 deste Protocolo, bem como os que adicionalmente reconheça a legislação doméstica dos Estados, tomando como base para tal tratamento distinto a condição migratória destes trabalhadores. Tais direitos humanos se gozam a partir do estabelecimento de uma relação trabalhista, a qual não depende da condição migratória.

*Quanto à segunda pergunta (par. 4 supra):*

As obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos não se originam no artigo 1.1 da Convenção Americana ou no artigo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mas na natureza dos direitos humanos e na dignidade humana, a qual não depende de nenhuma qualificação sustentada em algum ato positivo do Estado. Por isso, a exigibilidade destas obrigações não depende da adesão ou ratificação que um Estado realize à Convenção Americana. Disso depende unicamente sua exigibilidade (justiciabilidade) perante os órgãos do Sistema Interamericano. Nesse sentido, as obrigações de respeito e garantia não são condicionais, pois se derivam da dignidade humana.

Em consequência, consideramos que a resposta à primeira parte da segunda pergunta é que as obrigações estatais de respeitar e garantir os direitos humanos em geral, e em especial o direito humano a não ser submetido a tratamento discriminatório, nem a tratamento desigual perante a lei, não podem ser interpretadas no sentido de condicionar o conteúdo de tais obrigações à situação migratória regular de uma pessoa no território de um Estado. O *status* migratório não é condição necessária para que um Estado respeite e garanta os direitos humanos contidos nos artigos 2.1 da Declaração Universal, II da Declaração Americana, 2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1 e 24 da Convenção Americana.

A segunda parte da segunda pergunta deve ser respondida levando em consideração o direito humano a não ser submetido a tratamento discriminatório, nem a tratamento desigual perante a lei, a respeito do qual existe uma obrigação dos Estados de respeito e garantia. Desta forma, um Estado não pode privar um trabalhador de um ou mais de seus direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição migratória irregular, pois ao fazê-lo tal Estado estaria descumprindo sua obrigação de garantir tais direitos, uma vez que o ato de privação poderia ser-lhe atribuído conforme o Direito Internacional.

*Quanto à terceira pergunta (par. 4 supra):*

O dever de respeito e garantia dos direitos humanos é uma obrigação cuja fonte é o Direito Internacional, de modo que nenhuma normativa interna pode ser oposta para pretender justificar o seu descumprimento, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Esta obrigação genérica é exigível a respeito de todos os direitos humanos.

Apesar da prática generalizada da maioria dos Estados, a hierarquia do Direito Internacional diante do direito interno não determina este último. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, em aplicação do princípio *pro homine*, concede maior prevalência à regra que confere uma proteção à dignidade humana (que reconheça mais amplamente os direitos humanos), com independência da fonte de origem da obrigação em questão. Por isso, o ordenamento jurídico de um Estado tem validade à medida que seja congruente com os direitos humanos das pessoas.

A resposta à terceira pergunta é que nenhum Estado se encontra autorizado a realizar uma interpretação dos direitos humanos originados em uma fonte do Direito Internacional, utilizando para isso seu direito interno, se o resultado

que produzirá será a redução do padrão de reconhecimento de tais direitos. Uma interpretação dessa natureza carece de validade e não pode produzir efeitos jurídicos. No entanto, um Estado pode desenvolver uma interpretação dos direitos humanos, originados em uma fonte do Direito Internacional, utilizando para isso seu direito interno, se o resultado de tal interpretação conduzirá a preferir a opção que apresente o padrão de reconhecimento mais amplo.

*Quanto à quarta pergunta (par. 4 supra):*

Não existe um catálogo fechado que indique quais são as normas de *jus cogens*, pois não há aparentemente critérios que permitam identificá-las. São os tribunais os que determinarão se uma regra pode ser considerada como *jus cogens*, “para efeitos de invalidar um tratado”. Estas regras são limites à vontade dos Estados, de modo que formam uma ordem pública internacional, com o que se convertem em regras de exigibilidade *erga omnes*. As regras de direitos humanos são, por sua transcendência, normas de *jus cogens* e, em consequência, fonte de validade do ordenamento jurídico internacional. Os direitos humanos devem ser respeitados de forma igualitária, visto que se derivam da dignidade humana e, portanto, implicam a necessidade que o reconhecimento e proteção dos mesmos se realize com base na proibição de discriminação e a exigência de igualdade perante a lei.

A resposta à primeira parte da quarta pergunta é que, dado o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei devem ser considerados como regras de *jus cogens*. Trata-se de regras de Direito Internacional imperativo que integram uma ordem pública internacional, ao qual não podem se opor validamente o restante das regras do Direito Internacional, e menos as regras domésticas dos Estados. As regras de *jus cogens* se encontram em uma posição hierárquica superior à do restante das regras jurídicas, de maneira que a validade destas últimas depende da conformidade com aquelas.

Um Estado membro da OEA que seja parte no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos reconhecidos no mesmo, bem como na Declaração Americana, visto que “os direitos humanos formam um *corpus iuris* unitário, inseparável, inter-relacionado e interdependente”.

A resposta à segunda parte da quarta pergunta é que o efeito jurídico que produz o reconhecimento do princípio de não discriminação e do direito à proteção igualitária e efetiva da lei, como regras de *jus cogens*, a respeito dos Estados americanos, é a perda de validade e eficácia jurídica dos atos do Estado que contradigam tal princípio e direito.

*Jorge A. Bustamante,  
Instituto de Investigações  
Jurídicas da Universidade  
Nacional Autônoma do  
México (UNAM)*

*Em suas intervenções escritas e orais, afirmou que:*

O marco jurídico para avaliar as condições nas quais se encontram atualmente os migrantes mexicanos, tanto em seu próprio país, como nos Estados Unidos da América como Estado receptor de quase a totalidade dos migrantes internacionais mexicanos, deve-se considerar em dois contextos analíticos diferentes: o contexto internacional, derivado da natureza internacional da migração (análise do Estado receptor da imigração e da relação dos migrantes com o Estado e com a sociedade de acolhida); e o contexto nacional (análise dos migrantes como sujeitos de direitos humanos em seu estado de origem).

A condição de vulnerabilidade que incide sobre os direitos humanos dos migrantes internacionais tem um caráter estrutural, derivado da definição que fazem a maioria dos Estados nacionais em suas constituições, de quem é nacional e quem é estrangeiro. A maior parte dos Estados estatuem determinada

supremacia dos nacionais *vis à vis* os estrangeiros, de modo que a condição estrutural de vulnerabilidade dos migrantes como sujeitos de direitos humanos é igual à desigualdade social entre estes e os nacionais do Estado receptor.

A vulnerabilidade dos migrantes como sujeitos de direitos humanos em seu contexto nacional se deriva da associação de natureza ideológica que fazem os indivíduos da sociedade civil de seu estado de origem, entre a definição social de migrante e outra condição socialmente subavaliada (mulher, criança, indígena, portadores de deficiência, filiação religiosa, etc.) ou outra condição à qual a sociedade do Estado de origem lhe designa uma condição de inferioridade, frente ao restante dos não migrantes dessa sociedade. Tal associação tem uma dimensão ideológica e um contexto histórico que é distinto para cada Estado, assim como é distinto o grau em que se designa aos migrantes tal condição de inferioridade.

Há uma dimensão objetiva da vulnerabilidade, segundo a qual quanto maior distância do migrante com relação a seu lar, maior será sua vulnerabilidade como sujeito de direitos humanos. Embora este enunciado possa ser válido para todos os migrantes, o é em maior medida para o contexto nacional dos migrantes internos, do que para o contexto internacional da migração.

Há uma assimetria de poder que se transforma em um contexto de relações sociais entre nacionais e estrangeiros-migrantes, que é punida pelo Estado através do estabelecimento de acessos diferenciados para uns e outros aos recursos públicos; daí surge um marco jurídico de relações sociais que entra em contradição com a noção mais ampla de direitos humanos.

Nessa assimetria de poder é mais provável que o estrangeiro acabe em uma posição de subordinação diante do nacional. Daí surge uma condição de vulnerabilidade estrutural dos estrangeiros.

A posição de subordinação imposta sobre os estrangeiros/migrantes é algo que o Estado receptor “confirma”. Aqui, a vulnerabilidade se vê virtualmente completada pelo papel do Estado, seja por ação ou por omissão, mas sempre no contexto desse tratamento diferenciado que o Estado receptor concede aos nacionais diante dos estrangeiros.

As assimetrias de poder entre os Estados de origem e os Estados receptores das migrações internacionais estão claramente refletidas na escassa lista de Estados receptores que ratificaram a Convenção Internacional sobre os Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

“[A] integração dos migrantes/estrangeiros como iguais aos nacionais perante a lei e o Estado significa um empoderamento ou habilitação jurídica dos estrangeiros/migrantes, cuja consequência seria o desaparecimento da vulnerabilidade dos migrantes como sujeitos de direitos humanos”. Esse “empoderamento” é concomitante à preeminência dos direitos humanos como lei interna no Estado receptor, a partir da qual os estrangeiros/migrantes podem se defender por si mesmos da discriminação e do abuso a seus direitos humanos, ao adquirir condições de igualdade com os nacionais perante a lei e o Estado.

A morte de aproximadamente 2.000 migrantes mexicanos e de alguns centro-americanos é a prova mais contundente de que os Estados Unidos da América violaram e continuam violando os direitos humanos com a manutenção da chamada “Operação Guardiã”. Esta tese se reforça com o fato de que, em um relatório do Escritório de Auditoria do Congresso dos Estados Unidos da América, reconhece-se expressamente a associação que existe entre a “Operação Guardiã” e as mortes dos migrantes. O Estado tem a responsabilidade de reparar o dano causado por aquelas ações das quais é responsável em

razão de sua elaboração, manutenção e continuidade, através do pagamento correspondente aos parentes pela perda da vida de um membro produtivo de sua família. “É muito estranho que o governo do México não tenha apresentado nenhuma reclamação” na qual se estabeleça a relação entre: a elaboração, a manutenção da colocação em prática e a continuidade da “Operação Guardiã”; e a responsabilidade do Estado que se deriva destes atos do governo.

Um obstáculo para que o México pudesse formular a referida reclamação aos Estados Unidos da América pela responsabilidade em relação às mortes de mexicanos migrantes na fronteira deste último, é a ausência de reconhecimento expresso de parte do México de sua corresponsabilidade nessas mortes, derivada do fato de que sua política econômica contribuiu de maneira causal à migração de mexicanos em busca de emprego nos Estados Unidos da América. Este fenômeno migratório é o resultado de uma interação de fatores localizados em ambos os lados da fronteira, isto é, entre uma demanda da força de trabalho dos migrantes que se origina nos Estados Unidos da América e uma oferta de força de trabalho que se origina no México. A relação causal entre a política econômica do México e a geração dos fatores que produzem essa oferta de trabalho gera a “responsabilidade de Estado” a respeito da migração e, deste modo, uma corresponsabilidade do México nas mortes de migrantes na fronteira dos Estados Unidos da América.

Este reconhecimento de responsabilidade pelo México deveria ser concebido como um dos elementos da negociação bilateral para um acordo sobre trabalhadores migrantes entre ambos os governos. Nesse contexto poderia se negociar um reconhecimento expresso do México da corresponsabilidade pelas mortes dos migrantes, bem como a coparticipação no pagamento das indenizações pela reparação do dano derivado dessas mortes, ao mesmo tempo em que os Estados Unidos da América aceitassem a suspensão da “Operação Guardiã”.

### III Competência

48. Este pedido de Parecer Consultivo foi submetido à Corte pelo México, no exercício da faculdade que lhe concede o artigo 64.1 da Convenção, o qual estabelece que:

[o]s Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

49. A faculdade antes mencionada foi exercida em cumprimento dos seguintes requisitos estabelecidos no Regulamento da Corte: formulação precisa das perguntas sobre as quais se pretende obter o parecer da Corte; indicação das disposições cuja interpretação se solicita; apresentação das considerações que originam a consulta; indicação do nome e endereço do Agente (artigo 59 do Regulamento), e a indicação das regras internacionais diferentes às da Convenção Americana que também se solicita interpretar (artigo 60.1 do Regulamento).

50. O cumprimento dos requisitos regulamentares para a formulação de uma consulta não implica que o Tribunal esteja obrigado a respondê-la. Nesta ordem de ideias, a Corte deve ter presente considerações que ultrapassam os aspectos meramente formais e que se relacionam aos limites genéricos que o Tribunal reconheceu ao exercício de sua função consultiva.<sup>1</sup> Estas considerações serão tratadas nos parágrafos seguintes.

1. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 19; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 31; *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (artigo 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. Série A Nº 15, par. 31; e *“Outros Tratados” objeto da função consultiva da Corte* (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1, par. 13.

51. A consulta submete à consideração da Corte quatro perguntas que fazem referência à “[...] privação do desfrute e exercício de certos direitos trabalhistas [aos trabalhadores migrantes,] e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei, consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos; bem como com a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas aquelas oponíveis *erga omnes*, frente à consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano”. Além disso, a consulta trata sobre “o caráter que os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação”.

52. Especificamente, as perguntas formuladas pelo México são as seguintes:

No contexto do princípio de igualdade jurídica, consagrado no artigo II da Declaração Americana, no artigo 24 da Convenção Americana, no artigo 7 da Declaração Universal e no artigo 26 do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ...],

1) Pode um Estado americano, em relação à sua legislação trabalhista, estabelecer um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores imigrantes indocumentados quanto ao desfrute de seus direitos trabalhistas em relação aos residentes legais ou aos cidadãos, no sentido de que esta condição migratória dos trabalhadores impede *per se* o desfrute de tais direitos?

2.1) O artigo 2, parágrafo 1 da Declaração Universal e II da Declaração Americana e os artigos 2 e 26 do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos], bem como 1 e 24 da Convenção Americana, devem ser interpretados no sentido de que a permanência legal das pessoas no território de um Estado americano é condição necessária para que este Estado respeite e garanta os direitos e liberdades reconhecidos nestas disposições às pessoas sujeitas à sua jurisdição?

2.2) À luz das disposições citadas na pergunta anterior [,] é possível considerar que a privação de um ou mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição indocumentada de um trabalhador migrante, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei impostas através das disposições mencionadas?

Com fundamento no artigo 2, parágrafos 1 e 2, e no artigo 5, parágrafo 2, [ambos] do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,

3) Qual seria a validade da interpretação, por parte de um Estado americano, no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade perante a lei e à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, para a consecução de objetivos de política migratória contidos em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e de outras obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos oponíveis *erga omnes*?

Em razão do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação, em especial, através das disposições mencionadas nos instrumentos mencionados no presente pedido,

4) Atualmente, que caráter têm o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o Direito Internacional geral, e nesse contexto, podem ser consideradas como a expressão de regras de *jus cogens*? Se a resposta a esta segunda pergunta for afirmativa, que efeitos jurídicos se derivam para os Estados membros da OEA, individual e coletivamente, no contexto da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2, parágrafo 1º, do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos], o cumprimento dos direitos humanos a que se referem o artigo 3, inciso (I) e o artigo 17 da Carta da OEA?

53. Da leitura destas perguntas decorre que o Estado solicitante requer uma interpretação da Convenção Americana, bem como de outros tratados e declarações internacionais. A Corte determinou algumas diretrizes sobre a interpretação de regras internacionais distintas à Convenção Americana. Principalmente, considerou que o artigo 64.1 da Convenção, ao se referir à faculdade da Corte de proferir um parecer sobre “outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos” é amplo e não restritivo. Isto é,

[...] a competência consultiva da Corte pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição, concernente à proteção dos direitos humanos, de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados americanos, com independência de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de que sejam ou possam ser partes do mesmo Estados alheios ao Sistema Interamericano.<sup>2</sup>

54. Nesse sentido, o Tribunal estabeleceu que pode “abordar a interpretação de um tratado sempre que esteja

2. “Outros Tratados” objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, ponto decisivo primeiro.

diretamente implicada a proteção dos direitos humanos em um Estado membro do Sistema Interamericano”,<sup>3</sup> apesar de que este instrumento não provenha do mesmo sistema regional de proteção,<sup>4</sup> e que

[n]ão existe nenhuma razão para excluir, prévia e abstratamente, que possa se solicitar da Corte, e esta proferir, uma consulta sobre um tratado aplicável a um Estado americano em matéria concernente à proteção dos direitos humanos, pelo simples fato de que sejam também partes deste tratado Estados que não pertencem ao Sistema Interamericano, ou de que não tenha sido adotado dentro do contexto ou sob os auspícios deste.<sup>5</sup>

55. Portanto, a Corte considera que tem competência para se pronunciar sobre as perguntas propostas pelo México e que solicitam a interpretação da Declaração Americana, da Convenção Americana, da Declaração Universal e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, instrumentos todos que protegem direitos humanos e que são aplicáveis aos Estados americanos.

56. Em relação à Carta da Organização dos Estados Americanos, em outro parecer o Tribunal afirmou, ao se referir à Declaração Americana, que:

[...] o artigo 64.1 da Convenção Americana [o] autoriza [...] para, a pedido de um Estado membro da OEA ou, no que lhes compete, de um dos órgãos da mesma, prestar pareceres consultivos sobre a interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no contexto e dentro dos limites de sua competência em relação à Carta e à Convenção ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.<sup>6</sup>

Além disso, nessa mesma oportunidade, o Tribunal afirmou que “não se pode interpretar e aplicar a Carta da [OEA] em matéria de direitos humanos, sem integrar as regras pertinentes dela com as correspondentes disposições da Declaração [Americana]”.<sup>7</sup>

57. O anterior significa que a Corte tem competência para oferecer pareceres consultivos sobre a interpretação da Carta da OEA, tendo em consideração a relação desta Carta com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, concretamente no marco da Declaração Americana, da Convenção Americana, ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

58. Agora, se a Corte circunscrevesse seu pronunciamento àqueles Estados que ratificaram a Convenção Americana, seria difícil desvincular o presente Parecer Consultivo de um pronunciamento específico sobre a legislação e práticas dos Estados que não ratificaram a Convenção, em relação às perguntas propostas. Esta circunstância, na opinião da Corte, limitaria o objeto do procedimento consultivo, o qual, como já se afirmou, “está destinado [...] a facilitar aos Estados membros e aos órgãos da OEA a obtenção de uma interpretação judicial sobre uma disposição da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”.<sup>8</sup>

59. Além disso, se o parecer alcançasse apenas Estados membros da OEA que são Partes da Convenção Americana, o Tribunal prestaria seus serviços consultivos a um número reduzido de Estados americanos, o que não estaria em conformidade com o interesse geral que reveste a consulta.

60. Por estas razões, a Corte determina que tudo o que se afirma no presente Parecer Consultivo se aplica aos Estados membros da OEA que assinaram indistintamente a Carta da OEA, a Declaração Americana, a Declaração Universal, ou ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, independentemente de que tenham ou não ratificado a Convenção Americana ou algum de seus protocolos facultativos.

61. Seguindo sua prática em matéria consultiva, a Corte deve determinar se o proferimento do parecer poderia

3. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 22; e *Cf. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 36; *Responsabilidade Internacional pela Expedição e Aplicação de Leis Violatórias à Convenção* (artigos 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. Série A N° 14, par. 21; e “*Outros Tratados*” objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, par. 21.

4. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, pars. 71 e 109; e “*Outros Tratados*” objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, par. 38.

5. “*Outros Tratados*” objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, par. 48. Além disso, veja pars. 14, 31, 37, 40 e 41.

6. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 36; e *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A N° 10; ponto decisivo único e *Cf.* par. 44.

7. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, nota 6 *supra*, par. 43.

8. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 36, par. 40; *Restrições à pena de morte* (artigos 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A N° 3; par. 22.

“conduzir a alterar ou a debilitar, em detrimento do ser humano, o regime previsto pela Convenção”.<sup>9</sup>

62. Vários são os parâmetros que podem ser utilizados pelo Tribunal ao realizar este exame. Um deles, coincidente com grande parte da jurisprudência internacional nesta matéria,<sup>10</sup> refere-se à inconveniência de que, por via de um pedido consultivo, obtenha-se prematuramente um pronunciamento sobre um tema ou assunto que poderia eventualmente ser apresentado à Corte no contexto de um caso contencioso.<sup>11</sup> Entretanto, posteriormente esta Corte advertiu que a existência de uma controvérsia sobre a interpretação de uma disposição não constitui, *per se*, um impedimento para o exercício da função consultiva.<sup>12</sup>
63. No exercício de sua função consultiva, a Corte não está chamada a decidir questões de fato, mas a determinar o sentido, propósito e razão das regras internacionais sobre direitos humanos. Neste âmbito, o Tribunal cumpre com sua função consultiva.<sup>13</sup> A Corte argumentou em diversas oportunidades a distinção entre suas competências consultiva e contenciosa. No Parecer Consultivo OC-15/97, sobre *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, afirmou que

[a] competência consultiva da Corte difere de sua competência contenciosa em que não existem “partes” envolvidas no procedimento consultivo, e não existe tampouco um litígio [por] decidir. O único propósito da função consultiva é “a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”. O fato de que a competência consultiva da Corte possa ser promovida por todos os Estados membros da OEA e seus órgãos principais estabelece outra distinção entre as competências consultiva e contenciosa da Corte.

[...] Consequentemente, a Corte adverte que o exercício da função consultiva que lhe confere a Convenção Americana possui caráter multilateral e não litigioso, o que está fielmente refletido no Regulamento da Corte, cujo artigo 62.1 estabelece que um pedido de Parecer Consultivo será notificado a todos os “Estados Membros”, os quais podem apresentar suas observações sobre o pedido e participar nas audiências públicas a respeito do mesmo. Além disso, mesmo quando o Parecer Consultivo da Corte não possua o caráter vinculante de uma sentença em um caso contencioso, em troca, tem efeitos jurídicos inegáveis. Desta maneira, é evidente que o Estado ou órgão que solicita à Corte um Parecer Consultivo não é o único titular de um interesse legítimo no resultado do procedimento.<sup>14</sup>

64. Ao afirmar sua competência sobre este assunto, o Tribunal recorda o amplo alcance de sua função consultiva, única no Direito Internacional contemporâneo, a qual constitui “um serviço que a Corte está em capacidade de prestar a todos os integrantes do Sistema Interamericano, com o propósito de contribuir ao cumprimento de seus compromissos internacionais” relacionados aos direitos humanos<sup>15</sup> e de

ajudar os Estados e órgãos a cumprir e a aplicar tratados em matéria de direitos humanos, sem submetê-los ao formalismo e ao sistema de sanções que caracteriza o processo contencioso.<sup>16</sup>

65. A Corte considera que a indicação de alguns exemplos serve ao propósito de se referir a um contexto particular e ilustrar as distintas interpretações que podem existir sobre a questão jurídica objeto do Parecer Consultivo em questão, sem que por isso implique que o Tribunal esteja proferindo um pronunciamento jurídico

9. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 31; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 43; *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, nota 1 *supra*, par. 31; e “*Outros Tratados*” objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, ponto decisivo segundo.

10. Cf. *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989, p. 177, para 29-36; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, para. 27-41; Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12; Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15, (19, 20); e I.C.J.: Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 65 (71, 72).*

11. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 32; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 45; e *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, nota 1 *supra*, pars. 37 e 40.

12. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 32; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 45; e *Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2.h. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-12/91 de 6 de dezembro de 1991. Série A Nº 12, par. 28.

13. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 33; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 47; e Cf. *Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção*, nota 3 *supra*, par. 23.

14. *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, nota 1 *supra*, pars. 25 e 26.

15. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 34; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 64; e “*Outros Tratados*” objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, par. 37 e 39.

16. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 34; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 64; e Cf. *Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2.h. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, nota 12 *supra*, par. 20.

sobre a situação proposta nestes exemplos.<sup>17</sup> Além disso, estes últimos permitem a esta Corte mostrar que seu Parecer Consultivo não constitui uma mera especulação acadêmica e que o interesse no mesmo se justifica pelo benefício que possa trazer à proteção internacional dos direitos humanos e ao fortalecimento da consciência jurídica universal.<sup>18</sup> Ao abordar o respectivo tema, a Corte atua em sua condição de Tribunal de Direitos Humanos, guiada pelos instrumentos internacionais que governam sua competência consultiva e procede à análise estritamente jurídica das questões propostas diante dela.

66. Como consequência do exposto, a Corte considera que deve examinar os assuntos arguidos no pedido que agora se analisa e proferir o correspondente Parecer.

#### IV Estrutura do Parecer

67. É inerente às faculdades desta Corte, a de estruturar seus pronunciamentos na forma que considere mais adequada aos interesses da justiça e aos propósitos de um Parecer Consultivo. Para isso, o Tribunal considera as questões básicas que subjazem às perguntas propostas no pedido de parecer e as analisa para chegar a conclusões gerais que possam se projetar, por sua vez, sobre os pontos específicos mencionados no próprio pedido e sobre outros temas conexos a estes.<sup>19</sup> Nesse caso, a Corte decidiu estabelecer, em primeiro termo, um glossário com o fim de delimitar o alcance conceitual dos termos a utilizar no presente Parecer. Uma vez estabelecido este marco conceitual, o Tribunal procederá à análise dos assuntos específicos submetidos à sua consideração, para o que responderá às perguntas que lhe foram formuladas, na ordem que considere mais adequada, em atenção à coerência que deve possuir o Parecer. De acordo com a faculdade, inerente a todo Tribunal, de dar a seus pronunciamentos a estrutura lógica que considere mais adequada aos interesses da justiça,<sup>20</sup> a Corte considerará as perguntas propostas da seguinte maneira:

- a) Obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e caráter fundamental do princípio de igualdade e não discriminação (perguntas nº 2.1 e 4);
- b) Aplicação do princípio de igualdade e não discriminação aos migrantes (pergunta nº 2.1);
- c) Direitos dos trabalhadores imigrantes indocumentados (perguntas nº 2.2 e 1); e
- d) Obrigações estatais na determinação das políticas migratórias à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (pergunta nº 3).

68. A Corte passa a considerar, na sequência indicada, cada um dos pontos mencionados.

#### V Glossário

69. Para efeitos do presente Parecer Consultivo, a Corte utilizará os seguintes termos com o significado indicado:

- |                             |  |
|-----------------------------|--|
| <b>a) emigrar ou migrar</b> | Deixar um Estado com o propósito de se transferir a outro e se estabelecer nele.           |
| <b>b) emigrante</b>         | Pessoa que deixa um Estado com o propósito de se transferir a outro e se estabelecer nele. |
| <b>c) imigrar</b>           | Chegar a outro Estado com o propósito de residir nele.                                     |
| <b>d) imigrante</b>         | Pessoa que chega a outro Estado com o propósito de residir nele.                           |
| <b>e) migrante</b>          | Termo genérico que inclui tanto o emigrante como o imigrante.                              |

17. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 35; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 49; e *Cf. Garantias judiciais em Estados de Emergência* (artigos 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9, par. 16.

18. *Cf. Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 35; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 49; e *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, nota 1 *supra*, par. 32.

19. *Cf. Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 37.

20. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 66.

<b>f) status migratório</b>	Situação jurídica em que se encontra um migrante, de acordo com a normativa interna do Estado de emprego.
<b>g) trabalhador</b>	Pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada.
<b>h) trabalhador migrante</b>	Pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual não é nacional. <sup>21</sup>
<b>i) trabalhador migrante documentado ou em situação regular</b>	Pessoa que se encontra autorizada a ingressar, permanecer e exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, de acordo com as leis desse Estado e os acordos internacionais em que esse Estado seja parte. <sup>22</sup>
<b>j) trabalhador migrante indocumentado ou em situação irregular</b>	Pessoa que não se encontra autorizada a ingressar, a permanecer e a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, de acordo com as leis desse Estado e os acordos internacionais em que esse Estado seja parte, e que, entretanto, realiza esta atividade. <sup>23</sup>
<b>k) Estado de origem</b>	Estado do qual é nacional o trabalhador migrante. <sup>24</sup>
<b>l) Estado de emprego ou Estado receptor</b>	Estado no qual o trabalhador migrante irá realizar, realiza ou tenha realizado uma atividade remunerada. <sup>25</sup>

## VI

### Obrigações de Respeitar e Garantir os Direitos Humanos e o Caráter Fundamental do Princípio de Igualdade e não Discriminação

70. Em relação à obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, as seguintes regras são invocadas na consulta:

a) Artigo 1 da Convenção Americana, o qual afirma que:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

b) Artigo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estipula que:

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.
2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar

21. Cf. OIT, Convenção nº 97 relativa aos Trabalhadores Migrantes (revisado) de 1949 e convenção nº 143 relativa aos Trabalhadores Migrantes (disposições complementares) de 1975, a qual define em seu artigo 11 o trabalhador migrante como “toda pessoa que emigra ou emigrou de um país para outro com o fim de ocupar um emprego não por conta própria; compreende todo e qualquer indivíduo regularmente admitido como trabalhador migrante.”

22. Cf. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, cujo artigo 5 afirma que os trabalhadores migrantes e seus familiares “[s]erão considerados documentados ou em situação regular se forem autorizados a entrar, permanecer e exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, ao abrigo da legislação desse Estado e das convenções internacionais de que esse Estado seja parte”

23. Cf. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, cujo artigo 5 afirma que “[s]erão considerados indocumentados ou em situação irregular se não preenchem as condições enunciadas na alínea a) do presente artigo”.

24. Cf. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, cujo artigo 6.a) afirma que “[p]or ‘Estado de origem’ se entenderá o Estado do que seja nacional a pessoa em questão.

25. Cf. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, cujo artigo 6.b) afirma que “[p]or ‘Estado de emprego’ se entenderá o Estado onde o trabalhador migrante irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada, conforme o caso”.

as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

- a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoa que agiam no exercício de funções oficiais;
- b) garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;
- c) garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

71. Em relação ao princípio de igualdade e não discriminação, as regras mencionadas na consulta são:

a) Artigos 3.I e 17 da Carta da OEA, os quais afirmam que:

Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo.

Cada Estado tem o direito de desenvolver, livre e espontaneamente, a sua vida cultural, política e econômica. No seu livre desenvolvimento, o Estado respeitará os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal.

b) Artigo 24 da Convenção Americana, que determina que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

c) Artigo II da Declaração Americana, o qual manifesta que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra.

d) Artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estipula que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A esse respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

e) Artigo 2.1 da Declaração Universal, o qual afirma que:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

\*\*\*

### *Obrigação de Respeitar e Garantir os Direitos Humanos*

72. A seguir, a Corte considera pertinente fazer referência à obrigação estatal geral de respeitar e garantir os direitos humanos, que é de suma importância, para depois proceder a analisar o princípio de igualdade e não discriminação.

73. Os direitos humanos devem ser respeitados e garantidos por todos os Estados. É inquestionável o fato de que toda pessoa tem atributos, inerentes à sua dignidade humana e invioláveis, que a fazem titular de direitos fundamentais que não se podem desconhecer e que, em consequência, são superiores ao poder do Estado, independentemente de sua organização política.

74. A obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos se encontra plasmada em vários instrumentos internacionais.<sup>26</sup>

26. Alguns destes instrumentos internacionais são: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1 e 2), Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador” (artigo 1), Carta das Nações Unidas (artigo 55.c), Declaração Universal dos Direitos Humanos (Preâmbulo), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 2.1 e 2.2), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 2.2), Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigo 7), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Preâmbulo), Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (artigo 1), Carta Social Europeia (Preâmbulo), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos “Carta de Banjul”

75. No que se refere à Convenção Americana e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, normativa indicada pelo México nas perguntas do pedido de Parecer Consultivo que se analisam nesta seção, os órgãos de supervisão destes instrumentos se pronunciaram sobre a mencionada obrigação.

76. A esse respeito, a Corte Interamericana afirmou que:

[o] artigo 1.1 é fundamental para determinar se uma violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção pode ser atribuída a um Estado Parte. Com efeito, este artigo põe a cargo dos Estados Partes os deveres fundamentais de respeito e de garantia, de tal modo que todo prejuízo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção, que possa ser atribuído, segundo as regras do Direito Internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos previstos pela própria Convenção.

Conforme o artigo 1.1, é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância na qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente um desses direitos, está-se diante de um suposto de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo.

Essa conclusão é independente de que o órgão ou funcionário tenha atuado em contravenção de disposições do direito interno ou ultrapassado os limites de sua própria competência, já que é um princípio de Direito Internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos ainda se atuam fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno.<sup>27</sup>

77. Além disso, a Corte Interamericana manifestou que:

No direito das gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. Esta regra é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial. A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte, de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção, para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno têm de ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isso significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção. Estas medidas apenas são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção.<sup>28</sup>

78. No mesmo sentido, o Tribunal afirmou que

[o] dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por um lado, a supressão das regras e práticas de qualquer natureza que impliquem violação às garantias previstas na Convenção. Por outro, a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas dirigidas à efetiva observância destas garantias.<sup>29</sup>

79. Por sua vez, em relação ao estabelecido no artigo 2 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos observou que:

[...] em geral e dentro do marco nele determinado, o artigo 2 do Pacto deixa ao arbítrio dos Estados Partes interessados a escolha do método de aplicação do próprio Pacto em seus territórios. Em particular, reconhece que essa aplicação não depende exclusivamente do proferimento de disposições constitucionais ou legislativas, que costumam ser por si só insuficientes. O Comitê considera necessário levar à atenção dos Estados Partes o fato de que a obrigação prevista no Pacto não se limita ao respeito dos direitos humanos, mas os Estados Partes se comprometeram também a garantir o desfrute destes direitos por todas as pessoas submetidas à sua jurisdição. Este aspecto exige que os Estados Partes realizem atividades concretas para que as pessoas possam desfrutar de seus direitos. [...]

A esse respeito, é muito importante que os indivíduos saibam quais são seus direitos em virtude do Pacto (e do Protocolo Facultativo, se for o caso) e que todas as autoridades administrativas e judiciais conheçam as obrigações que assumiu o Estado Parte em virtude do Pacto.<sup>30</sup>

(artigo 1), e Carta Árabe dos Direitos Humanos (artigo 2).

27. *Caso "Cinco Aposentados"*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C Nº 98, par. 163; e *Cf. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C Nº 79, par. 154; e *Caso Baena Ricardo e outros*. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C Nº 72, par. 178.

28. *Caso "Cinco Aposentados"*, nota 27 *supra*, par. 164; e *Cf. Caso Cantos*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C Nº 97, par. 59; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 213; e *Cf. também "princípio allant de sof"; Échange des populations grecques et turques*, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. nº 10, p. 20.

29. *Cf. Caso "Cinco Aposentados"*, nota 27 *supra*, par. 165; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 180; e *Caso Cantoral Benavides*. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C Nº 69, par. 178.

30. ONU, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 3, Aplicação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no âmbito nacional (artigo 2), 29 de julho de 1981, CCPR/C/13, pars. 1 e 2.

80. Além disso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que:

A Convenção não apenas obriga as altas autoridades dos Estados partes a respeitar os direitos e liberdades nela contidas; tal como estabelece o artigo 14 (art. 14) e o texto em inglês do artigo 1 (art. 1) (“deve assegurar”, “*shall secure*”), a Convenção, além disso tem como efeito que, com o fim de garantir o desfrute de tais direitos e liberdades, estas autoridades devem prevenir ou reparar qualquer violação em níveis subordinados.<sup>31</sup>

81. Como decorre do exposto anteriormente, tanto os instrumentos internacionais como a jurisprudência internacional estabelecem claramente que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Com este propósito devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental e suprimir as medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental.

\*\*\*

### *Princípio de Igualdade e Não Discriminação*

82. Uma vez estabelecida a obrigação estatal de respeitar e garantir os direitos humanos, este Tribunal referir-se-á aos elementos constitutivos do princípio da igualdade e não discriminação.

83. A não discriminação, juntamente com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei a favor de todas as pessoas, são elementos constitutivos de um princípio básico e geral relacionado com a proteção dos direitos humanos. O elemento da igualdade é difícil de desligar da não discriminação. Inclusive, os instrumentos já citados (par. 71 *supra*), ao falar de igualdade perante a lei, afirmam que este princípio deve ser garantido sem nenhuma discriminação. Este Tribunal afirmou que “[e]m função do reconhecimento da igualdade perante a lei é proibido todo tratamento discriminatório”.<sup>32</sup>

84. No presente Parecer Consultivo será feita uma diferenciação ao utilizar os termos distinção e discriminação. O termo distinção será empregado para o admissível, em virtude de ser razoável, proporcional e objetivo. A discriminação será utilizado para fazer referência ao inadmissível, por violar os direitos humanos. Portanto, será utilizado o termo discriminação para fazer referência a toda exclusão, restrição ou privilégio que não seja objetivo e razoável, que redunde em detrimento dos direitos humanos.

85. Existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio de igualdade e não discriminação. Os Estados estão obrigados a respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades sem discriminação alguma. O descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera sua responsabilidade internacional.

86. O princípio da proteção igualitária e efetiva da lei e da não discriminação está consagrado em muitos instrumentos internacionais.<sup>33</sup> O fato de o princípio de igualdade e não discriminação estar regulamentado em

31. *Eur. Court H.R., Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A N° 25, para. 239.*

32. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização.* Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A N° 4, par. 54.

33. Alguns destes instrumentos internacionais são: Carta da OEA (artigo 3.1); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1 e 24); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo 2); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador” (artigo 3); Carta das Nações Unidas (artigo 1.3); Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 2 e 7); Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 2.2 e 3); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigos 2 e 26); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 2); Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 2); Declaração dos Direitos da Criança (Princípio 1); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 e 70); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigos 2, 3, 5 a 16); Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (artigos 2 e 4); Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e ao seu Acompanhamento (2.d); Convenção nº 97 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Trabalhadores Migrantes (revisado) (artigo 6); Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (artigos 1 a 3); Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Trabalhadores Migrantes (disposições complementarias) (artigos 8 e 10); Convenção nº 168 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa ao Fomento do Emprego e Proteção contra o Desemprego (artigo 6); Proclamação de Teerã, Conferência Internacional de Direitos Humanos de Teerã, 13 de maio de 1968 (pars. 1, 2, 5, 8 e 11); Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 14 a 25 de junho de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artigos 19 a 24; II.B.2, artigos 25 a 27); Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (artigos 2, 3, 4.1 e 5); Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa, Programa de Ação, (parágrafos da Declaração: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 e 104); Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (artigo 3); Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9); Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País onde Vivem (artigo 5.1.b e 5.1.c); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 20 e 21); Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigos 1 e 14); Carta Social Europeia (artigo 19.4, 19.5 e

tantos instrumentos internacionais é um reflexo de que existe um dever universal de respeitar e garantir os direitos humanos, emanado daquele princípio geral e básico.

87. O princípio de igualdade perante a lei e de não discriminação foi desenvolvido pela doutrina e jurisprudência internacionais. A Corte Interamericana entendeu que:

[a] noção de igualdade decorre diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente à qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou que, inversamente, por considerá-lo inferior, trate-o com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine no desfrute de direitos que são reconhecidos a quem não se considera incluído em tal situação de inferioridade. Não é admissível criar diferenças de tratamento entre seres humanos que não correspondam a sua única e idêntica natureza.<sup>34</sup>

88. O princípio de igualdade e não discriminação tem um caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno. Por conseguinte, os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias, de eliminar deste ordenamento as regulamentações de caráter discriminatório e de combater as práticas discriminatórias.

89. Embora, ao examinar as implicações do tratamento diferenciado que algumas regras podem dar a seus destinatários, é importante fazer referência ao afirmado por este Tribunal, no sentido de que “nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva, por si mesma, à dignidade humana”.<sup>35</sup> Neste mesmo sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, baseando-se “nos princípios que podem ser deduzidos da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos”, advertiu que apenas é discriminatória uma distinção quando “carece de justificação objetiva e razoável”.<sup>36</sup> Podem ser estabelecidas distinções, baseadas em desigualdades de fato, que constituem um instrumento para a proteção de quem deva ser protegido, considerando a situação de maior ou menor debilidade ou impotência em que se encontra.<sup>37</sup> Por exemplo, uma desigualdade punida pela lei se reflete no fato de que os menores de idade que se encontram detidos em um centro carcerário não podem ser presos juntamente com as pessoas maiores de idade que se encontram também detidas. Outro exemplo destas desigualdades é a limitação no exercício de determinados direitos políticos em atenção à nacionalidade ou cidadania.

90. A esse respeito, o Tribunal Europeu afirmou também que:

“É importante, então, buscar os critérios que permitam determinar se uma diferença de tratamento, relacionada com o exercício de um dos direitos e liberdades estabelecidos, contravém o artigo 14. A esse respeito, o Tribunal, seguindo os princípios que podem se deduzir da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos, argumentou que o princípio de igualdade de tratamento é violado se a distinção carece de justificação objetiva e razoável. A existência de tal justificação deve ser avaliada em relação ao propósito e aos efeitos da medida em consideração, levando em consideração os princípios que normalmente prevalecem nas sociedades democráticas. Uma diferença de tratamento no exercício de um direito estabelecido na Convenção não apenas deve buscar um fim legítimo: o artigo 14 é violado igualmente quando se estabelece de maneira clara que não há uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o fim que se procura realizar.”

“Em sua tentativa de encontrar em um caso concreto se houve ou não uma distinção arbitrária, o Tribunal não pode fazer caso omisso dos aspectos jurídicos e fáticos que caracterizam a vida da sociedade no Estado que, como Parte Contratante, tem que responder pela medida em discussão. Ao fazê-lo, não pode assumir o papel das autoridades nacionais competentes, já que perderia de vista a natureza subsidiária da maquinária internacional de aplicação coletiva estabelecida pela Convenção. As autoridades nacionais são livres para escolher as medidas que considerem apropriadas nas matérias submetidas à Convenção. A análise do Tribunal se limita à conformidade destas medidas com os requisitos da Convenção.”<sup>38</sup>

19.7); Protocolo N° 12 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigo 1); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos “Carta de Banjul” (artigos 2 e 3); Carta Árabe dos Direitos Humanos (artigo 2); e Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã (artigo 1).

34. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 45; e *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, nota 32 *supra*, par. 55.

35. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 46; e *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, nota 32 *supra*, par. 56.

36. Cf. *Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39*; *Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 46*; *Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30*; *Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10*.

37. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 46.

38. *Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10*.

91. Por sua vez, a Corte Interamericana estabeleceu que:

[n]ão haverá, pois, discriminação se uma distinção de tratamento está orientada legitimamente, isto é, se não conduz a situações contrárias à justiça, à razão ou à natureza das coisas. Daí que não se pode afirmar que existe discriminação em toda diferença de tratamento do Estado em relação ao indivíduo, sempre que essa distinção parta de pressupostos de fato substancialmente diferentes e que expressem de modo proporcional uma conexão fundamentada entre essas diferenças e os objetivos da regra, os quais não podem se afastar da justiça ou da razão, vale dizer, não podem perseguir fins arbitrários, caprichosos, despóticos ou que de alguma maneira conflitante com a essencial unidade e dignidade da natureza humana.<sup>39</sup>

92. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas definiu discriminação como:

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenham por objetivo ou por resultado anular ou prejudicar o reconhecimento, desfrute ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.<sup>40</sup>

93. Além disso, o mencionado Comitê afirmou que:

[...] o desfrute em condições de igualdade dos direitos e liberdades não significa tratamento idêntico em toda circunstância.<sup>41</sup>

94. O Comitê de Direitos Humanos também afirmou que:

[o]s Estados Partes devem velar para que sejam garantidos os direitos reconhecidos no Pacto “a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição” [...]. Em geral, os direitos reconhecidos no Pacto são aplicáveis a todas as pessoas, independentemente da reciprocidade, e independentemente de sua nacionalidade ou de que sejam apátridas. [...]

Assim, pois, a regra geral é de que se garantam todos e cada um dos direitos reconhecidos no Pacto, sem discriminação entre nacionais e estrangeiros. Os estrangeiros se beneficiam do requisito geral de não discriminação a respeito dos direitos garantidos, conforme ao artigo 2 do Pacto. Esta garantia deve ser aplicada igualmente a estrangeiros e nacionais. Excepcionalmente, alguns dos direitos reconhecidos no Pacto são expressamente aplicáveis apenas aos cidadãos (art. 25), enquanto o artigo 13 é aplicável apenas aos estrangeiros. Não obstante isso, a experiência do Comitê no exame dos relatórios demonstra que em alguns países se negam aos estrangeiros outros direitos dos quais deveriam desfrutar, ou que estes direitos são objeto de limitações especiais que não sempre podem se justificar conforme o Pacto. [...]

O Pacto concede plena proteção aos estrangeiros a respeito dos direitos nele garantidos e suas disposições devem ser respeitadas pelos Estados Partes em sua legislação e na prática, conforme proceda. [...]

Os estrangeiros têm direito à proteção da lei em pé de igualdade. Não deve haver discriminação entre estrangeiros e nacionais na aplicação destes direitos. Esses direitos dos estrangeiros ficarão restringidos apenas pelas limitações que possam ser impostas legalmente em conformidade com o Pacto.<sup>42</sup>

95. A Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos estabeleceu,<sup>43</sup> quanto ao princípio da igualdade e não discriminação, que este

[s]ignifica que os cidadãos devem ser tratados de maneira justa no sistema jurídico e que lhes deve ser garantido um igual tratamento perante a lei, bem como o desfrute por igual dos direitos disponíveis para todos os demais cidadãos. O direito à igualdade é muito importante devido a uma segunda razão. A igualdade, ou a falta desta, afeta a capacidade do indivíduo de desfrutar muitos outros direitos.

96. Em face do anteriormente exposto, os Estados devem respeitar e garantir os direitos humanos à luz do princípio geral e básico da igualdade e não discriminação. Todo tratamento discriminatório a respeito da proteção e exercício dos direitos humanos gera a responsabilidade internacional dos Estados.

39. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 47; e *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, nota 32 *supra*, par. 57.

40. ONU, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não Discriminação, 10/11/89, CCPR/C/37, par. 7.

41. ONU, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não Discriminação, 10/11/89, CCPR/C/37, par. 8.

42. ONU, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 15, A Situação dos Estrangeiros de acordo com o Pacto, 11/04/86, CCPR/C/27, pars. 1, 2, 4, 7, 8 e 9.

43. *African Commission of Human and Peoples' Rights, Communication n° 211/98- Legal Resources Foundation v. Zambia, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, para. 63.*

\*\*\*

*Caráter fundamental do Princípio de Igualdade e Não Discriminação*

97. A Corte procede agora a considerar se este princípio tem caráter de *jus cogens*.
98. O conceito de *jus cogens* esteve em suas origens vinculado particularmente ao direito dos tratados. Tal como está formulado o *jus cogens*, no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, “[é] nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral”. Por sua vez, o artigo 64 da mesma Convenção se refere ao *jus cogens superveniente*, ao afirmar que “[s]e sobreviver uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. O *jus cogens* foi desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência internacionais.<sup>44</sup>
99. Em sua evolução e por sua própria definição, o *jus cogens* não tem se limitado ao direito dos tratados. O domínio do *jus cogens* tem se ampliado, alcançando também o Direito Internacional geral, e incluindo todos os atos jurídicos. O *jus cogens* se manifestou, assim, também no direito da responsabilidade internacional dos Estados, e tem incidido, em última instância, nos próprios fundamentos da ordem jurídica internacional.
100. Ao se referir, em particular, à obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, independentemente de quais destes direitos estejam reconhecidos por cada Estado em regras de caráter interno ou internacional, a Corte considera evidente que todos os Estados, como membros da comunidade internacional, devem cumprir essas obrigações sem discriminação alguma, o que se encontra intrinsecamente relacionado ao direito a uma proteção igualitária perante a lei, que por sua vez decorre “diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa”.<sup>45</sup> O princípio de igualdade perante a lei e não discriminação se estende a toda atuação do poder do Estado, em qualquer de suas manifestações, relacionada com o respeito e garantia dos direitos humanos. Este princípio pode ser considerado efetivamente como imperativo do Direito Internacional geral, visto que é aplicável a todo Estado, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional, e gera efeitos com respeito a terceiros, inclusive a particulares. Isso implica que o Estado, seja no âmbito internacional ou em seu ordenamento interno, e por atos de qualquer de seus poderes ou de terceiros que atuem sob sua tolerância, aquiescência ou negligência, não pode atuar contra o princípio de igualdade e não discriminação, em detrimento de um determinado grupo de pessoas.
101. Em concordância com isso, este Tribunal considera que o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção perante a lei e não discriminação, pertence ao *jus cogens*, já que sobre ele descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e é um princípio fundamental que permeia todo ordenamento jurídico. Atualmente, não se admite nenhum ato jurídico que entre em conflito com este princípio fundamental. Não se admitem tratamentos discriminatórios em detrimento de nenhuma pessoa, por motivos de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, situação econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição. Este princípio (igualdade e não discriminação) faz parte do Direito Internacional geral. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*.

\*\*\*

*Efeitos do Princípio de Igualdade e Não Discriminação*

102. Desta obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, sem discriminação alguma e em uma base de igualdade, derivam-se várias consequências e efeitos que se concretam em obrigações específicas. A seguir a Corte se referirá aos efeitos derivados da aludida obrigação.
103. Em cumprimento desta obrigação, os Estados devem se abster de realizar ações que, de qualquer maneira, estejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*. Isto se traduz,

44. Cf. I.C.T.Y., *Trial Chamber II: Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case nº IT-95-17/1-T, paras. 137-146, 153-157; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, e Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15.*

45. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 45; *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, nota 32 *supra*, par. 55.

por exemplo, na proibição de emitir leis, em sentido amplo, de emitir disposições civis, administrativas ou de qualquer outra natureza, bem como de favorecer atos e práticas de seus funcionários, em aplicação ou interpretação da lei, que discriminem determinado grupo de pessoas em razão de sua raça, gênero, cor, ou outros motivos.

104. Além disso, os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em detrimento de determinado grupo de pessoas. Isso implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer a respeito de atos e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias.
105. Em razão dos efeitos derivados desta obrigação geral, os Estados apenas poderão estabelecer distinções objetivas e razoáveis, quando estas se realizem com o devido respeito aos direitos humanos e de acordo com o princípio da aplicação da regra que melhor proteja a pessoa humana.
106. O descumprimento destas obrigações gera a responsabilidade internacional do Estado, e esta é mais grave na medida em que esse descumprimento viola regras peremptórias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Desta maneira, a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o *status* migratório das pessoas.
107. Consequência do exposto anteriormente é que os Estados devem assegurar, em seu ordenamento jurídico interno, que toda pessoa tenha acesso, sem restrição alguma, a um recurso simples e efetivo que a ampare na determinação de seus direitos, independentemente de seu *status* migratório.
108. A esse respeito, a Corte Interamericana afirmou que:

[...] a inexistência de um recurso efetivo contra as violações aos direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma transgressão da mesma pelo Estado Parte no qual semelhante situação tenha lugar. Nesse sentido, deve-se sublinhar que, para que tal recurso exista, não basta que esteja previsto na Constituição ou na lei ou que seja formalmente admissível, mas se requer que seja realmente idôneo para estabelecer se ocorreu uma violação aos direitos humanos e prover o necessário para remediá-la. Não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um dado caso, resultem ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque o Poder Judiciário careça da independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltem os meios para executar suas decisões; por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça, como sucede quando se incorre em atraso injustificado na decisão; ou, por qualquer causa, não se permita ao suposto lesado o acesso ao recurso judicial.<sup>46</sup>

109. Essa obrigação geral de respeitar e garantir o exercício dos direitos tem um caráter *erga omnes*. Essa obrigação se impõe aos Estados, em benefício dos seres humanos sob suas respectivas jurisdições, e independentemente do *status* migratório das pessoas protegidas. A mencionada obrigação alcança a totalidade dos direitos previstos na Convenção Americana e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, inclusive o direito às garantias judiciais. Desse modo, preserva-se o direito de acesso de todos à justiça, entendido como o direito à tutela jurisdicional efetiva.
110. Finalmente, no que se refere à segunda parte da quarta pergunta do pedido de Parecer Consultivo (par. 4 *supra*), todo o indicado nos parágrafos anteriores se aplica a todos os Estados membros da OEA. Os efeitos do princípio fundamental da igualdade e não discriminação alcançam a todos os Estados, precisamente por pertencer este princípio ao domínio do *jus cogens*, revestido de caráter imperativo, acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos a respeito de terceiros, inclusive os particulares.

## VII

### Aplicação do Princípio de Igualdade e Não Discriminação aos Migrantes

111. Uma vez estabelecido o caráter de *jus cogens* do princípio de igualdade e não discriminação, e os efeitos que se derivam da obrigação dos Estados de respeitar e garantir este princípio, o Tribunal se referirá à migração em geral e à aplicação deste princípio às pessoas imigrantes indocumentadas.

46. Caso "Cinco Aposentados", nota 27 *supra*, par. 136; e Cf. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, nota 27 *supra*, par. 113; Caso Ivcher Bronstein. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C Nº 74, pars. 136 e 137; e Garantias judiciais em Estados de Emergência, nota 17 *supra*, par. 24.

112. Geralmente, os migrantes se encontram em uma situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos, em uma condição individual de ausência ou diferença de poder a respeito dos não migrantes (nacionais ou residentes). Essa condição de vulnerabilidade tem uma dimensão ideológica e se apresenta em um contexto histórico que é distinto para cada Estado, e é mantida por situações *de jure* (desigualdades entre nacionais e estrangeiros nas leis) e *de facto* (desigualdades estruturais). Essa situação conduz ao estabelecimento de diferenças no acesso de uns e outros aos recursos públicos administrados pelo Estado.
113. Existem também preconceitos culturais sobre os migrantes, que permitem a reprodução das condições de vulnerabilidade, tais como os preconceitos étnicos, a xenofobia e o racismo, que dificultam a integração dos migrantes à sociedade e levam à impunidade das violações de direitos humanos cometidas contra eles.
114. É pertinente, a esse respeito, o afirmado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução sobre “Proteção dos Migrantes”, segundo a qual deve-se ter presente “a situação de vulnerabilidade em que costumam se encontrar os migrantes devido, entre outras coisas, a que não vivem em seus Estados de origem e às dificuldades que enfrentam por causa de diferenças de idioma, costumes e culturas, bem como as dificuldades econômicas e sociais e os obstáculos para retornar a seus Estados de origem a que devem fazer frente os migrantes sem documentação ou em situação irregular”.<sup>47</sup> A mencionada Assembleia expressou, além disso, sua preocupação “pelas manifestações de violência, racismo, xenofobia e outras formas de discriminação e tratamento desumano e degradante de que são objeto os migrantes, em especial as mulheres e as crianças, em diferentes partes do mundo”.<sup>48</sup> Com base nestas considerações, a Assembleia Geral reiterou
- a necessidade de que todos os Estados protejam plenamente os direitos humanos universalmente reconhecidos dos migrantes, em particular das mulheres e das crianças, independentemente de sua situação jurídica, e que os tratem com humanidade, sobretudo em relação à assistência e proteção [...].<sup>49</sup>
115. A Corte é consciente de que, segundo observou também a Assembleia Geral das Nações Unidas, “entre outros fatores, o processo de mundialização e liberalização, incluindo a crescente disparidade econômica e social entre muitos países e a marginalização de alguns da economia mundial, tem contribuído a criar grandes movimentos de população entre os países e a intensificar o complexo fenômeno da migração internacional”.<sup>50</sup>
116. Em relação ao afirmado anteriormente, no Programa de Ação da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento realizada no Cairo, em 1994, afirmou-se que:
- Os desequilíbrios econômicos internacionais, a pobreza e a degradação do meio ambiente, combinados com a falta de paz e segurança, as violações dos direitos humanos e os distintos graus de desenvolvimento das instituições judiciais e democráticas são todos fatores que afetam as migrações internacionais. Embora a maioria das migrações internacionais se produza entre países vizinhos, tem aumentado a migração inter-regional, em especial para os países desenvolvidos.<sup>51</sup>
117. Em virtude do anterior, a comunidade internacional reconheceu a necessidade de adotar medidas especiais para garantir a proteção dos direitos humanos dos migrantes.<sup>52</sup>
118. Deve-se indicar que a situação regular de uma pessoa em um Estado não é condição necessária para que este Estado respeite e garanta o princípio da igualdade e não discriminação, visto que, como já se mencionou, este princípio tem caráter fundamental e todos os Estados devem garanti-lo a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território. Isto não significa que não se poderá iniciar ação alguma contra as pessoas migrantes que não cumpram o ordenamento jurídico estatal. O importante é que, ao tomar as medidas que correspondam, os Estados respeitem seus direitos humanos e garantam seu exercício e desfrute a toda pessoa que se encontre em seu território, sem discriminação alguma por sua permanência regular ou irregular, nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa.

47. Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução A/RES/54/166 sobre “Proteção dos Migrantes” de 24 de fevereiro de 2000.

48. Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução A/RES/54/166 sobre “Proteção dos Migrantes” de 24 de fevereiro de 2000.

49. Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução A/RES/54/166 sobre “Proteção dos Migrantes” de 24 de fevereiro de 2000.

50. Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução A/RES/54/212 sobre “Migração Internacional e Desenvolvimento” de 1º de fevereiro de 2000.

51. Nações Unidas, A/CONF.171/13, 18 de outubro de 1994, relatório da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento realizada no Cairo de 5 a 13 de setembro de 1994, Programa de Ação, Capítulo X.A.10.1.

52. Cf. Nações Unidas, Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social realizada em Copenhague em março de 1995, Programa de Ação, pars. 63, 77 e 78; Nações Unidas, A/CONF.171/13, 18 de outubro de 1994, relatório da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento realizada no Cairo de 5 a 13 de setembro de 1994, Programa de Ação, Capítulo X.A. 10. 2 a 10.20; Assembleia Geral das Nações Unidas, A/CONF. 157/23, 12 de julho de 1993, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos realizada em Viena, Áustria, de 14 a 25 de junho de 1993, Declaração e Programa de Ação, I.24 e II.33-35.

119. Os Estados, portanto, não podem discriminar ou tolerar situações discriminatórias em detrimento dos migrantes. Entretanto, o Estado sim pode conceder um tratamento distinto aos migrantes documentados a respeito dos imigrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, sempre que esse tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional, e não lese os direitos humanos. Por exemplo, podem ser realizadas distinções entre as pessoas migrantes e os nacionais quanto à titularidade de alguns direitos políticos. Além disso, os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída de imigrantes indocumentados a seu território, os quais devem sempre ser aplicadas com apego estrito às garantias do devido processo e ao respeito da dignidade humana. A esse respeito, a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos afirmou que

[...] não pretende questionar o direito de um Estado a tomar ações legais contra os imigrantes ilegais, tais como deportá-los a seus países de origem se os tribunais competentes assim decidirem. Entretanto, a Comissão considera que é inaceitável deportar indivíduos sem lhes dar a possibilidade de argumentar seu caso perante as cortes nacionais competentes, já que isso é contrário ao espírito e texto da Carta [Africana dos Direitos Humanos e dos Povos] e do Direito Internacional.<sup>53</sup>

120. Ao abordar o princípio da igualdade e não discriminação deve-se ter presente a contínua evolução do Direito Internacional. A esse respeito, a Corte Interamericana afirmou, em seu Parecer Consultivo OC-16/99 sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, que:

O corpus juris do Direito Internacional dos Direitos Humanos está formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convênios, resoluções e declarações). Sua evolução dinâmica exerceu um impacto positivo no Direito Internacional, no sentido de afirmar e desenvolver a aptidão deste último para regulamentar as relações entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. Portanto, esta Corte deve adotar um critério adequado para considerar a questão sujeita a exame no marco da evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana no Direito Internacional contemporâneo.<sup>54</sup>

121. O devido processo legal é um direito que deve ser garantido a toda pessoa, independentemente de seu *status* migratório. A esse respeito, este Tribunal opinou,<sup>55</sup> no referido Parecer Consultivo sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, que

[...]para que exista “devido processo legal” é preciso que um acusado possa exercer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados. Com efeito, é útil recordar que o processo é um meio para assegurar, na maior medida possível, a solução justa de uma controvérsia. A esse fim responde o conjunto de atos de diversas características geralmente reunidos sob o conceito do devido processo legal. O desenvolvimento histórico do processo, coerente com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, trouxe consigo a incorporação de novos direitos processuais. São exemplo deste caráter evolutivo do processo os direitos a não se autoincriminar e a depor na presença de um advogado, que hoje em dia figuram na legislação e na jurisprudência dos sistemas jurídicos mais avançados. Desta forma, progressivamente, foi estabelecido o aparato das garantias judiciais recopiladas pelo artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que podem e devem agregar-se, sob o mesmo conceito, de outras garantias apresentadas por diversos instrumentos do Direito Internacional.

e que:

Para alcançar seus objetivos o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados perante a justiça. É assim como se cumpre o princípio de igualdade perante a lei e perante os tribunais e a correlativa proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adoção de medidas de compensação que contribuam para a redução ou eliminação dos obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses. Se não houvesse estes meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do processo, dificilmente se poderia dizer que aqueles em desvantagem gozam de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam de um devido processo legal em condições de igualdade com quem não enfrenta essas desvantagens.

122. A Corte considera que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no âmbito das garantias mínimas que se devem oferecer a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório. O amplo alcance da

53. *African Commission of Human and Peoples' Rights, Communication No: 159/96- Union Inter Africaine des Droits de l' Homme, Federation Internationale des Liges des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola, decision of 11 November, 1997, para. 20.*

54. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 115.

55. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 117 e 119; e *Cf. Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, pars. 97 e 115; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, nota 28 *supra*, par. 146.

intangibilidade do devido processo se aplica não apenas *ratione materiae*, mas também *ratione personae* sem discriminação alguma.

123. Tal como este Tribunal já afirmou, o devido processo legal se refere ao conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais a fim de que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos perante qualquer [...] ato do Estado que possa afetá-las. Isto é, qualquer atuação ou omissão dos órgãos estatais dentro de um processo, seja administrativo, sancionatório ou jurisdicional, deve respeitar o devido processo legal.<sup>56</sup>
124. Além disso, a Corte afirmou<sup>57</sup> que o elenco de garantias mínimas do devido processo legal se aplica na determinação de direitos e obrigações de ordem “civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”<sup>58</sup> Isso revela que o devido processo incide sobre todas essas esferas e não apenas sobre a penal.
125. Além disso, é importante estabelecer, como já fez a Corte, que “[é] um direito humano obter todas as garantias que permitam alcançar decisões justas, não estando a administração excluída de cumprir este dever. As garantias mínimas devem ser respeitadas no procedimento administrativo e em qualquer outro procedimento cuja decisão possa afetar os direitos das pessoas”.<sup>59</sup>
126. Viola-se o direito às garantias e à proteção judicial por vários motivos: pelo risco da pessoa quando comparece às instâncias administrativas ou judiciais de ser deportada, expulsa ou privada de sua liberdade, e pela negativa da prestação de um serviço público gratuito de defesa jurídica a seu favor, o que impede que se façam valer os direitos em questão. A esse respeito, o Estado deve garantir que o acesso à justiça seja não apenas formal, mas real. Os direitos derivados da relação trabalhista subsistem, apesar das medidas que se adotem.
127. Tendo a Corte estabelecido o que é aplicável a todos os migrantes, passa a analisar, a seguir, os direitos dos trabalhadores migrantes, em particular os indocumentados.

## VIII

### Direitos dos Trabalhadores Migrantes Indocumentados

128. Como já foi indicado no glossário (par. 69 *supra*), trabalhador migrante é toda pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual não é nacional. Esta definição está consagrada na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigo 2.1).
129. Os trabalhadores migrantes documentados ou em situação regular são os que “foram autorizados a ingressar, a permanecer e a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego,<sup>60</sup> de acordo com as leis desse Estado e os acordos internacionais em que esse Estado seja parte”.<sup>61</sup> Os trabalhadores indocumentados ou em situação irregular são os que não cumprem as condições dos trabalhadores documentados, isto é, não contam com autorização para ingressar, permanecer e exercer uma atividade remunerada em um Estado do qual não são nacionais.
130. A seguir, o Tribunal se pronunciará sobre os trabalhadores migrantes indocumentados e seus direitos.
131. É necessário fazer referência à vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes em relação aos trabalhadores nacionais. A esse respeito, o preâmbulo da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias considerou “a situação de vulnerabilidade em que frequentemente se encontram os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias devido, entre outras coisas, à sua ausência do Estado de origem e às dificuldades resultantes da sua presença no Estado de emprego”.

56. *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 124; e *Cf. Caso Ivcher Bronstein*, nota 46 *supra*, par. 102; *Caso do Tribunal Constitucional*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 69; e *Garantias judiciais em Estados de Emergência*, nota 17 *supra*, par. 27.

57. *Cf. Caso Ivcher Bronstein*, nota 46 *supra*, par. 103; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 125; e *Caso do Tribunal Constitucional*, nota 56 *supra*, par. 70.

58. *Cf. Artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*.

59. *Cf. Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 127.

60. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, artigo 6.b), segundo o qual o Estado de emprego é “o Estado onde o trabalhador migrante vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada [...]”.

61. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, artigo 5.a).

132. Atualmente, os direitos dos trabalhadores migrantes “não foram devidamente reconhecidos em todas as partes”<sup>62</sup> e, inclusive, os trabalhadores indocumentados “são empregados frequentemente em condições de trabalho menos favoráveis que as de outros trabalhadores e [...] para determinadas empresas[, o que] constitui um estímulo para buscar esse tipo de mão de obra com o objetivo de obter os benefícios de uma competição desleal”.<sup>63</sup>
133. Os direitos trabalhistas surgem necessariamente da condição de trabalhador, entendida em seu sentido mais amplo. Toda pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada, adquire imediatamente a condição de trabalhador e, conseqüentemente, os direitos inerentes a esta condição. O direito do trabalho, seja regulamentado no âmbito nacional ou internacional, é um ordenamento tutelar dos trabalhadores, isto é, regulamenta os direitos e obrigações do empregado e do empregador, independentemente de qualquer outra consideração de caráter econômico ou social. Uma pessoa que ingressa a um Estado e estabelece relações trabalhistas, adquire seus direitos humanos trabalhistas nesse Estado de emprego, independentemente de sua situação migratória, visto que o respeito e garantia do desfrute e exercício destes direitos devem se realizar sem nenhuma discriminação.
134. Deste modo, a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir, de nenhuma maneira, uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O migrante, ao assumir uma relação trabalhista, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado de emprego. Estes direitos são consequência da relação trabalhista.
135. É importante esclarecer que o Estado e os particulares em um Estado não estão obrigados a oferecer trabalho aos imigrantes indocumentados. Os Estados e os particulares, tais como os empregadores, podem se abster de estabelecer uma relação trabalhista com os migrantes em situação irregular.
136. Entretanto, se os imigrantes indocumentados são contratados para trabalhar, imediatamente se convertem em titulares dos direitos trabalhistas que correspondem aos trabalhadores, sem que exista possibilidade de discriminação por sua situação irregular. Isso é de suma importância, já que um dos principais problemas que se apresentam no âmbito da imigração é que se contrata pessoas migrantes que carecem de autorização de trabalho em condições desfavoráveis em comparação com outros trabalhadores.
137. Não basta fazer referência às obrigações de respeito e garantia dos direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores migrantes, mas é pertinente indicar que estas obrigações projetam diversos alcances e efeitos para os Estados e a terceiros.
138. As relações trabalhistas se estabelecem tanto no direito público como no direito privado e em ambos os âmbitos o Estado tem um papel importante.
139. No contexto de uma relação trabalhista, na qual o Estado se constitui em empregador, este evidentemente deve garantir e respeitar os direitos humanos trabalhistas de todos os seus funcionários públicos, sejam estes nacionais ou migrantes, documentados ou indocumentados, já que a inobservância deste dever gera a responsabilidade estatal interna e internacionalmente.
140. Em uma relação trabalhista regida pelo direito privado, deve-se ter em consideração que existe uma obrigação de respeito dos direitos humanos entre particulares. Isto é, da obrigação positiva de assegurar a efetividade dos direitos humanos protegidos, que existe para os Estados, derivam-se efeitos em relação a terceiros (*erga omnes*). Essa obrigação foi desenvolvida pela doutrina jurídica e, em particular, pela teoria do *Drittwirkung*, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos como pelos particulares em relação a outros particulares.
141. A Corte Interamericana, desde os primeiros casos contenciosos que decidiu, esboçou a aplicação dos efeitos da Convenção Americana em relação a terceiros (*erga omnes*), tendo afirmado que:

É então claro que, em princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção realizada por um ato do poder público ou de pessoas que atuam se beneficiando dos poderes que ostentam por seu caráter oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, nem as

62. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, Preâmbulo.

63. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, Preâmbulo.

hipóteses em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a esses direitos. Com efeito, um fato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção.<sup>64</sup>

142. Além disso, este Tribunal ordenou, através de medidas provisórias, a proteção de membros de comunidades e de pessoas que lhes prestem serviços, por atos de ameaças de morte e danos à sua integridade pessoal supostamente causados pelo Estado e por terceiros.<sup>65</sup> Além disso, em outra oportunidade ordenou a proteção das pessoas privadas de liberdade em uma penitenciária, diante das mortes e ameaças que ocorriam no interior da mesma, muitas das quais supostamente foram perpetradas pelos próprios detidos.<sup>66</sup>
143. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconheceu a aplicabilidade da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais às relações interindividuais, quando declarou que o Estado havia violado esta Convenção por ter imposto uma restrição à liberdade de associação, que estabelecia que o pertencimento a determinados sindicatos era condição necessária para que os petionários no caso pudessem continuar sendo empregados de uma empresa, já que a restrição imposta não era “necessária em uma sociedade democrática”.<sup>67</sup> Em outro caso, o Tribunal Europeu considerou que mesmo quando o objeto do artigo 8 desta Convenção (direito ao respeito da vida privada e familiar) é essencialmente a proteção do indivíduo contra interferências arbitrárias de autoridades públicas, o Estado deve se abster de realizar tais interferências. Além deste dever de abstenção, existem obrigações positivas inerentes ao respeito efetivo da vida privada e familiar, que podem implicar a adoção de medidas para assegurar o respeito à vida privada inclusive nas relações entre indivíduos. Neste último caso, aquele Tribunal decidiu que o Estado havia violado o direito à vida privada e familiar de uma jovem mentalmente incapacitada que havia sido agredida sexualmente, porquanto não foi possível iniciar nenhum processo penal contra o agressor devido a um vazio na legislação penal.<sup>68</sup>
144. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, por sua vez, considerou que o direito à liberdade e à segurança pessoais, consagrado no artigo 9 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, impõe ao Estado a obrigação de tomar as medidas adequadas para assegurar a proteção de um indivíduo ameaçado de morte; ou seja, que uma interpretação deste artigo que autorizasse os Estados partes a ignorar as ameaças que pesem contra a vida de pessoas sob sua jurisdição, apesar de que não tenham sido detidas ou presas por agentes estatais, privaria as garantias previstas no Pacto de toda eficácia.<sup>69</sup> Além disso, o Comitê considerou que o Estado tem a obrigação de proteger os direitos dos membros de minorias contra as agressões de particulares. Por sua vez, em seus Comentários Gerais Nº 18 e 20 sobre a “Não Discriminação” e o artigo 7 do referido Pacto, o Comitê afirmou que os Estados partes devem punir a tortura, os tratamentos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes, cometidos por funcionários públicos, outras pessoas que atuem em nome do Estado e particulares; e também devem “adotar disposições positivas para reduzir ou eliminar as condições que originam ou facilitam que se perpetue a discriminação proibida pelo Pacto”.
145. Adicionalmente, em uma decisão relativa à obrigação de investigar os atos de discriminação racial e violência contra pessoas de outra cor ou origem étnica cometidos por particulares, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial afirmou que “quando se realizam ameaças de violência racial, em especial quando foram realizadas em público e por um grupo, o Estado deve investigar tais ameaças com a devida diligência”.<sup>70</sup>
146. Desta maneira, a obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, que normalmente tem seus efeitos nas relações entre os Estados e os indivíduos submetidos à sua jurisdição, também projeta seus efeitos nas

64. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 172; e *Cf. Caso Godínez Cruz*. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C Nº 5, pars. 181, 182 e 187.

65. *Cf. Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de 18 de junho de 2002. Série E Nº 3; e *Caso das Comunidades de Jiguamiandó e de Curbaradó*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de 6 de março de 2003.

66. *Caso da Penitenciária Urso Branco*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de 18 de junho de 2002.

67. *Eur. Court H.R., Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, (Merits) Judgment of 13 August 1981, Series A nº 44, paras. 48 to 65.*

68. *Eur. Court H.R., Case of X and v. The Netherlands, (Merits) Judgment of 26 March 1985, Series A nº 91, para. 23.*

69. *Cf. ONU, Comitê de Direitos Humanos. Delgado Páez c. Colômbia*. Decisão de 12 de julho de 1990, nº 195/85, par. 5.5.

70. *Cf. U.N., Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Communication nº 4/1991, L.K. v. The Netherlands, paras. 6.3 and 6.6; e também Cf., inter. alia, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão.*

relações interindividuais. No que se refere ao presente Parecer Consultivo, estes efeitos da obrigação de respeito dos direitos humanos nas relações entre particulares se especificam no marco da relação trabalhista privada, na qual o empregador deve respeitar os direitos humanos de seus trabalhadores.

147. A obrigação imposta pelo respeito e garantia dos direitos humanos diante de terceiros se baseia também em que os Estados são os que determinam seu ordenamento jurídico, o qual regula as relações entre particulares e, portanto, o direito privado, de modo que também devem velar para que nessas relações privadas entre terceiros sejam respeitados os direitos humanos, já que do contrário o Estado pode acabar sendo responsável pela violação dos direitos.
148. O Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em detrimento destes, nas relações trabalhistas que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador). O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual viole os padrões mínimos internacionais.
149. Essa obrigação estatal encontra seu apoio na mesma normativa tutelar dos trabalhadores, normativa que precisamente se fundamenta em uma relação desigual entre ambas as partes e que, portanto, protege o trabalhador como a parte mais vulnerável que é. Dessa maneira, os Estados devem velar pelo estrito cumprimento da normativa de caráter trabalhista que melhor proteja os trabalhadores, independentemente de sua nacionalidade, origem social, étnica ou racial, e de sua condição migratória e, portanto, têm a obrigação de tomar as medidas de ordem administrativa, legislativa ou judicial que sejam necessárias para corrigir situações discriminatórias *de jure* e para erradicar as práticas discriminatórias realizadas por determinado empregador ou grupo de empregadores, no âmbito local, regional, nacional ou internacional, em detrimento de trabalhadores migrantes.
150. Em muitas oportunidades, os trabalhadores migrantes devem recorrer ao aparato estatal para a proteção de seus direitos. Assim, por exemplo, os trabalhadores de empresas privadas recorrem ao Poder Judiciário para reivindicar o pagamento de salários, indenizações, etc. Estes trabalhadores também utilizam muitas vezes os serviços de saúde estatais ou contribuem para o sistema previdenciário estatal. Em todas estas oportunidades, o Estado também está envolvido nesta relação entre particulares como garante dos direitos fundamentais, já que se requer a prestação de um serviço determinado de sua parte.
151. Nas relações trabalhistas, os empregadores devem proteger e respeitar os direitos dos trabalhadores, quer essas relações se desenvolvam nos setores público ou privado das sociedades. A obrigação de respeito dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes tem um efeito direto em qualquer tipo de relação trabalhista, tanto quando o Estado é o empregador como quando o é um terceiro, e quer se trate de uma pessoa física ou jurídica.
152. O Estado é então responsável tanto quando funciona como empregador, como pela atuação de terceiros que atuem com sua tolerância, aquiescência ou negligência, ou respaldados por alguma diretriz ou política estatal que favoreça a criação ou manutenção de situações de discriminação.
153. Em síntese, as relações de trabalho entre os trabalhadores migrantes e terceiros empregadores podem gerar a responsabilidade internacional do Estado de diversas formas. Em primeiro lugar, os Estados têm a obrigação de velar para que dentro de seu território sejam reconhecidos e aplicados todos os direitos trabalhistas que seu ordenamento jurídico estipula, direitos originados em instrumentos internacionais ou em normativa interna. Além disso, os Estados são responsáveis internacionalmente quando toleram ações e práticas de terceiros que prejudicam os trabalhadores migrantes, seja porque não lhes reconhecem os mesmos direitos que aos trabalhadores nacionais ou porque lhes reconhecem os mesmos direitos, mas com algum tipo de discriminação.
154. Além disso, há casos nos quais o Estado diretamente viola os direitos humanos dos trabalhadores. Casos como o da denegação do direito à aposentadoria de um trabalhador migrante que contribuiu e cumpriu todos os requisitos exigidos legalmente aos trabalhadores, ou como o de um trabalhador que comparece ao órgão judicial correspondente para reivindicar seus direitos sem que este lhe proporcione as devidas garantias ou proteção judiciais.
155. A Corte afirma que os direitos trabalhistas são os que o sistema jurídico, nacional e internacional, reconhece aos trabalhadores. Isto é, que os Estados receptores devem garantir e respeitar a todo trabalhador seus direitos consagrados no âmbito nacional nas constituições políticas; na legislação trabalhista; nos convênios coletivos;

nos convênios-lei; nos decretos ou inclusive nas práticas locais e específicas; ou no âmbito internacional, em qualquer tratado internacional do qual seja parte.

156. Este Tribunal afirma que como são vários os instrumentos jurídicos nos quais se regulamentam os direitos trabalhistas no âmbito interno e internacional, a interpretação destas regulamentações deve ser realizada de acordo com o princípio da aplicação da regra que melhor proteja a pessoa humana, neste caso, o trabalhador. Isso é de suma importância já que nem sempre há harmonia entre as distintas regras nem entre as regras e sua aplicação, o que poderia causar um prejuízo para o trabalhador. Assim, se uma prática interna ou uma regra interna favorece mais ao trabalhador do que uma regra internacional, deve ser aplicado o direito interno. Do contrário, se um instrumento internacional beneficia o trabalhador concedendo direitos que não estão garantidos ou reconhecidos internamente, estes deverão ser respeitados e garantidos igualmente.
157. No caso dos trabalhadores migrantes, há certos direitos que assumem uma importância fundamental e, entretanto, são frequentemente violados, a saber: a proibição do trabalho forçado ou obrigatório, a proibição e abolição do trabalho infantil, as atenções especiais para a mulher trabalhadora, e os direitos correspondentes a: associação e liberdade sindical, negociação coletiva, salário justo por trabalho realizado, assistência social, garantias judiciais e administrativas, duração de jornada razoável e em condições de trabalho adequadas (segurança e higiene), descanso e indenização. Possui grande relevância a proteção destes direitos dos trabalhadores migrantes, tendo presentes o princípio da inalienabilidade de tais direitos, dos quais são titulares todos os trabalhadores, independentemente de seu *status* migratório, bem como o princípio fundamental da dignidade humana consagrado no artigo 1 da Declaração Universal, segundo o qual “[t]odas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.
158. Esta Corte considera que o exercício dos referidos direitos trabalhistas fundamentais garante ao trabalhador e a seus familiares o desfrute de uma vida digna. Os trabalhadores têm direito a desempenhar uma atividade de trabalho em condições dignas e justas, e receber como contraprestação de seu trabalho uma remuneração que permita a eles e seus familiares gozar de um padrão de vida digno. Além disso, o trabalho deve ser uma forma de realização e uma oportunidade para que o trabalhador desenvolva suas aptidões, habilidades e potencialidades, e alcance suas aspirações, a fim de alcançar seu desenvolvimento integral como ser humano.
159. Em muitas ocasiões ocorre que não se reconhecem aos trabalhadores imigrantes indocumentados os direitos trabalhistas já mencionados. Por exemplo, muitos empregadores os contratam para que prestem determinado serviço em troca de uma remuneração mais baixa à que lhes corresponderia; demitem-nos por formar parte de sindicatos; ameaçam deportá-los, entre outras situações. Inclusive, em algumas ocasiões, os trabalhadores imigrantes indocumentados não podem recorrer aos tribunais de justiça para reivindicar seus direitos por temor à sua situação irregular. Isso não deve ocorrer; apesar de que poderia ser deportado um trabalhador migrante indocumentado tem sempre o direito de se fazer representar perante o órgão competente para que lhe seja reconhecido todo direito laboral que tenha adquirido como trabalhador.
160. A Corte considera que os trabalhadores imigrantes indocumentados, que se encontram em uma situação de vulnerabilidade e discriminação a respeito dos trabalhadores nacionais, possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado de emprego, e este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática. Os trabalhadores, ao serem titulares dos direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios adequados para exercê-los.

## IX

### **Obrigações Estatais na Determinação das Políticas Migratórias à Luz dos Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**

161. A seguir, a Corte fará referência às obrigações estatais na determinação das políticas migratórias, unicamente à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.
162. Nesta seção do presente Parecer Consultivo, considerar-se-á se é compatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos que os Estados americanos subordinem e condicionem a observância dos direitos humanos a suas políticas migratórias, e isso se fará à luz das obrigações internacionais derivadas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e de outras obrigações *erga omnes*.

163. A política migratória de um Estado está constituída por todo ato, medida ou omissão institucional (leis, decretos, resoluções, diretrizes, atos administrativos, etc...) que versa sobre a entrada, saída ou permanência de população nacional ou estrangeira dentro de seu território.
164. A esse respeito, a Declaração e o Programa de Ação de Durban, adotados pela Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata<sup>71</sup> instaram todos os Estados a que “[r]evisem e modifiquem, quando necessário, suas leis, políticas e procedimentos de imigração, a fim de eliminar todos os elementos de discriminação racial neles contidos e deixá-los compatíveis com as obrigações dos Estados segundo os instrumentos internacionais de direitos humanos”. Além disso, no parágrafo 9 da Resolução da Comissão de Direitos Humanos 2001/5, sobre “o racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância”, “solicitou-se a todos os Estados que examinem e, quando seja necessário, revisem suas políticas de imigração incompatíveis com os instrumentos internacionais de direitos humanos a fim de eliminar todas as políticas e práticas discriminatórias contra os migrantes”.
165. Este Tribunal considera indispensável recordar o indicado no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o qual afirma, ao se referir ao direito interno e à observância dos tratados, que: “[u]ma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado”.
166. Ou seja, ao ratificar ou aderir a um tratado internacional, os Estados manifestam seu compromisso de boa fé de garantir e respeitar os direitos nele reconhecidos. Além disto, os Estados devem adequar seu direito interno ao Direito Internacional aplicável.
167. Sobre o particular, a Corte Interamericana afirmou que a obrigação geral dos Estados estabelecida no artigo 2 da Convenção Americana inclui a adoção de medidas para suprimir as regras e práticas de qualquer natureza que impliquem uma violação às garantias previstas na Convenção, bem como a expedição de regras e o desenvolvimento de práticas dirigidas à observância efetiva destas garantias.<sup>72</sup> Em relação a isso, este Tribunal afirmou que:

No direito das gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. Esta regra é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial. A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno têm de ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isto significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção. Estas medidas apenas são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção.<sup>73</sup>

168. Os objetivos das políticas migratórias devem ter presente o respeito pelos direitos humanos. Além disso, estas políticas migratórias devem ser executadas com o respeito e a garantia dos direitos humanos. Como já se afirmou (pars. 84, 89, 105 e 119 *supra*), as distinções que os Estados estabeleçam devem ser objetivas, proporcionais e razoáveis.
169. Considerando que o presente Parecer se aplica às questões relacionadas aos aspectos jurídicos da migração, a Corte considera conveniente afirmar que, no exercício de sua faculdade de fixar políticas migratórias, é lícito que os Estados estabeleçam medidas relacionadas ao ingresso, permanência ou saída de pessoas migrantes para exercer como trabalhadores em determinado setor de produção em seu estado, sempre que isso seja acorde com as medidas de proteção dos direitos humanos de toda pessoa e, em particular, dos direitos humanos dos trabalhadores. Com o fim de cumprir essa necessidade, os Estados podem tomar diversas medidas, tais como a concessão ou denegação de autorizações de trabalho gerais ou para determinados trabalhos específicos, mas devem ser estabelecidos mecanismos para assegurar que isso se realize sem nenhuma discriminação, atendendo unicamente às características da atividade produtiva e a capacidade individual das pessoas. Dessa forma, garante-se uma vida digna ao trabalhador migrante, protegendo-o da situação de vulnerabilidade e

71. Cf. Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Conexas de Intolerância, realizada em Durban, África do Sul de 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, pars. 38 e 30.b), respectivamente.

72. Cf. *Caso “Cinco Aposentados”*, nota 27 *supra*, par. 165; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 180; e *Caso Cantoral Benavides*, nota 29 *supra*, par. 178.

73. *Caso “Cinco Aposentados”*, nota 27 *supra*, par. 164; e Cf. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros)*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C Nº 73, par. 87; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 179; *Caso Durand e Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C Nº 68, par. 136; e Cf. também “*principe allant de soi*”; *Échange des populations grecques et turques*, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. Nº 10, p. 20.

insegurança em que usualmente se encontra, e organiza-se assim, eficiente e adequadamente, o processo de produção local ou nacional.

170. Portanto, não é admissível que um Estado receptor proteja sua produção nacional, em um ou vários setores, fomentando ou tolerando a contratação de trabalhadores imigrantes indocumentados com fins de exploração trabalhista, valendo-se da condição de vulnerabilidade destes trabalhadores diante do empregador no Estado ou considerando-os como oferta de trabalho menos custosa, seja pagando salários mais baixos, negando-lhes ou limitando o desfrute ou exercício de um ou mais direitos trabalhistas, ou negando a possibilidade de reivindicar a violação dos mesmos perante a autoridade competente.
171. O estabelecido pela Corte Interamericana se estende à obrigação dos Estados de cumprir todo instrumento internacional que lhes seja aplicável. Entretanto, é importante afirmar que, ao se referir a esta obrigação estatal, este Tribunal considera que não apenas se deve adequar toda normativa interna ao respectivo tratado, mas, além disso, as práticas estatais relativas à sua aplicação devem se adequar ao Direito Internacional. Isto é, não basta que o ordenamento jurídico interno se adeque ao Direito Internacional, mas é necessário que os órgãos ou funcionários de qualquer poder estatal, executivo, legislativo ou judiciário, exerçam suas funções e realizem ou emitam seus atos, resoluções e sentenças de maneira efetivamente conforme com o Direito Internacional aplicável.
172. A Corte considera que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório. Este princípio de caráter geral deve ser respeitado e garantido sempre. Qualquer atuação ou omissão em sentido contrário é incompatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos.

## X Parecer

173. Pelas razões expostas,

### **A CORTE, DECIDE**

por unanimidade,

Que é competente para emitir o presente Parecer Consultivo.

### **Profere o seguinte parecer**

por unanimidade,

1. Que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Com este propósito, devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental, e eliminar as medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental.
2. Que o descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera sua responsabilidade internacional.
3. Que o princípio de igualdade e não discriminação possui um caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno.
4. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do Direito Internacional geral, à medida em que é aplicável a todos os Estados, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*.
5. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação, revestido de caráter imperativo, acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares.
6. Que a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o *status* migratório das pessoas.
7. Que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no contexto das garantias mínimas

- que se devem oferecer a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma.
8. Que a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O imigrante, ao assumir uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado receptor. Estes direitos são consequência da relação trabalhista.
  9. Que o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em detrimento destes nas relações de trabalho que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador). O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual viole os padrões mínimos internacionais.
  10. Que os trabalhadores, ao serem titulares dos direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios adequados para exercê-los. Os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado receptor, e este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática.
  11. Que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório.

Os Juízes Cañado Trindade, García Ramírez, Salgado Pesantes e Abreu Burelli deram a conhecer à Corte seus Votos Concorrentes, os quais acompanham este Parecer Consultivo.

Redigida em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 17 de setembro de 2003.

Antônio A. Cañado Trindade  
Presidente

Sergio García Ramírez  
Oliver Jackman

Hernán Salgado Pesantes  
Alirio Abreu Burelli

Carlos Vicente de Roux Rengifo

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Antônio A. Cañado Trindade  
Presidente

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

### VOTO CONCORDANTE DO JUIZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor da adoção do presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que constitui, a meu ver, uma significativa contribuição à evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Há quatro anos, a Corte Interamericana proferiu o histórico Parecer Consultivo N° 16, sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (de 01.10.1999), verdadeiramente pioneiro, que tem servido de inspiração para a jurisprudência internacional *in statu nascendi* sobre a matéria.<sup>1</sup> No dia de hoje, na mesma linha de fundamentação orientada às necessidades e imperativos da proteção da pessoa humana, e ao final de um procedimento consultivo que gerou a maior mobilização de toda sua história,<sup>2</sup> a Corte Interamericana adota outro Parecer Consultivo, de grande transcendência e novamente pioneiro, sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, tornando-se o primeiro tribunal internacional a se pronunciar sobre esta matéria como tema central.
2. Ainda mais significativo é o fato de que a matéria tratada no presente Parecer Consultivo, solicitado pelo México e adotado pela Corte por unanimidade, é de interesse direto para amplos segmentos da população em distintas latitudes,—na realidade, de milhões de seres humanos,<sup>3</sup>—e constitui em nossos dias uma preocupação legítima de toda a comunidade internacional, e—eu não me eximiria de acrescentar,—da humanidade como um todo. Dada a transcendental importância dos pontos examinados pela Corte Interamericana no presente Parecer Consultivo, vejo-me na obrigação de deixar registro, como fundamento jurídico de minha posição sobre a matéria, das reflexões que me permito desenvolver neste Voto Concordante, em particular em relação aos aspectos que me parecem merecer especial atenção.
3. Estes aspectos correspondem aos que me permito assim denominar: a) a *civitas maxima gentium* e a universalidade do gênero humano; b) as disparidades do mundo contemporâneo e a vulnerabilidade dos migrantes; c) a reação da consciência jurídica universal; d) a construção do direito individual subjetivo do asilo; e) a posição e o papel dos princípios gerais do Direito; f) os princípios fundamentais como *substratum* do próprio ordenamento jurídico; g) o princípio da igualdade e de não discriminação no Direito Internacional dos Direitos Humanos; h) a emergência, o conteúdo e o alcance do *jus cogens*; e i) a emergência, o conteúdo e o alcance das obrigações *erga omnes* de proteção (suas dimensões horizontal e vertical). Passo a apresentar minhas reflexões sobre cada um destes aspectos.

#### I. A *Civitas Maxima Gentium* e a Universalidade do Gênero Humano

4. A consideração de uma questão como a que se ocupa o presente Parecer Consultivo não pode fazer abstração aos ensinamentos dos chamados fundadores do Direito Internacional, em cujo pensamento se encontram reflexões de notável atualidade, e de importância para a solução jurídica inclusive de problemas contemporâneos. Francisco de Vitoria, por exemplo, em sua contribuição pioneira e decisiva para a noção de prevalência do *Estado de Derecho*, afirmou, em suas aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que o ordenamento jurídico obriga a todos—tanto governados como governantes, e que a comunidade internacional (*totus orbis*) prima sobre o arbítrio de cada Estado individual.<sup>4</sup> Na concepção de Vitoria, o grande professor de Salamanca, o direito das gentes regulamenta uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados socialmente em Estados e coextensiva com a própria humanidade;<sup>5</sup> a reparação das violações de direitos (humanos) reflete uma necessidade internacional atendida pelo direito

1. A Corte Interamericana, através de seu referido Parecer Consultivo N° 16,—emitido no final de um procedimento consultivo que gerou ampla mobilização (com oito Estados intervenientes, além da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e de diversas organizações não governamentais e indivíduos),—foi efetivamente o primeiro tribunal internacional a advertir que o descumprimento do artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 se dava em prejuízo não apenas de um Estado Parte nesta Convenção, mas também dos seres humanos afetados.

2. Além de um considerável volume de escritos, este procedimento contou com duas audiências públicas, a primeira realizada na sede da Corte Interamericana em San José da Costa Rica, em fevereiro de 2003, e a segunda realizada fora de sua sede, pela primeira vez em sua história, em Santiago do Chile, em junho de 2003. O procedimento contou com a participação de 12 Estados acreditados (entre os quais, cinco Estados intervenientes nas audiências públicas), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma agência das Nações Unidas (o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados—ACNUR), e nove entidades da sociedade civil e da Academia de diversos países da região, além do Conselho Centro-Americano de Procuradores de Direitos Humanos.

3. Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM), de 1965 a 2000, o total de migrantes no mundo mais que duplicou, elevando-se de 75 milhões a 175 milhões de pessoas; e as projeções para o futuro são no sentido de que este total aumentará ainda muito mais nos próximos anos; I.O.M., *World Migration 2003—Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, I.O.M., 2003, pp. 4-5; e *cf.* também, em geral, P. Stalker, *Workers without Frontiers*, Geneva/London, International Labour Organization (I.L.O.)/L. Rienner Pubs., 2000, pp. 26-33.

4. *Cf.* Francisco de Vitoria, *Relecciones—del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit. infra* n. (15), pp. 30-39; W.G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlin, W. de Gruyter, 2000, pp. 189-190.

5. *Cf.*, em particular, Francisco de Vitoria, *De Indis—Relectio Prior* (1538-1539), *in: Obras de Francisco de Vitoria—Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

das gentes, com os mesmos princípios de justiça se aplicando tanto aos Estados como aos indivíduos ou povos que os formam.<sup>6</sup>

5. Na visão de Francisco Suárez (autor do tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), o direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano; os Estados têm necessidade de um sistema jurídico que regulamente suas relações, como membros da sociedade universal.<sup>7</sup> Para Suárez, o direito das gentes incluía, além das nações e dos povos, o gênero humano como um todo, e o direito atendia às necessidades de regulamentação de todos os povos e seres humanos. Tanto Suárez como Vitoria formularam as bases dos deveres internacionais dos Estados *vis-à-vis* inclusive os estrangeiros, no contexto do princípio geral da liberdade de circulação e das comunicações, à luz da *universalidade do gênero humano*.<sup>8</sup> A sociabilidade e solidariedade humanas estavam presentes em toda a construção doutrinária e na contribuição dos teólogos espanhóis à formação do direito das gentes.
6. Por sua vez, a concepção do *jus gentium* de Hugo Grotius—cuja obra, sobretudo o *De Jure Belli ac Pacis* (1625), situa-se nas origens do Direito Internacional, como veio a ser conhecida a disciplina,—esteve sempre atenta ao papel da sociedade civil. Para Grotius, o Estado não é um fim em si mesmo, mas, ao contrário, um meio para assegurar o ordenamento social conforme com a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a “sociedade comum que inclui toda a humanidade”.<sup>9</sup> No pensamento grociano, toda regra jurídica—seja de direito interno ou de direito das gentes—cria direitos e obrigações para as pessoas a quem se dirigem. A obra precursora de Grotius, já na primeira metade do século XVII, admite assim a possibilidade da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado.<sup>10</sup>
7. Segundo a visão grociana, o ser humano e seu bem estar ocupam posição central no sistema das relações internacionais; os padrões de justiça se aplicam *vis-à-vis* tanto aos Estados como aos indivíduos.<sup>11</sup> Para Grotius, o direito natural deriva da razão humana, é um “ditado da reta razão”, e impõe limites à “conduta irrestrita dos governantes dos Estados”.<sup>12</sup> Estão os Estados submetidos ao Direito, e o Direito Internacional tem “um fundamento objetivo, independente e acima da vontade dos Estados”.<sup>13</sup> As considerações de justiça permeiam assim as regras de direito e fomentam sua evolução.<sup>14</sup>
8. Ainda antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de *De Jure Belli*, 1598) afirmou, a finais do século XVI, que é o Direito que regula a convivência entre os membros da *societas gentium* universal.<sup>15</sup> Samuel Pufendorf (autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), por sua vez, defendeu “a submissão do legislador à mais alta lei da natureza humana e da razão”.<sup>16</sup> Por sua vez, Christian Wolff (autor de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), ponderava que assim como os indivíduos devem, em sua associação no Estado, promover o bem comum, por sua vez o Estado tem o dever correlativo de buscar sua perfeição.<sup>17</sup>

6. 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) p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law—Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford—Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 e 172.

7. Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez—Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.

8. Cf. *ibid.*, pp. 40-46, e cf. pp. 5-6 e 11-12.

9. P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216 e 203. Os sujeitos têm direitos *vis-à-vis* o Estado soberano, que não pode exigir obediência de seus cidadãos de forma absoluta (imperativo do bem comum); assim, na visão de Grotius, a razão de Estado tem limites, e a concepção absoluta desta última se torna aplicável nas relações tanto internacionais como internas do Estado. *Ibid.*, pp. 219-220 e 217.

10. *Ibid.*, pp. 243 e 221. Há, pois, que ter sempre presente o verdadeiro legado da tradição grociana do Direito Internacional. A comunidade internacional não pode pretender se basear na *voluntas* de cada Estado individualmente. Diante da necessidade histórica de regular as relações dos Estados emergentes, sustentava Grotius que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas, e não à “razão de Estado”, a qual é incompatível com a própria existência da comunidade internacional: esta última não pode prescindir do Direito. (Cf., a respeito, o estudo clássico de Hersch Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law”, 23 *British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53).

11. Hersch Lauterpacht, “The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man”, 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 e 21-31.

12. E. Jiménez de Aréchaga, “El Legado de Grocio y el Concepto de un Orden Internacional Justo”, em *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional—Libro-Homenaje al Profesor A. Truyol y Serra*, tomo I, Madrid, Universidade Complutense de Madrid, 1986, pp. 608 e 612-613.

13. *Ibid.*, p. 617.

14. *Ibid.*, pp. 619-621.

15. A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.

16. *Ibid.*, p. 26.

17. César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 28-29. Wolff vislumbrou os Estados-Nação como membros de uma *civitas maxima*, conceito que Emmerich de Vattel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando a necessidade de “realismo”, pretendeu substituir por uma “sociedade de nações” (conceito menos avançado); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment—The Background of Emmerich de Vattel’s Ihe Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; para uma crítica a esse retrocesso (incapaz de fundamentar o princípio de obrigação no Direito Internacional), cf. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 38-40.

9. Lamentavelmente, as reflexões e a visão dos chamados fundadores do Direito Internacional, que o concebiam como um sistema verdadeiramente universal,<sup>18</sup> vieram a ser suplantadas pela emergência do positivismo jurídico, que, sobretudo a partir do século XIX, personificou o Estado dotando-o de “vontade própria”, reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estado a estes “concedia”. O consentimento ou a “vontade” dos Estados (o positivismo voluntarista) tornou-se a opinião predominante no Direito Internacional, negando *jus standi* aos indivíduos, aos seres humanos.<sup>19</sup> Isso dificultou a compreensão da sociedade internacional, e debilitou o próprio Direito Internacional, reduzindo-o a um direito interestatal, não mais *acima*, mas *entre* Estados soberanos.<sup>20</sup> As consequências desastrosas desta distorção são amplamente conhecidas.
10. O grande legado do pensamento jurídico da segunda metade do século XX, através da emergência e evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, foi, a meu ver, o resgate do ser humano como sujeito do direito tanto interno como internacional, dotado de capacidade jurídica internacional.<sup>21</sup> Mas este avanço vem acompanhado de novas necessidades de proteção, a requerer novas respostas por parte do próprio *corpus juris* de proteção. É o caso, em nossos dias, das pessoas afetadas pelos problemas discutidos no presente procedimento consultivo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.
11. Para fazer frente a estes problemas, entendo que se deve ter em mente o valioso legado dos fundadores do Direito Internacional. Já na época da elaboração e divulgação das obras clássicas de F. Vitoria e F. Suárez (*supra*), o *jus gentium* se havia liberado de suas origens de direito privado (do direito romano), para ser aplicado universalmente a todos os seres humanos: a *societas gentium* era expressão da unidade fundamental do gênero humano, formando uma verdadeira *societas ac communicatio*, porquanto nenhum Estado era autossuficiente.<sup>22</sup> O novo *jus gentium*, assim concebido inclusive para atender às necessidades humanas, abriu caminho para a concepção de um Direito Internacional universal.<sup>23</sup>
12. Passou a prevalecer a crença—expressada na obra de H. Grotius—de que era possível captar o conteúdo desse direito por meio da razão: o direito natural, do qual derivava o direito das gentes, era um ditado da razão.<sup>24</sup> No contexto da nova concepção universalista se afirmou, a partir de F. Vitoria, o *jus communicationis*, estabelecendo a liberdade de movimento e de intercâmbio comercial como um dos pilares da própria comunidade internacional.<sup>25</sup> Os controles de ingresso de estrangeiros apenas se manifestaram em época histórica bem mais recente (*cf. par. 35 infra*), ao mesmo tempo que os grandes fluxos migratórios e o desenvolvimento do direito dos refugiados e deslocados.<sup>26</sup>

## II. As Disparidades do Mundo Dito “Globalizado”, os Deslocamentos Forçados e a Vulnerabilidade dos Migrantes

13. Atualmente, em uma era de grandes migrações, constata-se lamentavelmente uma distância cada vez maior do ideal universalista da *societas gentium* dos fundadores do Direito Internacional. As migrações e os deslocamentos forçados, intensificados na década de noventa,<sup>27</sup> caracterizaram-se, em particular, pelas disparidades nas condições de vida entre o local de origem e o de destino dos migrantes. Suas causas são múltiplas: colapso econômico e desemprego, colapso nos serviços públicos (educação, saúde, entre outros), desastres naturais, conflitos armados, repressão e perseguição, violações sistemáticas dos direitos humanos, rivalidades étnicas e xenofobia, violência de distintas formas, insegurança pessoal.<sup>28</sup>

18. C. Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; e *cf.* também René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

19. P.P. Remec, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* n. (9), pp. 36-37.

20. *Ibid.*, p. 37.

21. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 447-497.

22. P. Guggenheim, “Contribution à l'histoire des sources du droit des gens”, 94 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1958) pp. 21-22.

23. J. Moreau-Reibel, “Le droit de société interhumaine et le *jus gentium*—Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius”, 77 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1950) pp. 506-510.

24. G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1986, p. 17.

25. *Ibid.*, pp. 19-23, e *cf.* pp. 79-81.

26. *Cf. ibid.*, pp. 160-161 e 174-175.

27. Os deslocamentos forçados nos anos noventa (depois do chamado fim da guerra fria) abrangeram aproximadamente nove milhões de pessoas; UNHCR, *The State of the World's Refugees—Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

28. N. Van Hear, *New Diasporas—The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998, pp. 19-20, 29, 109-110, 141, 143 e 151-252, e *cf.* p. 260; F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed—A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 3-20.

14. As migrações e os deslocamentos forçados, com o conseqüente desenraizamento de tantos seres humanos, acarretam traumas: sofrimento do abandono do lar (às vezes com separação ou desintegração familiar), perda da profissão e de bens pessoais, arbitrariedades e humilhações impostas por autoridades fronteiriças e agentes de segurança, perda do idioma materno e das raízes culturais, choque cultural e sentimento permanente de injustiça.<sup>29</sup> A chamada “globalização” da economia se fez acompanhar da persistência (e em várias partes do mundo do agravamento) das disparidades no interior das nações e nas relações entre elas, constatando-se, *v.g.*, um contraste marcante entre a pobreza dos países de origem das migrações (às vezes clandestinas) e os recursos incomparavelmente maiores dos países buscados pelos migrantes.
15. Os migrantes,—em particular os indocumentados,—como afirma a Corte Interamericana no presente Parecer Consultivo N° 18 (pars. 112-113 e 131-132),—encontram-se frequentemente em uma situação de grande vulnerabilidade, diante do risco do emprego precário (na chamada “economia informal”), da exploração do trabalho, do próprio desemprego e da perpetuação na pobreza (também no país receptor).<sup>30</sup> A “falta administrativa” da indocumentação foi “criminalizada” em sociedades intolerantes e repressivas, agravando ainda mais os problemas sociais de que padecem. O drama dos refugiados e dos imigrantes indocumentados apenas poderá ser tratado em meio a um espírito de verdadeira solidariedade humana para os vitimados de maneira eficaz.<sup>31</sup> Definitivamente, apenas a firme determinação de reconstrução da comunidade internacional com base na solidariedade humana poderá levar à superação de todos estes traumas.
16. Em tempos da assim chamada “globalização” (o neologismo dissimulado e falso que está na moda em nossos dias), as fronteiras se abriram aos capitais, bens e serviços, mas se fecharam tristemente aos seres humanos. O neologismo que sugere a existência de um processo que abrangeria todos e do qual todos participariam, na realidade oculta a fragmentação do mundo contemporâneo, e a exclusão e marginalização sociais de segmentos cada vez maiores da população. O progresso material de alguns se fez acompanhar pelas formas contemporâneas (e clandestinas) de exploração do trabalho de muitos (a exploração dos imigrantes indocumentados, a prostituição forçada, ou tráfico de crianças, ou trabalho forçado e escravo), em meio ao aumento comprovado da pobreza e da exclusão e marginalização sociais.<sup>32</sup>
17. Como circunstâncias agravantes, o Estado abdica de sua inescapável função social, e entrega irresponsavelmente ao “mercado” os serviços públicos essenciais (educação e saúde, entre outros), transformando-os em mercadorias às quais o acesso se torna cada vez mais difícil para a maioria dos indivíduos. Estes últimos passam a ser vistos como meros agentes de produção econômica,<sup>33</sup> em meio à triste mercantilização das relações humanas. Atualmente, verifica-se, além disso, ao lado de um recrudescimento da intolerância e da xenofobia, uma lamentável erosão do direito de asilo<sup>34</sup> (*cf. infra*, pars. 36-42). Todos estes perigosos desenvolvimentos apontam para um novo mundo vazio de valores, que se adere, sem maior reflexão, a um modelo insustentável.
18. No seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em meu Voto Concordante no caso dos *Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana* (Medidas Provisórias de Proteção, Resolução de 18.08.2000) sinalizei que, nesse limiar do século XXI, “o ser humano foi por si mesmo situado em escala de prioridade inferior à atribuída aos capitais e bens,—apesar de todas as lutas do passado, e de todos os sacrifícios das gerações anteriores” (par. 4). Com o desenraizamento,—prossigui,—perde seus meios espontâneos de expressão e de comunicação com o mundo exterior, bem como a possibilidade de desenvolver um *projeto de vida*: “é, pois, um problema que concerne a todo o gênero humano, que envolve a totalidade dos direitos humanos e, sobretudo, que tem uma dimensão espiritual que não pode ser esquecida, ainda mais no mundo desumanizado de nossos dias” (par. 6).
19. E, sobre este primeiro aspecto do problema, concluí que “o problema do desenraizamento deve ser considerado

29. Como advertia Simone Weil já a meados do século XX, “estar arraigado é talvez a necessidade mais importante e menos reconhecida da alma humana. É uma das mais difíceis de definir”; S. Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Routledge, 1952 (reprint 1995), p. 41; e *cf.* também as ponderações de H. Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgeois Ed., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 e 125-127.

30. H. Domenach e M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 58-61, 66 e 111, e *cf.* pp. 48 e 82-85.

31. J. Ruiz de Santiago, “Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafios en los Inicios del Nuevo Milenio”, *Memória del III Encuentro de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado*, San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 2001, pp. 37-72.

32. *Cf.*, e.g., M. Lengellé-Tardy, *L’esclavage moderne*, Paris, PUF, 1999, pp. 8-13, 21-32 e 73-98.

33. Já em meados do século XX, distintas correntes do pensamento filosófico de então se rebelavam contra a desumanização das relações sociais e a despersonalização do ser humano, geradas pela sociedade tecnocrática, que trata o indivíduo como simples agente de produção material; *cf.*, *vg.*, *inter alia*, Roger Garaudy, *Perspectivas do Homem*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1968, pp. 141-143 e 163-165.

34. *Cf.*, e.g., F. Crepeau, *Droit d’asile—de l’hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant/Éd. Univ. de Bruxelles, 1995, pp. 17-353; Ph. Ségur, *La crise du droit d’asile*, Paris, PUF, 1998, pp. 5-171; A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, 2a. ed., San José de Costa Rica, ACNUR, 2003, pp. 23-123.

em um marco da ação orientada à erradicação da exclusão social e da pobreza extrema,—se é que se deseja chegar a suas causas e não apenas combater seus sintomas. Impõe-se o desenvolvimento de respostas a novas demandas de proteção, apesar de que não estejam literalmente contempladas nos instrumentos internacionais de proteção do ser humano vigentes” (par. 7). Acrescentei meu entendimento no sentido de que “a questão do desenraizamento deve ser tratada não à luz da soberania estatal, mas, ao contrário, como problema de dimensão verdadeiramente *global* que é (requerendo uma concertação no âmbito universal), tendo presentes as obrigações *erga omnes* de proteção” (par. 10).

20. Apesar de ser o desenraizamento “um problema que afeta a toda a *comunidade internacional*”,—continuei advertindo, -

“continua sendo tratado de forma atomizada pelos Estados, com a visão de um ordenamento jurídico de caráter puramente interestatal, sem parecer se dar conta de que o modelo westphaliano deste ordenamento internacional se encontra, já faz muito tempo, definitivamente esgotado. É precisamente por isso, que os Estados não podem se eximir de responsabilidade em razão do caráter global do desenraizamento, porquanto seguem aplicando ao mesmo seus próprios critérios do ordenamento interno. (...) O Estado deve, pois, responder pelas consequências da aplicação prática das regras e políticas públicas que adota em matéria de migração, e, em particular, dos procedimentos de deportações e expulsões” (pars. 11-12).

### III. A Reação da *Consciência Jurídica Universal (Opinio Juris Communis)*

21. Sobre este último ponto, cabe recordar que, em 1986, a *International Law Association* adotou (em sua 62<sup>a</sup> sessão, em Seul), por consenso, a Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre Expulsão Massiva, na qual, *inter alia*, expressou sua “profunda preocupação” com “a vulnerabilidade e posição precária de muitas minorias”, inclusive os trabalhadores migrantes (preâmbulo). afirmou que o princípio do *non-refoulement*, como “pedra angular da proteção dos refugiados”, aplica-se, apesar de que não tenham sido estes admitidos legalmente no Estado receptor, e independentemente de ter chegado individual ou massivamente (princípio 12). E instou os Estados a pôr fim a toda expulsão de caráter massivo e a estabelecer sistemas de “alerta imediato” (*early warning*—princípio 19).<sup>35</sup> Quatro anos depois, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias (1990) veio proibir medidas de expulsão coletiva, e a determinar que cada caso de expulsão deveria ser “examinado e decidido individualmente”, conforme a lei (artigo 22).
22. Cabe, além disso, destacar que o denominador comum do ciclo das Conferências Mundiais das Nações Unidas do final do Século XX<sup>36</sup> foi precisamente a atenção especial dedicada às *condições de vida* da população (em particular dos grupos vulneráveis, em necessidade especial de proteção, os quais incluem certamente os imigrantes indocumentados), daí resultando o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos, definitivamente, no centro de todo processo de desenvolvimento.<sup>37</sup> No presente Parecer Consultivo N° 18, a Corte Interamericana levou em conta os documentos finais de duas daquelas Conferências (pars. 116 e 164), a saber, o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994), e a Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001).
23. Os documentos finais das recentes Conferências Mundiais das Nações Unidas (realizadas no período de 1992 até 2001) refletem a reação da consciência jurídica universal contra os atentados e afrontas à dignidade da pessoa humana em todo o mundo. Na realidade, o referido ciclo de Conferências Mundiais consolidou o reconhecimento “da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em todas as partes e em qualquer momento”.<sup>38</sup> Tal como me permiti afirmar em meu Voto Concordante na Parecer Consultivo N° 16 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o *Direito à Informação sobre A Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (1999),

35. A referida Declaração chegou a vincular a expulsão massiva em determinadas circunstâncias com o conceito de “crime internacional” (princípio 9).

36. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 1992; II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, Viena, 1993; Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994; Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, Copenhagen, 1995; IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Beijing, 1995; II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat-II, Istanbul, 1996. A estas se seguiram, mais recentemente, a Conferência de Roma sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, 1998; e a Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, Durban, 2001.

37. A.A. Cançado Trindade, “Desarrollo Humano y Derechos Humanos en la Agenda Internacional del Siglo XXI”, in *Memória—Foro Desarrollo Humano y Derechos Humanos* (Agosto de 2000), San José de Costa Rica, PNUD/Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2001, pp. 25-42.

38. A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica do Chile, 2001, p. 413, e cf. p. 88.

“a própria emergência e consolidação do *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos se devem à reação da *consciência jurídica universal* ante os recorrentes abusos cometidos contra os seres humanos, frequentemente convalidados pela lei positiva: com isto, o Direito veio ao encontro do ser humano, destinatário último de suas normas de proteção” (pars. 3-4).

24. Em seguida, no referido Voto Concordante no Parecer Consultivo N° 16, deixei registro do reconhecimento, em nossos dias, da necessidade de restituir ao ser humano a posição central, “como *sujeito do direito tanto interno como internacional*” (par. 12), e acrescentei:

- “Com a desmistificação dos postulados do positivismo voluntarista, tornou-se evidente que apenas se pode encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade do Direito Internacional geral na *consciência jurídica universal*, a partir da afirmação da ideia de uma justiça objetiva. Como uma manifestação desta última, afirmaram-se os direitos do ser humano, emanados diretamente do Direito Internacional, e não submetidos, portanto, às vicissitudes do direito interno” (par. 14).

25. Com efeito, as atrocidades e abusos que vitimaram milhões de seres humanos em toda parte nas últimas décadas, aumentando os contingentes de refugiados, deslocados e migrantes indocumentados em busca da sobrevivência, despertaram definitivamente a *consciência jurídica universal* para a urgente necessidade de reconceitualizar as próprias bases do ordenamento jurídico internacional. Mas urge, em nossos dias, que se estimule este despertar da *consciência jurídica universal* para intensificar o processo de humanização do Direito Internacional contemporâneo.<sup>39</sup> Também no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentença sobre mérito, de 25 de novembro de 2000), permiti-me insistir no ponto; em meu Voto Fundamentado, reafirmei que

“(…) a existência de uma *consciência jurídica universal* (correspondente à *opinio juris communis*) (...) constitui, na minha opinião, a fonte *material* por excelência (além das fontes formais) de todo o direito das gentes, responsável pelos avanços do gênero humano não apenas no plano jurídico, mas também no espiritual” (par. 16, e *cf.* par. 28).

26. A partir daí, urge buscar a reconstrução do direito das gentes, neste início do século XXI, com base em um novo paradigma, já não mais estatocêntrico, mas situando o ser humano em posição central<sup>40</sup> e tendo presentes os problemas que afetam a humanidade como um todo. A existência da pessoa humana, que tem sua raiz no espírito, foi o ponto de partida, *v.g.*, das reflexões de Jacques Maritain, para quem o verdadeiro progresso significava a *ascensão da consciência*, da igualdade e comunhão de todos na natureza humana, realizando assim o bem comum e a justiça.<sup>41</sup> A evolução conceitual aqui examinada gradualmente se movia, a partir dos anos sessenta, da dimensão *internacional* à *universal*, sob a grande influência do desenvolvimento do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos. O reconhecimento de certos *valores* fundamentais, com base em um sentido de justiça objetiva, em muito contribuiu à formação da *opinio juris communis*<sup>42</sup> nas últimas décadas do século XX, que cabe seguir desenvolvendo em nossos dias para fazer frente às novas necessidades de proteção do ser humano.

27. Apesar de o ordenamento jurídico internacional deste início do século XXI se encontrar, pois, muito distante dos ideais dos fundadores do direito das gentes (*supra*), não se deve capitular diante desta realidade, mas, ao contrário, enfrentá-la. Poder-se-ia argumentar que o mundo contemporâneo é inteiramente distinto do da época de F. Vitoria, F. Suárez e H. Grotius, que propugnaram por uma *civitas maxima* regida pelo direito das gentes, o novo *jus gentium* por eles reconstruído. Mas, apesar de que se trate de dois cenários mundiais diferentes (ninguém o negaria), a aspiração humana é a mesma, ou seja, a da construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais) quanto aos seres humanos (o direito *das gentes*), de acordo com certos padrões universais de justiça, sem cuja observância não pode haver paz social. Há, pois, que se empenhar em um verdadeiro *retorno às origens* do direito das gentes, através do qual se impulsionará o atual processo histórico de *humanização* do Direito Internacional.

28. Se é verdade que o drama dos muitos refugiados, deslocados e imigrantes indocumentados representa hoje um

39. Tal como enfatizei em meu já citado Voto Concordante no caso dos *Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana* (Medidas Provisórias de Proteção, 2000) perante a Corte Interamericana (par. 12).

40. Trata-se de uma verdadeira reconstrução; há mais de meio século, Maurice Bourquin advertia que “ni au point de vue de son objet, nem même au point de vue de sa structure, le droit des gens ne peut se définir comme un droit inter-étatique. (...) L'être humain (...) y occupe une place de plus en plus considérable”; M. Bourquin, “L'humanisation du droit des gens”, in *technique et les principes du Droit public—Études en l'honneur de Georges Scelle*, tomo I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 53-54.

41. J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpressão), pp. 12, 18, 38, 43 e 94-96, e *cf.* p. 69. Impunha-se a liberação das servidões materiais, para o desenvolvimento, sobretudo da vida do espírito; em sua visão, a humanidade apenas progride quando marcha no sentido da emancipação humana (*ibid.*, pp. 50 e 105-108). Ao afirmar que “a pessoa humana transcende o Estado”, porquanto tem “um destino superior ao tempo”, acrescentou que “cada pessoa humana tem o direito de decidir por si mesma no que concerne a seu destino pessoal (...)” (*ibid.*, pp. 79-82, e *cf.* p. 104).

42. Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, e *cf.* pp. 246 e 253-255.

enorme desafio ao trabalho de proteção internacional dos direitos da pessoa humana, também é certo que as reações às violações de seus direitos fundamentais são hoje imediatas e contundentes, em razão precisamente do despertar da consciência jurídica universal para a necessidade de prevalência da dignidade da pessoa humana em quaisquer circunstâncias. A emergência e consagração do *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo (cf. *infra*) constituem, na minha opinião, uma manifestação inequívoca deste despertar da consciência jurídica universal.

29. No curso do procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos relativo ao presente Parecer Consultivo, o Estado solicitante, o México, destacou com pertinência a importância da chamada *cláusula Martens* como elemento de interpretação do direito (principalmente humanitário), que poderia inclusive amparar os migrantes. A esse respeito, acredito ser possível ir ainda além: ao menos uma corrente da doutrina jurídica contemporânea chegou a caracterizar a cláusula Martens como *fonte* do próprio Direito Internacional geral;<sup>43</sup> e hoje ninguém ousaria negar que as “leis de humanidade” e as “exigências da consciência pública” invocadas pela cláusula Martens pertencem ao domínio do *jus cogens*.<sup>44</sup> A referida cláusula, como um todo, foi concebida e reiteradamente afirmada, em última instância, em benefício de todo o gênero humano, mantendo assim sua grande atualidade. Pode-se considerá-la, —como afirmei em obra recente,—como expressão da *razão de humanidade* impondo limites à *razão de Estado* (*raison d’État*).<sup>45</sup>
30. Uma das contribuições significativas do presente Parecer Consultivo N° 18 sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados* reside em sua determinação do amplo alcance do devido processo legal (par. 124). Em seu anterior Parecer Consultivo N° 16, sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, a Corte Interamericana destacou a evolução histórica do devido processo legal no sentido de sua expansão *ratione materiae* (pars. 117 e 119), enquanto, no presente Parecer Consultivo N° 18, examina esta expansão *ratione personae*, e determina que “o direito ao devido processo deve ser reconhecido no âmbito das garantias mínimas que se deve oferecer a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório” (par. 122). A acertada conclusão da Corte, no sentido de que “o amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma” (ponto resolutivo n° 7), atende efetivamente às exigências e aos imperativos do bem comum.

### III. A Construção do Direito Individual Subjetivo do Asilo

31. A própria noção do bem comum deve ser considerada não em relação a um meio social *in abstracto*, mas com a totalidade dos seres humanos que o compõem, independentemente do *status* político ou migratório de cada um. Os direitos humanos transcendem em muito os chamados “direitos da cidadania”, “concedidos” pelo Estado. O bem comum, como afirmava com acerto Jacques Maritain, erige-se na própria *pessoa humana* (mais que em indivíduos ou cidadãos), e o conceito de personalidade inclui a dimensão mais profunda do ser ou do espírito.<sup>46</sup> O bem comum é “comum” porque se projeta e se reflete nas *pessoas humanas*.<sup>47</sup> Se fosse requerido de determinados indivíduos que capitulassem diante do todo social, que se despojassem dos direitos que lhe são inerentes (em razão, *v.g.*, de seu *status* político ou migratório), que confiassem seu destino inteiramente ao todo social artificial, em tais circunstâncias a noção mesma de bem comum desapareceria por completo.<sup>48</sup>
32. Apesar de se encontrar atualmente reconhecido o direito a *emigrar*, como corolário do direito à liberdade de movimento, os Estados ainda não reconheceram o direito correlato de *imigrar*, criando assim uma situação que gerou incongruências e arbitrariedades, muitas vezes afetando negativamente o devido processo legal.<sup>49</sup> Ao perpetuar, desse modo, as incertezas e inconsistências, os Estados responsáveis por essa situação deixaram de atuar à altura de suas responsabilidades como sujeitos do Direito Internacional, o *direito das gentes*. E têm criado mais problemas tanto para vários indivíduos diretamente impactados como, em última instância, para si mesmos, ao contribuir indiretamente para a formação dos fluxos de imigrantes “ilegais”.

43. F. Münch, “Le rôle du droit spontané”, in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional—Livro-Homenaje al Profesor Dr. A. Truyol Serra*, tomo II, Madrid, Universidade Complutense, 1986, p. 836.

44. S. Miyazaki, “The Martens Clause and International Humanitarian Law”, *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de J. Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Genève/A Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 438 e 440.

45. A.A. Caçado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. n. (21) *supra*, tomo III, p. 509, e cf. pp. 497-509.

46. J. Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002 [reprint], pp. 29-30, 40 e 105.

47. *Ibid.*, pp. 49, 76 e 103-104. Qualquer entendimento em contrário muito provavelmente levaria a abusos (próprios do autoritarismo e dos regimes repressivos) e violações dos direitos humanos; *ibid.*, p. 50, e cf. pp. 95-97.

48. Cf. *ibid.*, pp. 92-93.

49. A.A. Caçado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, op. cit. n. (105) *infra*, pp. 15-16 e 18.

33. Além disso, também há Estados que buscaram soluções para o problema. O fato de que 12 Estados acreditados participaram do procedimento consultivo perante a Corte Interamericana que precedeu a adoção do presente Parecer Consultivo sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados* é sintomático do propósito comum da busca destas soluções. Da análise dos argumentos apresentados no transcurso do mencionado procedimento, por México, Honduras, Nicarágua, El Salvador, Costa Rica e Canadá, observa-se, de modo alentador, como denominador comum, o reconhecimento de que os Estados têm a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos de todas as pessoas sob suas respectivas jurisdições, à luz do princípio da igualdade e não discriminação, independentemente de que tais pessoas sejam nacionais ou estrangeiras.
34. Além disso, no mesmo procedimento perante a Corte Interamericana relacionado a este Parecer Consultivo, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), ao enfatizar a situação de vulnerabilidade dos migrantes, referiu-se ao nexos existente entre migração e asilo, e acrescentou com lucidez que a natureza e complexidade dos deslocamentos contemporâneos dificultam estabelecer uma clara linha de distinção entre refugiados e migrantes. Esta situação, envolvendo milhões de seres humanos,<sup>50</sup> revela uma nova dimensão da proteção do ser humano em determinadas circunstâncias, e destaca a importância capital do princípio fundamental da igualdade e não discriminação, ao qual farei referência mais adiante (*cf. pars. 58-63, infra*).
35. Trata-se, na realidade, de um grande desafio à proteção dos direitos da pessoa humana em nossos dias, neste início do século XXI. A esse respeito, não deve passar despercebido que, como já afirmado, o *jus communicationis* e a liberdade de movimento, propugnados desde os séculos XVI e XVII, perduraram por muito tempo, e apenas em época histórica bem mais recente passaram a se manifestar restrições a eles (*cf. par. 9, supra*). Com efeito, apenas na segunda metade do século XIX, quando a *imigração* penetrou definitivamente na esfera do direito *interno*, passou a sofrer restrições sucessivas e sistemáticas.<sup>51</sup> Daí a importância crescente da prevalência de determinados direitos, como o direito de acesso à justiça (o direito à justiça *lato sensu*), o direito à vida privada e familiar (compreendendo a unidade familiar), o direito a não ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; este é um tema que ultrapassa a dimensão puramente estatal ou interestatal,<sup>52</sup> e que deve ser abordado à luz dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados.
36. Tampouco deve passar despercebida, no presente contexto, a doutrina mais lúcida que levou, no passado, à configuração do estatuto do asilo territorial. Com efeito, a *historia juris* da instituição do asilo foi marcada pela tensão entre sua caracterização como uma faculdade discricionária do Estado, ou então como um direito individual subjetivo. Não é meu propósito entrar a examinar a fundo esta instituição no presente Voto Concordante, mas, ao contrário, referir-me a um aspecto pertinente à matéria objeto do presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana. Nos últimos anos, com as crescentes restrições no uso pelos Estados da auto atribuída faculdade de controle migratório, é a primeira corrente que parece *de facto* se impor,<sup>53</sup> em detrimento da tese do direito individual subjetivo.
37. Recordando a malograda Conferência das Nações Unidas sobre Asilo Territorial, realizada em Genebra, em 1977, esta não conseguiu obter um consenso universal quanto ao asilo como direito individual e, desde então, o unilateralismo estatal se tornou sinônimo da precariedade do asilo.<sup>54</sup> As medidas “protecionistas” dos Estados industrializados (em relação a fluxos migratórios “indesejáveis”) se afastaram da melhor doutrina jurídica e geraram distorções na prática relativa à instituição do asilo.<sup>55</sup>
38. Entretanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos reagiu para responder às novas necessidades de proteção. E é perfeitamente possível que estejamos testemunhando os primórdios de formação de um verdadeiro *direito humano à assistência humanitária*.<sup>56</sup> Estamos diante de dois enfoques distintos do ordenamento jurídico internacional, um centrado no Estado, o outro (que firmemente sustento) centrado na pessoa humana. Estaria

50. *Cf. notas (3) e (27), supra*.

51. F. Rigaux, “L’immigration: droit international et droits fondamentaux”, in *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire—Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 693-696.

52. *Ibid.*, pp. 707-708, 710-713, 717-720 e 722.

53. Nesta, como em outras áreas do ordenamento jurídico internacional, tem persistido uma tensão latente e recorrente entre a vigência das obrigações convencionais contraídas pelos Estados e a insistência destes em seguir buscando por si mesmos a satisfação de seus próprios interesses, tais como por eles percebidos. *Cf., vg., J.-G. Kim e J.M. Howell, Conflict of International Obligations and State Interests*, The Hague, Nijhoff, 1972, pp. 68 e 112.

54. Ph. Ségur, *La crise du droit d’asile*, *op. cit. supra* n° (34), pp. 107 e 140.—Sobre a malograda Conferência sobre Asilo Territorial de 1977, *cf. O relato “Diplomatic Conference on Territorial Asylum”, 18 Review of the International Commission of Jurists (June 1977) pp. 19-24; e cf. P. Weis, “The Present State of International Law on Territorial Asylum”, 31 Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht/Annuaire suisse de Droit international (1975) pp. 71-96.*

55. F. Crepeau, *Droit d’asile—de l’hospitalité aux contrôles migratoires*, *op. cit. n° (34) supra*, pp. 306-317, 324-330 e 335-339.

56. *Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso das Comunidades de Jiguamiandó e de Curbaradó, Medidas Provisórias de Proteção de 06.03.2003, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 6.*

em conformidade com este último a caracterização do direito de asilo como um direito individual subjetivo. O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos contém, com efeito, elementos que podem implicar a construção (ou talvez reconstrução) de um verdadeiro direito individual ao asilo.<sup>57</sup>

39. Há de se ter presente que a instituição do asilo é muito mais ampla que o sentido atribuído ao asilo no âmbito do Direito dos Refugiados (*i.e.*, equiparado ao refúgio). Além disso, a instituição do asilo (gênero ao qual pertence a espécie do asilo territorial, em particular) antecede historicamente em muito tempo o próprio *corpus juris* do Direito dos Refugiados. O *aggiornamento* e uma compreensão mais integral do asilo territorial,—que poderiam se realizar a partir do artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,—poderiam vir em auxílio dos trabalhadores imigrantes indocumentados, pondo fim à sua clandestinidade e vulnerabilidade. Para isto, deveria vir (ou voltar) a ser reconhecido precisamente como um direito individual subjetivo,<sup>58</sup> e não como uma faculdade discricionária do Estado.
40. De igual modo, quanto aos refugiados, se “reconhece”, e não se “concede”, seu estatuto; não se trata de uma simples “concessão” dos Estados. No entanto, a terminologia hoje em dia comumente empregada é um reflexo dos retrocessos que lamentavelmente testemunhamos. Por exemplo, há termos, como “proteção temporária”, que parecem implicar uma relativização da proteção integral concedida no passado. Outros termos (*v.g.*, “refugiados em órbita”, “deslocados em trânsito”, “*safe havens*”, “convenção plus”) parecem se revestir de certo grau de surrealismo, mostrando-se francamente abertos a todo tipo de interpretação (inclusive a retrógrada), em lugar de se ater ao essencialmente jurídico e às conquistas do direito no passado. É talvez sintomático de nossos dias que se tenha que invocar as conquistas do passado para frear retrocessos ainda maiores no presente e no futuro. Neste momento—de sombras, mais que de luz—que vivemos, há ao menos que preservar os avanços conseguidos por gerações passadas para evitar um mal maior.
41. Não se deve esquecer, pois, que houve manifestações doutrinárias que sustentam o processo de gradual formação do direito individual de asilo, ao mesmo tempo em que afirmam o caráter de *jus cogens* do princípio do *non-refoulement*.<sup>59</sup> Esta postura se mostra conforme o pensamento dos fundadores do Direito Internacional: enquanto Francisco de Vitoria argumentava o *jus communicationis*, Francisco Suárez, na mesma linha de pensamento, visualizava um “direito natural subjetivo”, próprio do *jus gentium*, em um sentido comparável ao utilizado em nossos dias<sup>60</sup> no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
42. Naturalmente, não faltarão os “realistas” que objetarão que o direito individual subjetivo do asilo é uma utopia. A eles eu replicaria que a alternativa à utopia é o desespero. Há mais de três décadas (e a situação dos milhões de desenraizados apenas se agravou desde então) L. Legaz e Lacambra advertiam que

“A existência de ‘povos proletários’ significa um contrassenso se se afirma a ideia de uma comunidade internacional; e, principalmente, constitui uma injustiça quando já há povos que alcançaram uma etapa de máximo desenvolvimento e nível econômico, social e cultural, que contrasta duramente com a situação de miséria de tantos outros. [...Há uma] obrigação da comunidade internacional para com seus membros mais indigentes e necessitados que, nessa dimensão, encarnam também a ideia da humanidade como sujeito de Direito.

É evidente, pois, na evolução do Direito um sentido humano—humanista e humanitário (...): deixa de ser uma ordem coativa do Estado e se incorpora mais e mais a algumas formas de vida social abertas à crescente comunicação entre todos os homens (...). Tudo isso, e apenas isso, é o que dá sentido à personalização e subjetivação jurídica da humanidade”.<sup>61</sup>

43. Em sua biografia de Erasmo de Rotterdam (1467-1536), Stefan Zweig, um dos mais lúcidos escritores do século XX, destacou, no precioso legado do grande humanista, a tolerância para pôr fim, sem violência, aos conflitos que dividem os seres humanos e os povos. Erasmo, pacifista e defensor da liberdade de consciência, identificava na

57. *Cf.*, *vg.*, Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 14(1); Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 22(7); Convenção da OUA (de 1969) Regendo Aspectos Específicos dos Problemas de Refugiados na África, artigo II(1) e (2).

58. No mesmo ano da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na medida em que se discutia no seio do *Institut de Droit International* se o asilo era um direito do Estado ou do indivíduo (*cf. Annuaire de l’Institut de Droit International* (1948) pp. 199-201 e 204-205), diante das incertezas manifestadas, G. Scelle comentou que “o asilo se tornou uma questão de *ordre public* universal” (*ibid.*, p. 202). Dois anos depois, o tema voltou a ser discutido no mesmo *Institut* (nos debates de 07-08.09.1950): com base no impacto dos direitos humanos no Direito Internacional (*cf. Annuaire de l’Institut de Droit International* (1950)-II, p. 228), apresentou-se a possibilidade do estabelecimento *de lege ferenda* de uma obrigação dos Estados de conceder asilo. Apesar de certa oposição à ideia, afortunadamente não faltaram aqueles juristas que respaldaram o estabelecimento desta obrigação estatal, ou ao menos a levaram a sério; *cf. ibid.*, pp. 204 e 221 (F. Castberg), p. 200 (H. Lauterpacht), pp. 204-205 (P. Guggenheim), e p. 225 (A. de La Pradelle).

59. G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, *op. cit. supra* n°(24), pp. 143-144, 146, 149 e 172-173.

60. *Ibid.*, p. 23.

61. L. Legaz e Lacambra, “*La Humanidad, Sujeto de Derecho*”, in *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado—Homenaje al Profesor L. Sela Sampil*, tomo II, Oviedo, Universidade de Oviedo, 1970, pp. 558-559.

intolerância o mal hereditário da sociedade humana, que havia de ser erradicada. Apesar de que o ideal de Erasmo não tenha realizado até hoje, não por isso estava desprovido de valor. Nas palavras penetrantes de S. Zweig,

“Uma ideia que não chega a se ver corporificada é, por isso, invencível, já que não se pode provar sua falsidade. O necessário, apesar de que se atrase sua realização, não por isso é menos necessário; muito ao contrário, apenas os ideais que não se gastaram e comprometeram pela realização continuam atuando em cada geração como elemento de impulso moral. Apenas as ideias que não foram cumpridas retornam eternamente. (...) O que Erasmo, este idoso desenganado, e, entretanto, não excessivamente desenganado, nos deixou como herança (...) não era outra coisa, senão o renovado e sonhado antiquíssimo desejo de todas as religiões e mitos de uma futura e contínua humanização da humanidade e de um triunfo da razão (...). E apesar de que os cautos e frios calculadores possam voltar a demonstrar sempre a falta de porvir do erasmismo, e apesar de que a realidade pareça lhes dar cada vez a razão, sempre serão necessários aqueles espíritos que afirmam o que conecta os povos entre si, além do que os separa e que renovam fielmente, no coração da humanidade, a ideia de uma idade futura de mais elevado sentimento humano”.<sup>62</sup>

#### IV. A Posição e o Papel dos Princípios Gerais do Direito

44. Todo sistema jurídico tem princípios fundamentais, que inspiram, informam e formam suas regras. São os princípios (derivados etimologicamente do latim *principium*) que, evocando as causas primeiras, fontes ou origens das normas e regras, conferem coesão, coerência e legitimidade às regras jurídicas e ao sistema jurídico como um todo. São os princípios gerais do direito (*prima principia*) que conferem ao ordenamento jurídico (tanto nacional como internacional) sua incontestável dimensão axiológica; são eles que revelam os valores que inspiram todo o ordenamento jurídico e que, em última instância, proveem seus próprios fundamentos. É assim que concebo a presença e o posicionamento dos princípios em qualquer ordenamento jurídico, e seu papel no universo conceitual do direito.
45. Os princípios gerais do direito ingressaram na cultura jurídica, com raízes históricas que remontam, *v.g.*, ao direito romano, e passaram a se vincular com a própria concepção do Estado democrático de Direito, sobretudo a partir da influência do pensamento iluminista. Apesar da aparente indiferença com que foram tratados pelo positivismo jurídico (sempre buscando demonstrar um “reconhecimento” destes princípios na ordem jurídica positiva), e apesar da menor atenção a eles dispensada pela doutrina jurídica apressada e reducionista de nossos dias, entretanto nunca poderemos deles prescindir.
46. Dos *prima principia* emanam as normas e regras, que neles encontram seu sentido. Os princípios se encontram assim presentes nas origens do próprio Direito. Os princípios nos mostram os fins legítimos a buscar: o bem comum (de todos os seres humanos, e não de uma coletividade abstrata), a realização da justiça (nos planos tanto nacional como internacional), a necessária primazia do direito sobre a força, a preservação da paz. Ao contrário dos que tentam—a meu ver em vão—minimizá-los, entendo que, se não há princípios, tampouco há, verdadeiramente, um sistema jurídico. Sem os princípios, a “ordem jurídica” simplesmente não se realiza, e deixa de existir como tal.
47. A identificação dos princípios básicos acompanhou *pari passu* a emergência e consolidação de todos os domínios do Direito, e todos seus ramos (direito civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo, constitucional, e assim por diante). É assim com o Direito Internacional Público,<sup>63</sup> com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o Direito Internacional Humanitário,<sup>64</sup> com o Direito Internacional dos Refugiados,<sup>65</sup> com o Direito Penal Internacional.<sup>66</sup> Por mais circunscrito ou especializado que seja um regime jurídico, aí se encontram seus princípios básicos, como, *v.g.*, no Direito Ambiental Internacional,<sup>67</sup> no Direito do Mar,<sup>68</sup> no

62. S. Zweig, *Triunfo y Tragedia de Erasmo de Rotterdam*, 5a. ed., Barcelona, Ed. Juventud, 1986, pp. 205-207; S. Zweig, *Érasme—Grandeur et décadence d'une idée*, Paris, Grasset, 2002 (reed.), pp. 183-185.

63. *E.g.*, princípio da proibição do uso ou ameaça da força, princípio da solução pacífica das controvérsias internacionais, princípio da não intervenção nas relações interestatais, princípio da igualdade jurídica dos Estados, princípio da igualdade de direitos e a autodeterminação dos povos, princípio da boa fé no cumprimento das obrigações internacionais, princípio da cooperação internacional. *Cf.* A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 91-140.

64. Princípio da humanidade, princípio da proporcionalidade, princípio de distinção (entre combatentes e população civil), princípio segundo o qual a escolha de métodos ou meios de combate não é ilimitada, princípio que exige evitar sofrimentos desnecessários ou danos supérfluos.

65. Princípio do *non-refoulement*, princípio da humanidade.

66. Princípio da legalidade (*nullum crime sine lege, nulla poena sine lege*), princípio da responsabilidade penal individual, princípio da presunção da inocência, princípio da não retroatividade, princípio do julgamento justo.

67. *V.g.*, princípio da precaução ou da devida diligência, princípio da prevenção, princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada, princípio da equidade intergeracional, princípio do poluidor pagador.

68. *V.g.*, princípio do patrimônio comum da humanidade (méritos oceânicos), princípio dos usos pacíficos do mar, princípio da igualdade de direitos (no alto mar), princípio da solução pacífica de controvérsias, princípios da liberdade de navegação e da passagem inofensiva, princípios da

Direito do Espaço Exterior,<sup>69</sup> entre outros tantos. Como afirmado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante o procedimento relacionado ao presente Parecer Consultivo sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, a própria Organização Internacional do Trabalho (OIT) buscou identificar os “princípios e direitos fundamentais no trabalho”, através da Declaração adotada em junho de 1998.

48. Alguns dos princípios básicos são próprios de determinadas áreas do Direito, outros permeiam todas as áreas. A normativa jurídica (nacional ou internacional) opera movida pelos princípios, alguns deles regendo as próprias relações entre os seres humanos e o poder público (como os princípios da justiça natural, do Estado do Direito, dos direitos da defesa, do direito ao juiz natural, da independência da justiça, da igualdade de todos perante a lei, da separação dos poderes, entre outros). Os princípios iluminam o caminho da legalidade e da legitimidade. Daí o contínuo e eterno “renascimento” do direito natural, o qual jamais desapareceu.
49. Não mais se trata de um retorno ao direito natural clássico, mas, ao contrário, da afirmação ou restauração de um padrão de justiça, anunciado pelos princípios gerais do direito, através do qual se avalia o direito positivo.<sup>70</sup> Ao sustentar que a *opinio juris* está acima da vontade estatal, F. Castberg ponderou com acerto que

“the experiences of our own age, with its repellent cruelties and injustice under cover of positive law, have in fact confirmed the conviction that something—even though it is only certain fundamental norms—must be objectively valid. This may consist of principles which appear to be valid for every human community at any time (...). The law can and should itself move forward in the direction of greater expedience and justice, and to a higher level of humanity”.<sup>71</sup>

Esse “eterno retorno” do jusnaturalismo foi, assim, reconhecido pelos próprios jus internacionalistas,<sup>72</sup> contribuindo em muito à afirmação e consolidação da primazia, na ordem dos valores, das obrigações em matéria de direitos humanos, *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo.<sup>73</sup> O que é verdade é que não há Direito sem princípios, os quais informam e formam as normas e regras jurídicas.

50. Na medida em que se forma um novo *corpus juris*, é preciso atender a urgente necessidade de identificação de seus princípios. Uma vez identificados, estes princípios devem ser observados, pois de outro modo a aplicação das regras seria substituída por uma simples retórica de “justificação” da “realidade” dos fatos; se há verdadeiramente um sistema jurídico, deve este operar com base em seus princípios fundamentais, pois de outro modo estaríamos diante do vazio legal, perante a simples ausência de um sistema jurídico.<sup>74</sup>
51. Os princípios gerais do direito contribuíram à formação de normativas de proteção do ser humano. O recurso a estes princípios foi dado, no plano normativo, como resposta a novas necessidades de proteção do ser humano. Ninguém ousaria negar sua relevância, *v.g.*, na formação histórica do Direito Internacional dos Refugiados, ou, mais recentemente, na emergência, nos últimos anos, da normativa internacional relacionada aos deslocados (internos).<sup>75</sup> Ninguém ousaria negar sua incidência—para citar outro exemplo—no regime jurídico aplicável aos estrangeiros. A esse respeito, sugeriu-se que certos princípios gerais do direito se aplicam específica ou predominantemente aos estrangeiros, *v.g.*, o princípio da unidade da família, e o princípio da proibição da extradição sempre que esta apresente riscos de violações dos direitos humanos.<sup>76</sup>

---

equidistância e de circunstâncias especiais (delimitação de espaços marítimos).

69. *Vg.*, princípio da não apropriação, princípio dos usos e fins pacíficos, princípio da repartição dos benefícios da exploração espacial.

70. C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 e 207; e *cf.*, em geral, *vg.*, e.R. Simon, *The Tradition of Natural Law—A Philosopher’s Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189; A.P. d’Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ. Library, 1972 [reprint], pp. 13-203.

71. F. Castberg, “*Natural Law and Human Rights*”, 1 *Revue des droits de l’homme / Human Rights Journal* (1968) p. 37, e *cf.* pp. 21-22. [Tradução: “as experiências de nossa época, com suas crueldades e injustiça repelentes encobertas pelo direito positivo, têm realmente confirmado a convicção de que algo—apesar de que sejam apenas determinadas normas fundamentais—deve ser objetivamente válido. Isto pode consistir em princípios que parecem ser válidos para toda comunidade humana em qualquer momento (...). O direito pode e deveria se mover adiante para maior agilidade e justiça, e para um nível de humanidade mais alto “].

72. *Cf.*, e.g. L. Le Fur, “La théorie du droit naturel du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne”, 18 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 297-399; A. Truyol e Serra, “Théorie du Droit international public—Cours général”, 183 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143; A. Truyol e Serra, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4a. ed. rev., Madrid, Tecnos, 1977, pp. 69 e 105; J. Puente Egido, “Natural Law”, in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 344-349.

73. J.A. Carrillo Salcedo, “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, 22 *Isegoría—Revista de Filosofía Moral y Política—Madrid* (2000) p. 75.

74. G. Abi-Saab, “Cours général de Droit international public”, 207 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 378: “soit il existe un système normatif, et dans ce cas il doit être apte à remplir sa tâche, soit il n’y a pas de système de tout”.

75. *Cf.* W. Kälin, *Guiding Principles on Internal Displacement—Annotations*, Washington D.C., ASIL/Brookings Institution, 2000, pp. 6-74; e *cf.* F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed—A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 1-148.

76. C. Pierucci, “Les principes généraux du droit spécifiquement applicables aux étrangers”, 10 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (1999) n° 37, pp. 8, 12, 15, 17, 21, 24 e 29-30 entre estes princípios, aplicáveis aos estrangeiros, há os consagrados inicialmente no plano internacional (*vg.*, no contexto do direito da extradição, e do direito de asilo ou refúgio) que se têm projetado no plano do direito interno; *cf. ibid.*, pp. 7-32, esp. pp. 8, 15-21 e 30-32.

## V. Os Princípios Fundamentais como *Substratum* do Próprio Ordenamento Jurídico

52. Os princípios gerais do direito têm, assim, inspirado não apenas a interpretação e a aplicação das regras jurídicas, mas também o próprio processo legiferante de sua elaboração. Refletem eles a *opinio juris*, a qual, por sua vez, encontra-se na base da formação do Direito,<sup>77</sup> e é decisiva para a configuração do *jus cogens*<sup>78</sup> (cf. *infra*). Estes princípios marcam presença nos planos tanto nacional como internacional. Se, no marco deste último, insistiu-se, no capítulo das “fontes” (formais) do Direito Internacional nos princípios gerais “reconhecidos” *in foro domestico*, isto se deveu a um afã de proceder com segurança jurídica,<sup>79</sup> pois estes princípios se encontram presentes em todo e qualquer sistema jurídico (cf. *supra*), no âmbito nacional ou internacional. Em suma, em todo sistema jurídico (de direito interno ou internacional) os princípios gerais marcam presença, assegurando sua coerência e revelando sua dimensão axiológica. Quando um se afasta dos princípios, incorre-se em distorções, e violações graves da ordem jurídica inclusive positiva.
53. Há princípios gerais do direito que parecem verdadeiramente *fundamentais*, a ponto de se identificarem com os próprios fundamentos do sistema jurídico.<sup>80</sup> Estes princípios fundamentais revelam os valores e fins últimos do ordenamento jurídico internacional, guiam-no e o protegem das incongruências da prática dos Estados, e atendem às necessidades da comunidade internacional.<sup>81</sup> Estes princípios, como expressão da “ideia de justiça”, têm um alcance universal; não emanam da “vontade” dos Estados, mas são dotados de um caráter objetivo que os impõem à observância de todos os Estados.<sup>82</sup> Desse modo,—como afirma lucidamente A. Favre,—eles asseguram a unidade do Direito, a partir da ideia da justiça, em benefício de toda a humanidade.<sup>83</sup>
54. É evidente que estes princípios de direito não dependem da “vontade”, nem do “acordo”, nem do consentimento, dos sujeitos de direito; sendo os direitos fundamentais da pessoa humana o “fundamento necessário de toda ordem jurídica”, que não conhece fronteiras, o ser humano é titular de direitos inalienáveis, que independem de seu estatuto de cidadania ou de qualquer outra circunstância.<sup>84</sup> No domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, um exemplo de princípios gerais de direito reside no *princípio da dignidade do ser humano*; outro reside no de *inalienabilidade dos direitos inerentes ao ser humano*. No presente Parecer Consultivo sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, a Corte Interamericana se referiu expressamente a ambos os princípios (par. 157).
55. Além disso, em sua *jurisprudence constante*, a Corte Interamericana, ao interpretar e aplicar a Convenção Americana, tem, assim mesmo, recorrido sempre aos princípios gerais do direito.<sup>85</sup> Entre esses princípios, os que se revestem de caráter verdadeiramente fundamental, aos quais aqui me refiro, em realidade formam o *substratum* do próprio ordenamento jurídico, revelando o *direito ao Direito* de que são titulares todos os seres humanos,<sup>86</sup> independentemente de seu estatuto de cidadania ou qualquer outra circunstância. E não poderia ser de outro modo, porquanto os direitos humanos são universais e inerentes a todos os seres humanos, ao passo que os direitos de cidadania variam de país a país e se estendem apenas aos que o direito positivo estatal considera cidadãos, não amparando, pois, os imigrantes indocumentados. Como

77. Sobre o amplo alcance da *opinio juris* na formação do Direito Internacional contemporâneo, cf. A.A. Cançado Trindade, “A Formação do Direito Internacional Contemporâneo: Reavaliação Crítica da Teoria Clássica de Suas Fontes”, 29 *Curso de Direito Internacional Organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano* (2002) pp. 54-57, e cf. pp. 51-65.

78. B. Simma, “*International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis*”, 4 *Collected Courses of the Academy of European Law—Florence* (1993)-II, pp. 226-229.

79. *Ibid.*, p. 224.

80. G. Cohen-Jonathan, “*Le rôle des principes généraux dans l’interprétation et l’application de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*”, in *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 192-193; F. Sudre, “*Existe-t-il un ordre public européen?*”, in *Quelle Europe pour les droits de l’homme?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 57-59.

81. M. Koskenniemi, “*General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law*”, in *Sources of International Law* (ed. M. Koskenniemi), Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2000, pp. 360-365, 377, 381, 387, 390 e 395-398.

82. A. Favre, “*Les principes généraux du droit, fonds commun du Droit des gens*”, in *Recueil d’études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 374-374, e cf. p. 369.

83. *Ibid.*, pp. 375-376, e cf. p. 379.

84. *Ibid.*, pp. 376-380, 383, 386 e 389-390.

85. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), caso dos *Cinco Aposentados versus Peru* (Sentença de 28.02.2003), par. 156; CtIADH, caso *Cantos versus Argentina* (Exceções Preliminares, Sentença de 7.09.2001), par. 37; CtIADH, caso *Baena Ricardo e Outros versus Panamá* (Sentença de 2.02.2001), par. 98; CtIADH, caso *Neira Alegria versus Peru* (Exceções Preliminares, Sentença de 11.12.1991), par. 29; CtIADH, caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras* (Sentença de 29.07.1988), par. 184; e cf. também CtIADH, Parecer Consultivo N° 17, sobre *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças* (de 28.08.2002), pars. 66 e 87; CtIADH, Parecer Consultivo N° 16, sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (de 01.10.1999), pars. 58, 113 e 128; CtIADH, Parecer Consultivo N° 14, sobre *Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis Violatórias da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (de 9.12.1994), par. 35.

86. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, op. cit. *supra* n° (21), tomo III, pp. 524-525.

proclamou com veemência, em um raro momento de iluminismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 1),

“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.”

56. A proteção e prevalência do princípio do respeito da dignidade da pessoa humana se identificam com o próprio fim do Direito, da ordem jurídica tanto nacional como internacional. Em virtude deste princípio fundamental, toda pessoa deve ser respeitada pelo simples fato de pertencer ao gênero humano, independentemente de sua condição, seu estatuto de cidadania, ou qualquer outra circunstância.<sup>87</sup> O princípio da inalienabilidade dos direitos inerentes ao ser humano, por sua vez, identifica-se com uma premissa básica da construção de todo o *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
57. Não pode haver dúvidas quanto ao alcance dos referidos princípios fundamentais, e, se por ventura existirem dúvidas, é função do jurista esclarecê-las e não perpetuá-las, para que o Direito realize sua função primordial de administrar justiça.<sup>88</sup> É aqui que o inevitável recurso aos princípios gerais do Direito pode ajudar a dissipar qualquer dúvida que se possa apresentar quanto ao alcance dos direitos individuais. É verdade que as regras são as juridicamente obrigatórias, mas quando elas se afastam dos princípios, sua aplicação implica lesões dos direitos individuais e graves injustiças (*v.g.*, a discriminação *de jure*).
58. Na realidade, quando reconhecemos princípios fundamentais que formam o *substratum* do próprio ordenamento jurídico, já nos adentramos no domínio do *jus cogens*, do direito imperativo (*cf. infra*). Com efeito, é perfeitamente possível visualizar o direito imperativo (o *jus cogens*) como identificado com os princípios gerais do direito da ordem material, que são garantes do próprio ordenamento jurídico, de sua unidade, integridade e coesão.<sup>89</sup> Tais princípios são indispensáveis (o *jus necessarium*), são anteriores e superiores à vontade; ao expressar uma “ideia de justiça objetiva” (o direito natural), são consubstanciais à própria ordem jurídica internacional.<sup>90</sup>

## VI. O Princípio da Igualdade e Não Discriminação no Direito Internacional dos Direitos Humanos

59. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, outro princípio fundamental, apesar de que não suficientemente desenvolvido pela doutrina até hoje, mas que permeia todo seu *corpus juris*, é precisamente o princípio da igualdade e não discriminação. Este princípio, consagrado, como recorda a Corte Interamericana no presente Parecer Consultivo (par. 86), em vários instrumentos internacionais de direitos humanos, assume especial importância em relação à proteção dos direitos dos migrantes em geral, e dos trabalhadores imigrantes indocumentados em particular. Ao lado do elemento constitutivo da igualdade,—essencial ao próprio Estado de Direito,<sup>91</sup>—o outro elemento constitutivo, o da não discriminação, consignado em tantos instrumentos internacionais,<sup>92</sup> assume importância capital no exercício dos direitos protegidos. A discriminação é definida, nas Convenções setoriais destinadas à sua eliminação, essencialmente como qualquer distinção, exclusão, restrição ou limitação, ou privilégio, em detrimento dos direitos humanos nelas consagrados.<sup>93</sup> A proibição da discriminação inclui tanto a totalidade destes direitos, no plano substantivo, como as condições de seu exercício, no plano processual.
60. Sobre este ponto, a doutrina contemporânea é pacífica, ao considerar o princípio da igualdade e não discriminação

87. B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et a Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, CERIC/Univ. d'Aix-Marseille, 1999, p. 18.

88. M. Chemillier-Gendreau, “*Principe d'égalité et libertés fondamentales en Droit international*”, in *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui* (eds. E. Yakpo e T. Boumedra), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 659-669.

89. R. Kolb, *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001, p. 98.

90. *Ibid.*, pp. 104-105 e 110-112.

91. G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 17.

92. Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigos 2 e 7; Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, artigos 2(1) e 26; Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigos 2-3; Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigos 1(1) e 14; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigos 1(1) e 24; Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, artigos 2-3; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, artigos 1(1) e 7; além do *corpus juris* da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da Convenção da OIT concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (1958), da Convenção contra a Discriminação no Ensino da UNESCO (1960), bem como da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas na Religião ou Crenças (1981).

93. *Cf.*, *e.g.* Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigo 1(1); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, artigo 1; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, artigo 7; Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (de 1999), artigo 1(2); entre outras.

como um dos pilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos,<sup>94</sup> e, inclusive, como elemento integrante do Direito Internacional geral ou consuetudinário.<sup>95</sup> Afinal de contas, a normativa do Direito Internacional, “deve, por definição, ser a mesma para todos os sujeitos da comunidade internacional”.<sup>96</sup> Não é meu propósito abundar, neste Voto Concordante, sobre a jurisprudência internacional a respeito, porquanto já se encontra analisada em detalhes em uma de minhas obras.<sup>97</sup> Limite-me, pois, a afirmar aqui, em resumo, que a jurisprudência dos órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos se orientou, de modo geral, —bem como o presente Parecer Consultivo N° 18 da Corte Interamericana (pars. 84 e 168),—no sentido de considerar discriminatória qualquer distinção que não tenha um propósito legítimo, ou uma justificativa objetiva e razoável, e que não guarde uma relação de proporcionalidade entre seu propósito e os meios empregados.

61. Com base no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, o Comitê de Direitos Humanos tem efetivamente afirmado o amplo alcance do artigo 26 do Pacto, que consagra o princípio básico da igualdade e não discriminação: em seu *Comentário Geral n° 18* (de 1989), o Comitê afirmou, sobre este princípio, o entendimento no sentido de que o artigo 26 do Pacto consagra um “direito autônomo”, e a aplicação deste princípio não se limita aos direitos estipulados no Pacto.<sup>98</sup> Esta postura avançada do Comitê de Direitos Humanos, somada à determinação, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de uma violação do artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no caso *Gaygusuz versus Áustria* (1996), bem como aos requisitos consagrados na doutrina jurídica de que “distinções” devem ser razoáveis e conformes com a justiça (para não incorrer em discriminações), levaram à sugestão da emergência e evolução de um verdadeiro *direito à igualdade*.<sup>99</sup>
62. Entretanto, apesar da busca, pela doutrina e pela jurisprudência internacionais, da identificação de bases ilegítimas da discriminação, isso não me parece suficiente; é preciso ir além, porquanto dificilmente a discriminação ocorre com base em um único elemento (*v.g.*, raça, origem nacional ou social, religião, sexo, entre outros), sendo antes uma mistura complexa de vários deles (e inclusive existindo casos de discriminação *de jure*). Além disso, quando as cláusulas de não discriminação dos instrumentos internacionais de direitos humanos contêm um elenco das referidas bases ilegítimas, o que realmente pretendem com isso é eliminar *toda uma estrutura social discriminatória*, tendo em vista os distintos elementos componentes.<sup>100</sup>
63. É perfeitamente possível, além de desejável, voltar as atenções a todas as áreas de comportamento humano discriminatório, inclusive aquelas que até hoje foram ignoradas ou menosprezadas no plano internacional (*v.g.*, *inter alia*, status social, renda, estado médico, idade, orientação sexual, entre outras).<sup>101</sup> Na realidade, as causas das migrações forçadas (em busca de sobrevivência, de trabalho e de melhores condições de vida—*cf. supra*) não são fundamentalmente distintas das do deslocamento populacional, e não é mera casualidade que o princípio básico da igualdade e não discriminação ocupe uma posição central no documento adotado pelas Nações Unidas em 1998, contendo os *Princípios Básicos sobre Deslocamento Interno (Guiding Principles on Internal Displacement)*.<sup>102</sup>
64. A ideia básica de todo o documento é no sentido de que os deslocados internos não perdem os direitos que lhes são inerentes como seres humanos em razão do deslocamento, e estão protegidos pela normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.<sup>103</sup> Na mesma linha de raciocínio,

94. A. Eide e T. Opsahl, *Equality and Non-Discrimination*, Oslo, Norwegian Institute of Human Rights (publ. n° 1), 1990, p. 4, e *cf.* pp. 1-44 (estudo reproduzido in T. Opsahl, *Law and Equality—Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Notam Gyldendal, 1996, pp. 165-206). E, para um estudo geral, *cf.* M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 1-240.

95. Y. Dinstein, “*Discrimination and International Human Rights*”, 15 *Israel Yearbook on Human Rights* (1985) pp. 11 e 27.

96. H. Mosler, “*To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice?*”, in *International Law and the Grotian Heritage* (Hague Commemorative Colloquium of 1983 on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius), The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1985, p. 184.

97. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 76-82.

98. Parágrafo 12 do *comentário geral n° 18*; o Comitê destacou o caráter fundamental deste princípio (pars. 1 e 3); *cf.* texto reproduzido in: United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev.3, de 1997, pp. 26-29.

99. *Cf.* A.H.E. Morawa, “*The Evolving Human Right to Equality*”, 1 *European Yearbook of Minority Issues* (2001-2002) pp. 163, 168, 190 e 203.

100. E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973, pp. 129-130.

101. D. Türk (*special rapporteur of the U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights—Final Report*, U.N. doc. E/CN.4/Sub.2/1992/16, de 3.07.1992, p. 48, e *cf.* p. 55; e *cf.* também, *vg.*, T. Clark e J. Niessen, “*Equality Rights and Non-Citizens in Europe and America; The Promise, the Practice and Some Remaining Issues*”, 14 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1996) pp. 245-275.

102. *Cf.* ONU, documento E/CN.4/1998/L.98, de 14.04.1998, p. 5; *cf.* Os princípios 1(1), 4(1), 22 e 24(1). O princípio 3(2), por sua vez, afirma o direito dos deslocados internos à assistência humanitária.

103. R. Cohen e F. Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington D.C., Brookings Institution, 1998, p. 74.

a ideia básica subjacente à Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990) é no sentido de que todos os trabalhadores qualificados como migrantes de acordo com suas disposições devem desfrutar seus direitos humanos, independentemente de sua situação jurídica; daí a posição central ocupada, também neste contexto, pelo princípio da não discriminação.<sup>104</sup> Em resumo, os trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são titulares dos direitos humanos fundamentais, que não se condicionam por sua situação jurídica (irregular ou não).<sup>105</sup> Em conclusão sobre este ponto, ao princípio fundamental da igualdade e não discriminação está reservada, desde a Declaração Universal de 1948, um posicionamento verdadeiramente central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

## VII. Emergência, Conteúdo e Alcance do *Jus Cogens*

65. No presente Parecer Consultivo sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, a Corte Interamericana, significativamente, reconheceu que o referido princípio fundamental da igualdade e não discriminação, na atual etapa da evolução do Direito Internacional, “ingressou no domínio do *jus cogens*”; sobre este princípio, “permeia todo ordenamento jurídico”, –acrescentou acertadamente a Corte,– “descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional” (par. 101, e *cf.* pontos resolutivos números 2 e 4). A Corte, além disso, não se eximiu de se referir à evolução do conceito de *jus cogens*, transcendendo o âmbito tanto do direito dos tratados como do direito da responsabilidade internacional dos Estados, de modo a alcançar o Direito Internacional geral e os próprios fundamentos da ordem jurídica internacional (pars. 98-99). Em respaldo a este importante pronunciamento da Corte, permito-me acrescentar algumas reflexões.
66. A emergência e consagração do *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo atendem a necessidade de um mínimo de verticalização no ordenamento jurídico internacional, erguido sobre pilares que fusionam o jurídico e o ético. O *jus cogens* se incorporou, definitivamente, ao universo conceitual do Direito Internacional contemporâneo a partir da inclusão, entre as bases de nulidade e extinção de tratados, das regras imperativas do Direito Internacional geral, nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.<sup>106</sup> A Convenção consagrou o conceito de *jus cogens*, sem com isto adotar a tese –defendida no passado por A. McNair<sup>107</sup>– de que um tratado poderia gerar um regime de caráter objetivo *erga omnes* em derrogação do princípio clássico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.<sup>108</sup> O conceito parece ter sido reconhecido pela Convenção de Viena de 1969 como um todo; se esta deixou de adotar a noção de tratados estabelecendo “regimes jurídicos de caráter objetivo”, por outro lado consagrou o conceito de *jus cogens*,<sup>109</sup> *i.e.*, de regras imperativas do Direito Internacional geral.<sup>110</sup> A consagração do *jus cogens* tornou-se objeto de análise de uma ampla bibliografia especializada.<sup>111</sup>

104. Tal como enunciado em seu artigo 7.

105. A.A. Cançado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, Cidade da Guatemala, OIM/IIDH (Cadernos de Trabalho sobre Migração n° 5), 2001, pp. 13 e 18.

106. Mais de três décadas antes, a expressão “*jus cogens*” foi utilizada pelo Juiz Schücking, em seu célebre Voto Fundamentado no caso *Oscar Chinn* (Reino Unido *versus* Bélgica); Tribunal Permanente de Justiça Internacional (CPJI), Série A/B, n° 63, 1934, pp. 148-150, esp. p. 149. Um ano depois, em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia, Alfred Verdross também utilizou a expressão “*jus cogens*”, e se referiu ao mencionado Voto Fundamentado do Juiz Schücking; *cf.* A. Verdross, “*Les principes généraux du Droit dans a jurisprudence internationale*”, 52 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 206 e 243.

107. *cf.* A.D. McNair, “*Treaties Producing Effects ‘Erga Omnes’*”, *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II. Milano, Giuffrè, 1957, pp. 23-36.

108. S. Rosenne, “*Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties*”, *Transnational Law in a Changing Society—Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin, e O. Lissitzyn), N.Y./Londres, Columbia University Press, 1972, p. 207; e *cf.* Ph. Cahier, “*Le problème des effets des traités à l’égard des États tiers*”, 143 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 589-736.—Durante os *travaux préparatoires* da Convenção realizados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a noção de “*community interest*” se fez presente: primeiramente utilizada por J.-M. Yepes em 1950, a ideia passou depois a aparecer no 1º relatório de J.L. Brierly (o primeiro relator sobre a matéria), no 1º relatório de H. Lauterpacht (o segundo relator), ausentando-se dos relatórios de G. Fitzmaurice (o terceiro relator), para enfim ressurgir no 2º relatório de H. Waldock (o quarto e último relator sobre o tema); S. Rosenne, *op. cit. supra*, pp. 212-219.

109. Para um histórico do conceito, remontando ao antigo direito romano, mas ressurgindo principalmente a partir do século XIX, *cf.* Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties—A Critical Appraisal*, Viena, Springer-Verlag, 1974, pp. 6-11 e 97-108.

110. O termo, como tal, apareceu pela primeira vez no Terceiro relatório de G. Fitzmaurice, e voltou depois a surgir no 2º relatório de H. Waldock; J. Sztucki, *op. cit. supra* n° (98), pp. 104-105 e 108.—nos trabalhos preparatórios—os debates de 1963 e 1966 da VI Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas, afirmou-se a necessidade do estabelecimento de critérios para a determinação das regras de Direito Internacional que poderiam constituir *jus cogens*. *cf.* I.M. Sinclair, “*Vienna Conference on the Law of Treaties*”, 19 *International and Comparative Law Quarterly* (1970) pp. 66-69; I.M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press/Oceana, 1973, pp. 124-129, e *cf.* pp. 129-131.

111. *cf.*, e.g. Ch.L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North Holland Publ. Co., 1976, pp. 1ss.; Ch. de Visscher “*Positivisme et jus cogens*”, 75 *Revue générale de Droit international public* (1971) pp. 5-11; M. Virally, “*Réflexions sur le jus cogens*”, 12 *Annuaire français de Droit international* (1966) pp. 5-29; A. Verdross, “*Jus dispositivum and Jus Cogens in International Law*”, 60 *American Journal of International Law* (1966) pp. 55-63; J.A. Barberis, “*A liberté de traiter des États et le jus cogens*”, 30 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [Z.f.a.o.R.u.V.]* (1970) pp. 19-45; U. Scheuner, “*Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law*”, 27 e 29 *Z.f.a.o.R.u.V.* (1967 e 1969) pp. 520-532 e 28-38, respectivamente; H. Mosler, “*Jus cogens im Völkerrecht*”, 25 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (1968) pp. 1-40; K. Marek, “*Contribution à l’étude du jus cogens en Droit international*”, *Recueil d’études de Droit International en hommage à P. Guggenheim*, Genève, I.U.H.E.I., 1968, pp. 426-459; M. Schweitzer, “*Jus cogens im Völkerrecht*”, 15 *Archiv des Völkerrechts*

67. Transcorrida uma década e meia, o conceito de *jus cogens* voltou a ser consagrado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986); na minha intervenção na Conferência das Nações Unidas que a adotou, permiti-me advertir para a manifesta incompatibilidade com o conceito de *jus cogens* da concepção voluntarista do Direito Internacional,<sup>112</sup> a qual se mostrara incapaz de explicar sequer a formação de normas do Direito Internacional geral e a incidência no processo de formação e evolução do Direito Internacional contemporâneo de elementos independentes do livre arbítrio dos Estados.<sup>113</sup> Com a consagração do *jus cogens* nas duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969 e 1986), o próximo passo consistiu em determinar sua incidência além do direito dos tratados.
68. De minha parte, sempre sustentei que é uma consequência inescapável da afirmação e da própria existência de regras *imperativas* do Direito Internacional não limitá-las às normas convencionais, ao direito dos tratados, e estendê-las a todo e qualquer ato jurídico.<sup>114</sup> Desenvolvimentos recentes apontam no mesmo sentido, ou seja, de que o domínio do *jus cogens*, além do direito dos tratados, alcança igualmente o Direito Internacional geral.<sup>115</sup> Além disso, o *jus cogens*, no meu entender, é uma categoria aberta, que se expande na medida em que se desperta a consciência jurídica universal (fonte material de todo o Direito) para a necessidade de proteger os direitos inerentes a todo ser humano em toda e qualquer situação.
69. A evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos enfatizou o caráter absoluto dos direitos fundamentais *inderrogáveis*. A proibição absoluta das práticas de tortura, desaparecimento forçado de pessoas, e execuções sumárias e extralegais, fazem-nos ingressar decididamente na *terra nova* do *jus cogens* internacional.<sup>116</sup> No caso *A. Furundzija* (Sentença de 10.12.1998), a Corte Penal Internacional *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia (*Trial Chamber*) afirmou que a proibição da tortura, realizada de modo absoluto pelo Direito Internacional, tanto convencional (sob determinados tratados de direitos humanos) como consuetudinário, tinha o caráter de uma regra de *jus cogens* (pars. 137-139, 144 e 160).<sup>117</sup> Isto ocorria em razão da importância dos valores protegidos (par. 153). Tal proibição absoluta da tortura, –acrescentou a Corte Penal Internacional,–impõe aos Estados obrigações *erga omnes* (par. 151); a natureza de *jus cogens* desta proibição a torna “um dos padrões mais fundamentais da comunidade internacional”, incorporando “um valor absoluto do qual ninguém deve se desviar” (par. 154).
70. O conceito de *jus cogens* efetivamente não se limita ao direito dos tratados, e é igualmente próprio do direito da responsabilidade internacional dos Estados. Os Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados, adotados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 2001, dão testemunho deste fato. Entre as passagens desses Artigos e seus comentários que se referem expressamente ao *jus cogens*, há um em que se afirma que “*various tribunals, national and international, have affirmed the idea of peremptory norms in contexts not limited to the validity of treaties*”.<sup>118</sup> Em meu entendimento, é neste capítulo central do Direito Internacional, o da responsabilidade internacional (talvez mais do que no capítulo do direito dos tratados), que o *jus cogens* revela sua real, ampla e profunda dimensão, alcançando todos os atos jurídicos (inclusive os unilaterais), e incidindo (inclusive além do domínio da responsabilidade estatal) nos próprios *fundamentos* de um Direito Internacional verdadeiramente universal.
71. À responsabilidade internacional *objetiva* dos Estados corresponde necessariamente a noção de *ilegalidade objetiva*<sup>119</sup> (um dos elementos subjacentes ao conceito de *jus cogens*). Em nossos dias, ninguém ousaria negar

(1971) pp. 197-223; G. Gaja, “*Jus Cogens beyond the Vienna Convention*”, 172 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 279-313; L. Alexidze, “*Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*”, *in ibid.*, pp. 227-268; e outras fontes citadas nas notas (109), (115), (123), (124), (125) e (131).

112. Cf. U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations* (Vienna, 1986)–*Official Records*, tomo I, N.Y., U.N., 1995, pp. 187-188 (intervenção de A.A. Cançado Trindade).

113. A.A. Cançado Trindade, “*The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment*”, 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*–Genebra (1981) pp. 201-240.

114. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit.* n° (97) *supra*, tomo II, pp. 415-416.

115. Para a extensão do *jus cogens* a todos os atos jurídicos possíveis, *cf.*, *vg.*, E. Suy, “*The Concept of Jus Cogens in Public International Law*”, *in Papers and Proceedings of the Conference on International Law* (Langonissi, Grecia, 03-08.04.1966), Genève, C.E.I.P., 1967, pp. 17-77.

116. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit.* n° (97) *supra*, tomo II, p. 415.

117. Acrescentou o Tribunal que esta proibição era tão absoluta que incidia não apenas sobre violações atuais, mas também potenciais (sobretudo a partir da Sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Soering versus Reino Unido*, 1989), impedindo assim a expulsão, o retorno ou a extradição de uma pessoa a outro Estado em que possa incorrer no risco de ser submetida a tortura; *ibid.*, pars. 144 e 148. – A esse respeito, sobre a prática sob o Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, *cf.* F. Pocar, “*Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione*”, *in Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione–Atti do Convegno di Ferrara (1999) per Salutare G. Battaglini* (ed. F. Salerno), Padova, Cedam, 2003, pp. 89-90.

118. J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility–Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002, p. 188, e *cf.* pp. 246 e 127-128.

119. Em seu Parecer Consultivo de 21.06.1971 sobre *Namíbia*, a Corte Internacional de Justiça se referiu efetivamente a uma situação que caracterizou como “*illegal erga omnes*”; *ICJ Reports* (1971) p. 56, par. 126.

a ilegalidade objetiva de atos de genocídio,<sup>120</sup> de práticas sistemáticas de tortura, de execuções sumárias e extralegais, e de desaparecimento forçado de pessoas,—práticas estas que representam crimes contra a humanidade,—condenadas pela consciência jurídica universal,<sup>121</sup> ao lado da aplicação de tratados. Já em seu Parecer Consultivo de 1951 sobre as *Reservas à Convenção contra o Genocídio*, a Corte Internacional de Justiça afirmou que os princípios humanitários subjacentes àquela Convenção eram reconhecidamente “obrigatórios para os Estados, ainda na ausência de qualquer obrigação convencional”.<sup>122</sup>

72. Assim, no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, foi reconhecido o princípio básico do *non-refoulement* como sendo parte do *jus cogens*,<sup>123</sup> no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi reconhecido igualmente o caráter de *jus cogens* do princípio fundamental da igualdade e não discriminação (*cf. supra*). A ilegalidade objetiva não se limita aos atos e práticas anteriormente mencionados. Como o *jus cogens* não é uma categoria fechada (*supra*), entendo que ninguém tampouco ousaria negar que o trabalho escravo, e a denegação persistente das mais elementares garantias do devido processo legal igualmente afrontam a consciência jurídica universal, e efetivamente chocam, com as regras peremptórias do *jus cogens*. Isso é particularmente significativo para a proteção dos direitos dos trabalhadores imigrantes indocumentados. Toda essa evolução doutrinária aponta na direção da consagração das obrigações *erga omnes* de proteção (*cf. infra*). Sem a consolidação destas obrigações pouco se avançará na luta contra as violações dos direitos humanos.
73. As manifestações do *jus cogens* internacional marcam presença na própria maneira como os tratados de direitos humanos foram interpretados e aplicados: as restrições, nestes previstas, aos direitos humanos que consagram, são restritivamente interpretadas, protegendo o Estado de Direito, e demonstrando que os direitos humanos não pertencem ao domínio do *jus dispositivum*, e não podem ser considerados como simplesmente “negociáveis”;<sup>124</sup> ao contrário, eles permeiam a própria ordem jurídica nacional e internacional. Em suma, e em conclusão sobre o ponto em exame, a emergência e consagração do *jus cogens* evocam as noções de ordem pública internacional e de uma hierarquia de regras jurídicas, bem como a prevalência do *jus necessarium* sobre o *jus voluntarium*; o *jus cogens* se apresenta como a expressão jurídica da própria comunidade internacional como um todo, a qual, enfim, toma consciência de si mesma, e dos princípios e valores fundamentais que a guiam.<sup>125</sup>

### VIII. Emergência e Alcance das Obrigações *Erga Omnes* de Proteção: Suas Dimensões Horizontal e Vertical

74. No presente Parecer Consultivo sobre *A Condição Jurídica e Direitos dos imigrantes indocumentados*, a Corte Interamericana afirmou que o princípio fundamental da igualdade e não discriminação, por pertencer ao domínio do *jus cogens*, “acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos a respeito de terceiros, inclusive particulares” (par. 110, e *cf.* ponto resolutivo número 5).<sup>126</sup> Também sobre este particular me permito apresentar algumas reflexões, em respaldo ao determinado pela Corte Interamericana. É amplamente reconhecido, em nossos dias, que as regras imperativas do *jus cogens* efetivamente acarretam obrigações *erga omnes*.
75. Em conhecido *obiter dictum* em sua sentença no caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970), a Corte Internacional de Justiça precisou que há determinadas obrigações internacionais *erga omnes*, obrigações de um Estado *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo, que são do interesse de todos os Estados; “tais obrigações derivam, por exemplo, no Direito Internacional contemporâneo, da proibição de atos de agressão e de genocídio, e também dos princípios e regras relativos aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Alguns dos direitos correspondentes de proteção *ingressaram no corpus do Direito Internacional geral (...)*; outros são atribuídos por instrumentos internacionais

120. Em sua sentença de 11 de julho de 1996, no caso relativo à *Aplicação da Convenção contra o Genocídio*, a Corte Internacional de Justiça afirmou que os direitos e obrigações consagrados nesta Convenção eram “direitos e deveres *erga omnes*”; *ICJ Reports* (1996) p. 616, par. 31.

121. Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Blake versus Guatemala* (Mérito), Sentença de 24.01.1998, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 25, e *cf.* pars. 23-24.

122. CIJ, Parecer Consultivo de 28 de maio de 1951, *ICJ Reports* (1951) p. 23.

123. *Cf.* J. Allain, “*The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*”, 13 *International Journal of Refugee Law* (2002) pp. 538-558.

124. J.A. Pastor Ridruejo, “*La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el ‘Jus Cogens’ Internacional*”, in *Estudios de Derecho Internacional – Homenaje al Profesor Mijaja de la Muela*, tomo I, Madrid, Ed. Tecnos, 1979, pp. 581-590.—Sobre a possibilidade da incidência do *jus cogens* na própria elaboração de projetos de instrumentos internacionais, *cf.* discussão in G.M. Danilenko, “*International Jus Cogens: Issues of Law-Making*”, 2 *European Journal of International Law* (1991) pp. 48-49 e 59-65.

125. A. Gómez Robledo, *El Jus Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)*, México, UNAM, 1982, pp. 20-21, 222-223 e 226, e *cf.* p. 140; e *cf.* também R.St.J. Macdonald, “*Fundamental Norms in Contemporary International Law*”, 25 *Annuaire canadien de Droit international* (1987) pp. 133-134, 140-142 e 148.

126. E *cf.* também par. 146.

de caráter universal ou quase universal”.<sup>127</sup> As proibições citadas neste *obiter dictum* não são exaustivas: a elas se acrescentam novas proibições, como as citadas nos parágrafos 71-72 do presente Voto Concordante, precisamente por não ser o *jus cogens* uma categoria fechada (*supra*).

76. Na construção do ordenamento jurídico internacional do novo século, testemunhamos, com a gradual erosão da reciprocidade, a emergência *pari passu* de considerações superiores de *ordre public*, refletidas nas concepções das regras imperativas do Direito Internacional geral (o *jus cogens*) e das obrigações *erga omnes* de proteção (devidas a todos, e à comunidade internacional como um todo). O *jus cogens*, ao acarretar obrigações *erga omnes*, caracteriza-as como sendo dotadas de um caráter necessariamente objetivo e, portanto, incluindo todos os destinatários das regras jurídicas (*omnes*), tanto os integrantes dos órgãos do poder público como os particulares.
77. A meu modo de ver, podemos considerar tais obrigações *erga omnes* sob duas dimensões, uma horizontal e outra vertical, que se complementam. Assim, as obrigações *erga omnes* de proteção, em uma dimensão horizontal, são obrigações relacionadas à proteção dos seres humanos devidas à comunidade internacional como um todo.<sup>128</sup> No contexto do Direito Internacional convencional, elas vinculam todos os Estados Partes nos tratados de direitos humanos (obrigações *erga omnes partes*), e, no âmbito do Direito Internacional geral, vinculam todos os Estados que compõem a comunidade internacional organizada, sejam ou não Partes naqueles tratados (obrigações *erga omnes lato sensu*). Em uma dimensão vertical, as obrigações *erga omnes* de proteção vinculam tanto os órgãos e agentes do poder público (estatal), como os simples particulares (nas relações interindividuais).
78. Para a conformação desta dimensão vertical contribuíram decisivamente o advento e a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mas é surpreendente que, até hoje, estas dimensões horizontal e vertical das obrigações *erga omnes* de proteção tenham passado inteiramente despercebidas da doutrina jurídica contemporânea. No entanto, vejo-as claramente configuradas no próprio regime jurídico da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, por exemplo, quanto à dimensão vertical, a obrigação geral, consagrada no artigo 1(1) da Convenção Americana, de respeitar e garantir o livre exercício dos direitos por ela protegidos, gera efeitos *erga omnes*, alcançando as relações do indivíduo tanto com o poder público (estatal) quanto com outros particulares.<sup>129</sup>
79. Por sua vez, as obrigações *erga omnes partes*, em sua dimensão horizontal, encontram expressão também no artigo 45 da Convenção Americana, que prevê a via (ainda não utilizada na prática no Sistema Interamericano de Direitos Humanos), de reivindicações ou petições interestatais. Esta via,—como sinalizei em meu Voto Concordante (par. 3) no caso da *Comunidade de Paz de San José de Apartadó* (Medidas Provisórias de Proteção de 18.06.2002),—constitui não apenas um mecanismo *par excellence* de ação de garantia coletiva, mas também um verdadeiro embrião de *actio popularis* no Direito Internacional, no contexto da Convenção Americana. De todo modo, estas dimensões tanto horizontal como vertical revelam o amplo alcance das obrigações *erga omnes* de proteção.
80. A consagração das obrigações *erga omnes* de proteção da pessoa humana representa, na realidade, a superação de um padrão de conduta erguido sobre a pretensa autonomia da vontade do Estado, do qual o próprio Direito Internacional buscou gradualmente se liberar ao consagrar o conceito de *jus cogens*.<sup>130</sup> Por definição, todas as regras do *jus cogens* geram necessariamente obrigações *erga omnes*. Enquanto o *jus cogens* é um conceito de direito material, as obrigações *erga omnes* se referem à estrutura de seu desempenho por parte de todas as entidades e todos os indivíduos obrigados. Por sua vez, não todas as obrigações *erga omnes* se referem necessariamente a regras do *jus cogens*.
81. É preciso dar acompanhamento aos esforços de maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial das regras

127. CIJ, Sentença de 5 de fevereiro de 1970, *ICJ Reports* (1970) p. 32, pars. 33-34 (ênfase acrescentada).—a mesma Corte teve uma oportunidade única de desenvolver estas considerações anos depois, no caso do *Timor Oriental*, mas a desperdiçou: na Sentença de 30.06.1995, em que reafirmou a existência das obrigações *erga omnes* (em relação ao direito de autodeterminação dos povos), entretanto relacionou estas obrigações com algo que é sua antítese, o consentimento de um Estado terceiro (Indonésia); sob uma perspectiva bilateral e voluntarista, deixou assim, infelizmente, de extrair as consequências da existência destas obrigações *erga omnes*; cf. CIJ, caso do *Timor Oriental* (Portugal versus Austrália), *ICJ Reports* (1995) pp. 90-106.

128. CtlADH, caso *Blake versus Guatemala* (Mérito), Sentença de 24.01.1998, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 26, e cf. pars. 27-30.

129. Cf., a esse respeito, em geral, a resolução adotada pelo *Institut de Droit International* (I.D.I.) na sessão de Santiago de Compostela de 1989 (artigo 1), *in*: I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 e 288-289.

130. Cf. A.A. Cançado Trindade, “*The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century*”, 3 *Cursos Euromediterrâneos Bancaja de Derecho Internacional*—Castellón (1999) pp. 207-215.

peremptórias do Direito Internacional (*jus cogens*) e das correspondentes obrigações *erga omnes* de proteção do ser humano,<sup>131</sup> movido, sobretudo pela *opinio juris* como manifestação da consciência jurídica universal, em benefício de todos os seres humanos.<sup>132</sup> Através deste desenvolvimento conceitual se avançará na superação dos obstáculos dos dogmas do passado e na criação de uma verdadeira *ordre public* internacional baseada no respeito e observância dos direitos humanos. Este desenvolvimento contribuirá, assim, a uma maior coesão da comunidade internacional organizada (a *civitas maxima gentium*), centrada na pessoa humana.

82. Como me permiti afirmar em meu Voto Fundamentado no Caso Las Palmeras (Exceções Preliminares, 2000, pars. 13-14) e em meus Votos Concordantes no caso da *Comunidade de Paz de San José de Apartadó* (Medidas Provisórias de Proteção, 18.06.2002, pars. 2-9) e no caso das *Comunidades de Jiguamiandó e de Curbaradó* (Medidas Provisórias de Proteção, 6.03.2003, pars. 4-6), em um plano mais circunscrito, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos contém mecanismos para aplicação das obrigações convencionais de proteção *erga omnes partes*. Isso possui particular relevância nos planos tanto conceitual como operativo. A obrigação geral, consagrada no artigo 1(1) da Convenção Americana, de respeitar e garantir o livre exercício dos direitos por ela protegidos, tem um caráter *erga omnes*.<sup>133</sup>
83. A meu ver, não há que minimizar as obrigações *erga omnes partes*, tampouco no plano conceitual, porquanto, através do exercício da garantia coletiva, tais obrigações podem servir de guia, ou mostrar o caminho, para a consagração, no futuro, das obrigações *erga omnes lato sensu*, devidas à comunidade internacional como um todo. E, no plano operativo, as obrigações *erga omnes partes* sob um tratado de direitos humanos como a Convenção Americana também assumem especial importância, perante a atual diversificação das fontes de violações dos direitos consagrados na Convenção, que requer o claro reconhecimento dos efeitos das obrigações convencionais *vis-à-vis* de terceiros (o *Drittwirkung*), inclusive os particulares (*v.g.*, nas relações trabalhistas).
84. Com isso se pode assegurar rapidamente um mínimo de proteção convencional, por exemplo, aos trabalhadores imigrantes indocumentados, em suas relações não apenas com o poder público, mas também com outros indivíduos, em particular seus empregadores. Pode-se, assim, sustentar que os trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são titulares de direitos fundamentais *erga omnes*. Em última instância, o Estado tem a obrigação de tomar medidas positivas para impedir a exploração do trabalho inescrupulosa, e para pôr fim à mesma. O Estado tem o dever de assegurar a prevalência do princípio fundamental da igualdade e não discriminação, que, como estabelece com acerto o presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana, é um princípio do *jus cogens* (par. 101, e ponto resolutivo n° 4). O esclarecimento deste ponto básico constitui uma valiosa contribuição do presente Parecer Consultivo N° 18 da Corte.
85. O Estado está obrigado pela normativa da proteção internacional dos direitos humanos, que protege toda pessoa humana *erga omnes*, independentemente de seu estatuto de cidadania, ou de migração, ou qualquer outra condição ou circunstância. Os direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são oponíveis ao poder público e igualmente aos particulares (*v.g.*, os empregadores), nas relações interindividuais. O Estado não pode se prevalecer do fato de não ser Parte em um determinado tratado de direitos humanos para se evadir da obrigação de respeitar o princípio fundamental da igualdade e não discriminação, por ser este um princípio de Direito Internacional geral, e do *jus cogens*, que transcende assim o domínio do direito dos tratados.

## IX. Epílogo

86. O fato de que os conceitos tanto do *jus cogens* como das obrigações (e direitos) *erga omnes* já integram o universo conceitual do Direito Internacional é revelador da alentadora e necessária abertura deste último, nas últimas décadas, a determinados valores superiores e fundamentais. É preciso impulsionar esta significativa evolução da consagração das normas de *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* de proteção, buscando assegurar sua plena

131. Sobre a relação entre o *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* de proteção, *cf.*: M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 135, 201-202 e 213; e. Dinstein, "The Erga Omnes Applicability of Human Rights", 30 *Archiv des Völkerrechts* (1992) pp. 16-37; A.J.J. de Hoogh, "The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", 42 *Austrian Journal of Public and International Law* (1991) pp. 183-214; C. Annacker, "The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International Law", 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994) pp. 131-166; M. Byers, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", 66 *Nordic Journal of International Law* (1997) pp. 211-239; J. Juste Ruiz, "Las Obligaciones 'Erga Omnes' en Derecho Internacional Público", in *Estudios de Derecho Internacional—Homenaje al Profesor Mijangos*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1979, p. 228.

132. CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Mérito), Sentença de 24.01.1998, Série C N° 36, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 28; CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Reparações), Sentença de 22.01.1999, Série C N° 48, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 40.

133. *Cf.*, neste sentido, a resolução adotada pelo *Institut de Droit International* (I.D.I.) na sessão de Santiago de Compostela de 1989 (artigo 1), in: I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 e 288-289.

aplicação prática, em benefício de todos os seres humanos. Apenas assim resgataremos a visão universalista dos fundadores do *direito das gentes*, e nos aproximaremos da plenitude da proteção internacional dos direitos inerentes à pessoa humana. Estas novas concepções se impõem em nossos dias, e, de sua fiel observância, a meu ver, dependerá em grande parte a evolução futura do presente domínio de proteção da pessoa humana, bem como, em última instância, do próprio Direito Internacional como um todo.

87. Não é função do jurista simplesmente tomar nota do que fazem os Estados, em particular os mais poderosos, que não hesitam em buscar fórmulas para impor sua “vontade”, inclusive em relação ao tratamento a ser dispensado às pessoas sob sua jurisdição. A função do jurista é mostrar e dizer qual é o Direito. No presente Parecer Consultivo N° 18 sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou, com firmeza e clareza, qual é o Direito. Este último não emana da insondável “vontade” dos Estados, mas, ao contrário, da consciência humana. O Direito Internacional geral ou consuetudinário emana não tanto da prática dos Estados (não isenta de ambiguidades e contradições), mas em especial da *opinio juris communis* de todos os sujeitos do Direito Internacional (os Estados, as organizações internacionais, e os seres humanos). Acima da vontade está a consciência.
88. O fato de que, apesar de todos os sofrimentos das gerações passadas, persistam em nossos dias novas formas de exploração do homem pelo homem,—tais como a exploração da força de trabalho dos imigrantes indocumentados, a prostituição forçada, o tráfico de crianças, o trabalho forçado e escravo, em meio ao aumento comprovado da pobreza e da exclusão e marginalização sociais, ao desenraizamento e a desintegração familiar,— não significa que “falta regulamentação” ou que o Direito não exista. Significa, em especial, que o Direito está sendo ostensiva e flagrantemente violado, dia a dia, em detrimento de milhões de seres humanos, entre os quais os imigrantes indocumentados em todo o mundo. Ao se insurgir contra estas violações generalizadas dos direitos dos imigrantes indocumentados, que afrontam a consciência jurídica da humanidade, o presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana contribui ao processo em curso da necessária *humanização* do Direito Internacional.
89. Ao fazê-lo, a Corte Interamericana tem presentes a universalidade e a unidade do gênero humano, que inspiraram, há mais de quatro séculos e meio, o processo histórico de formação do direito das gentes. Ao resgatar, no presente Parecer Consultivo, a visão universalista que marcou as origens da melhor doutrina do Direito Internacional, a Corte Interamericana contribui para a construção do novo *jus gentium* do século XXI, orientado pelos princípios gerais do direito (entre os quais o princípio fundamental da igualdade e não discriminação), caracterizado pela intangibilidade do devido processo legal em seu amplo alcance, sedimentado no reconhecimento do *jus cogens* e instrumentalizado pelas consequentes obrigações *erga omnes* de proteção, e erguido, em última instância, sobre o pleno respeito e a garantia dos direitos inerentes à pessoa humana.

Antônio Augusto Cançado Trindade  
Juiz

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

**VOTO FUNDAMENTADO CONCORDANTE DO JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ AO PARECER CONSULTIVO OC-18/03, SOBRE “A CONDIÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS” DE 17 DE SETEMBRO DE 2003, EMITIDO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

1. A Corte Interamericana profere o Parecer Consultivo OC-18/03, em 17 de setembro de 2003, sob a epígrafe “A Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados”. Desta maneira inclui um amplo panorama: a situação dos migrantes indocumentados em geral, isto é, das pessoas que deixam um Estado com o propósito de se transferir a outro e se estabelecer nele, mas não contam com a autorização para isso do Estado no que pretendem residir, caracterização que decorre do “Glossário” que figura no Capítulo V deste Parecer Consultivo (par. 69). Nessa situação se encontram muitas pessoas, independentemente do propósito que anime sua transferência, das condições em que se encontrem e da atividade que desenvolvam ou queiram desenvolver.
2. Uma categoria específica dentro deste gênero é a que corresponde aos trabalhadores migrantes indocumentados, isto é, as pessoas que não dispõem de autorização para ingressar e exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, conforme as leis desse Estado e os acordos internacionais nos quais este seja parte, e que, entretanto, realizam essa atividade, como entendeu a Convenção Internacional sobre a Proteção de todos os Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990, e se reconhece no “Glossário” citado no parágrafo anterior. Sobre estes últimos, trabalhadores da cidade e do campo, versa principalmente —apesar de que não exclusivamente— o pedido proposto pelos Estados Unidos Mexicanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Requer-se examinar os direitos que assistem os milhões de seres humanos, mulheres e homens, que se deslocaram ou se deslocam no mundo inteiro —e dentro desse mundo, nos países americanos—, movidos por diversos fatores e impulsionados por uma mesma expectativa: ganhar a vida, como se costuma dizer, fora do país onde nasceram.
3. Por si mesma, esta questão reveste a maior importância e mereceu, em consequência, referências destacadas no pedido de parecer e nas expressões dos Estados e dos particulares que intervieram —estes como *amici curiae*— no processo da consulta. Esta matéria destaca igualmente as respostas da Corte Interamericana, que também poderiam se agrupar sob outra epígrafe específica que destaque o universo que preocupa o solicitante e os participantes e ocupa o tribunal interamericano: “a condição jurídica e os direitos dos **trabalhadores imigrantes indocumentados**”.
4. O tema a que se refere este Parecer Consultivo possui importância fundamental em nosso tempo. A crescente relação entre os povos, o processo de mundialização que se projeta sobre diversos âmbitos e as condições heterogêneas das economias nacionais, regionais e globais, determinaram o aparecimento e o crescimento de correntes migratórias que possuem características particulares e demandam soluções racionais. Em uma resolução sobre “Migração Internacional e Desenvolvimento” (A/RES/54/212, de 1º de fevereiro de 2000) —que se menciona no OC-18, a Assembleia Geral das Nações Unidas afirmou que, “entre outros fatores, o processo de mundialização e liberalização, incluindo a crescente disparidade econômica e social entre muitos países e a marginalização de amplos segmentos da população da economia mundial, contribuiu a criar grandes movimentos de população entre os países e a intensificar o complexo fenômeno da migração internacional”.
5. Em uma recente publicação se recorda que “a maioria das pessoas se deslocam para melhorar seus meios de vida, buscar novas oportunidades ou fugir da pobreza”, sem ignorar outros motivos: a reunião das famílias, as guerras e outros conflitos, as violações aos direitos humanos, a expulsão e a discriminação. No “final do século XX, havia aproximadamente 175 milhões de migrantes internacionais, quase três por cento da população mundial e o dobro do que havia em 1975. Aproximadamente 60% dos migrantes internacionais, ou seja, aproximadamente 40 milhões, estão em países desenvolvidos” (Comissão da Segurança Humana, A Segurança Humana, Nova York, 2003, p. 45).
6. As novas correntes migratórias, que constituem o ponto de referência para o Parecer Consultivo OC-18/2003, refletem as condições da economia nos países de origem e destino dos migrantes. Nestes operam fatores de atração que reivindicam a contribuição da mão de obra destes trabalhadores, que contribuem para a criação de riqueza e de maneira muito significativa —como reconheceram os analistas destes processos— ao bem estar e desenvolvimento dos países receptores. Uma análise da OIT sobre essa matéria—que se invoca na intervenção do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)— menciona, a respeito de um universo de 152 países, que entre 1970 e 1990 o número dos classificados como grandes receptores de imigrantes em busca de trabalho passou de 39 a 67, e o dos considerados grandes emissores sob o mesmo conceito se elevou de 29 a 55. As condições em que se produzem alguns destes processos e os seus resultados implicam,

com efeito, uma espécie de subsídio às economias mais desenvolvidas, além de seu significado como fonte de recursos para os migrantes que prestam seus serviços nestas e para os familiares que residem nos locais de procedência.

7. Estes processos não podem —ou melhor: não devem— subtrair-se à observância escrupulosa dos direitos humanos dos migrantes. Esta é a tese central sustentada no Parecer Consultivo OC-18/2003 e projetada nas diversas áreas de interesse que este abrange, uma tese que corresponde à opinião orientadora do Direito Internacional e nacional contemporâneo, em suas melhores expressões, à doutrina e à prática do Estado de Direito em uma sociedade democrática e aos princípios que governam o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a aplicação de suas regras por parte dos Estados integrantes da comunidade jurídica e as correspondentes jurisdições internacionais.
8. Evidentemente, não é possível reduzir um fenômeno desta natureza a uma questão de polícia fronteiriça, nem abarcá-lo sob a simples perspectiva da legalidade ou ilegalidade, regularidade ou irregularidade, da permanência de estrangeiros em determinado território. Esta ótica não permite entender e normatizar de forma racional e construtiva a oferta de trabalho lícito e criativo e a demanda que mantém em operação os processos econômicos, com benefício para quem presta seus serviços e para quem os contrata. O fenômeno ultrapassa essas perspectivas reducionistas, que com frequência conduzem à adoção de medidas im procedentes e lesivas para os trabalhadores migrantes, e inclusive para a economia na qual estes se instalam. Tal visão limitada e errônea traz consigo, também com frequência, problemas na relação entre nações vizinhas.
9. Quem faz parte dessas correntes migratórias se encontra sujeito, com grande frequência, a condições de grave impotência, derivadas de sua estranheza social, econômica e cultural a respeito do país no qual trabalham, e da carência de instrumentos para preservar seus direitos. Nestas circunstâncias constituem um setor sumamente vulnerável, que efetivamente sofre as consequências dessa vulnerabilidade na aplicação de leis, a adoção e execução de políticas e a proliferação de práticas discriminatórias e abusivas em suas relações trabalhistas a respeito dos empregadores que utilizam seus serviços e das autoridades do país no qual se encontram. Essa vulnerabilidade tem natureza estrutural. Sua vertente cultural, de caráter endógeno, associa-se —como sustenta o escrito de *amicus curiae* apresentado por um acadêmico do Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México— a “condições suficientes para que se deem extremos de impunidade dos violadores dos direitos humanos dos estrangeiros/imigrantes”.
10. São bem conhecidos os abundantes casos de agressão de migrantes indocumentados, por parte de servidores públicos, que descumprem ou desviam o exercício de suas atribuições, e pela mão de particulares, que aproveitam a situação de desvantagem na qual se encontram os imigrantes indocumentados para submetê-los a maus-tratos ou fazê-los vítimas de crimes. Entre estes figuram diferentes tipos de crimes violentos e tratamento arbitrário, que regularmente ficam impunes ou são punidos com medidas leves que não possuem nenhuma proporção com a gravidade dos ilícitos cometidos. Em uma resolução sobre “Proteção dos Migrantes” (A/RES/54/166, de 24 de fevereiro de 2000) —mencionada no Parecer Consultivo—, a Assembleia Geral das Nações Unidas expressou sua preocupação “pelas manifestações de violência, racismo, xenofobia e outras formas de discriminação e tratamento desumano e degradante de que são objeto os migrantes, em especial as mulheres e as crianças, em diferentes partes do mundo”.
11. A vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes aumenta, até chegar a extremos dramáticos que comovem a consciência moral da humanidade, quando estes carecem da autorização oficial para ingressar e permanecer no país, e pertencem, pelo mesmo motivo, à categoria dos que são sumariamente identificados como trabalhadores “indocumentados”, “em situação irregular” ou, pior ainda, “ilegais”. O que deveria ser uma característica administrativa com efeitos bem demarcados, converte-se em uma “etiqueta” que traz consigo múltiplas desvantagens e expõe a inúmeros abusos. Esse setor fica sob um rótulo expressivo: é uma “categoria suspeita, como afirma a Comissão Interamericana de Direitos Humanos —no escrito de outro *amicus curiae* se alude a “categoria suspeitada”—, conceito elaborado a partir da jurisprudência europeia e do direito comparado. Trata-se, enfim, de “pessoas sob suspeita”, com tudo o que isso significa e, além disso, com tudo o que sugere e, inclusive, permite.
12. Não mencionarei aqui com detalhe —mas é preciso levar em consideração— as características do tratamento que se costuma dar aos trabalhadores indocumentados. Neste figuram abusos e arbitrariedades de diversa natureza nos centros de trabalho, mas também fora deles, através das condições de insegurança que os agoniam, o tratamento que recebem e outros aspectos, muito diversos, de sua vida pessoal e familiar, inclusive os mais íntimos e delicados. Os relatos pontuais desta situação, feitos por observadores de diversos países a

propósito do estado das coisas que prevalece em distintos Continentes, ilustram amplamente esta matéria.

13. Esta é a situação em que vivem, trabalham e padecem milhões de pessoas em muitos países do mundo, entre eles alguns que figuram, historicamente, na linha avançada dos direitos humanos e da democracia. Assim, quando se alude ao problema dos trabalhadores migrantes indocumentados, tema central do OC-18/2003, faz-se referência a um grande número de seres humanos localizados em diversos países, como se adverte através das contribuições estatísticas dos participantes, como representantes de Estados ou *amici curiae*, no processo de reflexão que conduz a este Parecer Consultivo.
14. O OC-18/2003 se baseia, como não podia ser menos, na admissão dos direitos humanos reconhecidos a todas as pessoas e exigíveis de todos os Estados. Isto corresponde, ademais, à ideia radical dos direitos fundamentais nos termos expressados pelas declarações nacionais a partir do século XVIII e aos instrumentos internacionais mais destacados no século XX. Esse reconhecimento, que se fundamenta na dignidade humana e ultrapassa todas as fronteiras políticas, constitui o dado moral, jurídico e político mais relevante na etapa atual da ordem jurídica. As violações cometidas naquele século e no que agora se inicia não reduzem o estatuto contemporâneo do ser humano, produto de uma longa e frustrada evolução, nem suprimem a exigibilidade dos direitos humanos frente a todos os Estados. Ao contrário, reforçam uma preocupação compartilhada por inúmeras pessoas e manifestam a necessidade de sustentar a batalha para assegurar a todos o mais amplo desfrute e exercício destes direitos. Podemos dizer que esta é a filosofia que anima as grandes organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos, nos termos de suas cartas constitutivas, e vincula, portanto, aos Estados que fazem parte delas e aceitaram seu ideário e os compromissos que este representa.
15. No pensamento gerador das declarações de direitos e em suas expressões modernas figuram as invocações à liberdade e à igualdade dos seres humanos. Esta traz consigo, primeiro implicitamente, logo de forma explícita que já povoa vários documentos —como se afirma no presente Parecer Consultivo— o mais completo e terminante rechaço da discriminação por quaisquer motivos. Esta profunda convicção constitui a fonte das lutas históricas do ser humano contra diversas formas de opressão —lutas que culminaram na consagração de sucessivos conjuntos de direitos fundamentais— e são o princípio sobre o qual se constrói a ordem jurídica moderna.
16. A igualdade perante a lei e o rechaço de todas as formas de discriminação se encontram diante dos textos declarativos, preceptivos e garantidores dos direitos humanos. Integram, de certo modo, pontos de referência, fatores de criação, critérios de interpretação e espaços de proteção de todos os direitos. Constituem, pelo grau de aceitação que alcançaram, expressões claras do *jus cogens*, com o caráter imperativo que este reveste, além das convenções gerais ou particulares, e com os efeitos que possui para a determinação de obrigações *erga omnes*.
17. Essa ideia, que se afirma no OC-18/2003, foi expressada no curso dos trabalhos dirigidas a ela. Assim, na participação como *amicus curiae* do Conselho Centro-Americano de Procuradores de Direitos Humanos, com o apoio de sua Secretaria Técnica, o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, mencionou-se, em síntese, que “devido ao desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei devem ser considerados como regras de *jus cogens*, e nesse sentido se trata de normas de Direito Internacional imperativo que integram uma ordem pública internacional à qual não se podem opor validamente o restante (das) normas do Direito Internacional, e menos ainda as regras domésticas dos Estados”. Enfim, sem a consagração e vigência da igualdade perante a lei e o rechaço da discriminação seria impossível entender o desenvolvimento humano e apreciar o momento atual da evolução jurídica.
18. A verdadeira igualdade perante a lei não se encontra apenas na declaração igualitária que esta pudesse conter, sem consideração para as condições reais em que se encontram as pessoas sujeitas a ela. Não há igualdade quando pactuam —para formar, por exemplo, uma relação de trabalho— o empregador que conta com suficientes recursos e sabe estar apoiado pelas leis, e o trabalhador que apenas dispõe de seus braços e intuí —ou conhece perfeitamente— que as leis não lhe oferecerão o apoio que oferecem à sua contraparte. Tampouco há autêntica igualdade quando comparecem perante o tribunal um contendente poderoso, bem provido de meios de defesa, e um litigante débil, que carece dos instrumentos para provar e alegar em sua defesa, independentemente das boas razões e dos direitos que sustentem suas respectivas pretensões.
19. Nestes casos, a lei deve introduzir fatores de compensação ou correção —e assim afirmou a Corte Interamericana

quando examinou, para os fins do Parecer Consultivo OC-16/99, o conceito de devido processo— que favoreçam a igualação dos que são desiguais por outros motivos, e permitam alcançar soluções justas tanto na relação material como na processual. Parece-me útil trazer aqui uma expressão de Francisco Rubio Llorente, que pode ser aplicável ao ponto que agora me ocupa, sem prejuízo do alcance mais geral que possui. Todo “Direito se pretende justo —diz o tratadista espanhol—, e é a ideia de justiça a que leva diretamente ao princípio de igualdade que, de certo modo, constitui seu conteúdo essencial”. Portanto, “a igualdade não é um ponto de partida, mas uma finalidade” (“a igualdade na jurisprudência do Superior Tribunal”, na forma do poder (*Estudios sobre la Constitución*), Centro de Estudos Constitucionais, Madrid, 1993, pp. 644 e 656). A essa finalidade devem atender e a ela devem tender os ordenamentos que regulamentam relações entre partes social ou economicamente desiguais, e as regras e práticas do julgamento, em todas as suas vertentes.

20. A proscricção da discriminação não admite exceções ou âmbitos de tolerância, que funcionariam como “santuários de infrações”: reprova-se em todos os casos. Não importa, para este propósito, que esta se projete sobre direitos considerados primordiais, como poderiam ser os referidos à vida, à integridade física ou à liberdade pessoal, entre outros, ou sobre direitos aos que alguns designam uma categoria diferente ou uma transcendência distinta. É discriminatório prever sanções diferentes pelas mesmas faltas em função do pertencimento dos autores a determinados grupos sociais, religiosos ou políticos. Também é discriminatório negar o acesso à educação aos integrantes de um grupo étnico e permiti-la, em troca, aos membros de outro. E é discriminatório —sob o mesmo título de reprovação— prover algumas pessoas com todas as medidas de proteção que merece a realização de um trabalho lícito, e negá-las a outras pessoas que realizam a mesma atividade, erguendo para isso condições alheias ao próprio trabalho, como são as derivadas, por exemplo, de seu *status* migratório.
21. Os princípios de igualdade perante a lei e não discriminação ficam à prova quando entram em contato diversos grupos humanos, chamados a participar em relações jurídicas e econômicas que põem em risco os direitos dos que são mais fracos ou se encontram menos providos, em virtude de suas circunstâncias e da forma em que se estabelecem e desenvolvem essas relações. Isso se observou —e atualmente se observa— em múltiplos casos, pelos mais diversos motivos: nacionais e estrangeiros, homens e mulheres, adultos e menores, maiorias e minorias étnicas, culturais, políticas e religiosas, vencedores e vencidos em disputas internas e internacionais, grupos arraigados e grupos deslocados, apenas como exemplo. E isso ocorre entre quem faz parte do contingente de trabalho em seu próprio país e quem concorre com eles nos mesmos processos econômicos, mas carecem da condição de nacionais. Esta condição constitui o escudo de proteção de uns; sua ausência significa, com frequência, o fator de exclusão ou detrimento de outros.
22. A pretensão irredutível e permanente do sistema de direitos humanos, bem como das ideias em que se sustenta e dos fins que persegue— é eliminar as distâncias, combater os abusos, assegurar os direitos; em suma, estabelecer a igualdade e realizar a justiça, não apenas como desígnio ético, que seria, por si só, relevante, mas também como estrito cumprimento de regras imperativas que não aceitam exceções e obrigam todos os Estados: *jus cogens* e deveres *erga omnes*, como se afirmou. Em alguns casos há avanços consideráveis, apesar de ainda serem insuficientes —assim, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, que não alcança, porém, dominar a realidade e se converter em experiência unânime—, e fica muito por recorrer em outros, como ocorre no âmbito das relações trabalhistas, quando nele concorrem trabalhadores nacionais e estrangeiros.
23. O OC-18/2003 desautoriza a opinião que sugere restrições e reduções nos direitos das pessoas, quando estas excedem as fronteiras de seu país e se transferem ao exterior, como se esse trânsito desgastasse a condição humana e retirasse a dignidade e, portanto, direitos e liberdades aos migrantes. O Grupo de Trabalho Intergovernamental de Especialistas nos Direitos Humanos dos Migrantes das Nações Unidas —citado no escrito de *amicus curiae* do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), Serviço de Apoio e Orientação a Migrantes e Refugiados (CAREF) e Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires— afirmou que “(t)odas as pessoas, independentemente do local de residência, têm direito ao pleno desfrute de todos os direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Corresponde a todos os Estados respeitar os direitos humanos fundamentais dos migrantes, independentemente de sua condição jurídica”. Acrescenta: “(u)m princípio básico dos direitos humanos é que o fato de entrar em um país distinto do próprio violando as leis de imigração do país não supõe a perda dos direitos humanos do imigrante em situação irregular. Tampouco suprime a obrigação de um Estado Membro (em um instrumento internacional) de protegê-los”. No entanto, nem sempre se reconhece isto. Ocorre, em troca, como se afirmou na intervenção de *amicus curiae* do representante do Alto Comissariado das Nações

Unidas para os Refugiados (ACNUR) que, quando se cataloga uma pessoa como migrante, “o que se quer dizer é que não possuem direitos e que, deste modo, o Estado, em exercício de sua soberania, pode expulsá-los, deportá-los ou violar seus direitos básicos”.

24. O presente Parecer Consultivo não nega a possibilidade de estabelecer diferenças entre categorias de sujeitos: diferenças razoáveis, fundamentadas em dados objetivos, com as que se pretenda alcançar objetivos lícitos por meios legítimos. Desde logo, é factível que um Estado, ao regular o acesso a seu território e a permanência neste, fixe condições e requisitos que os migrantes devem atender. A inobservância das disposições migratórias traria consigo consequências da mesma ordem, mas não deveria acarretar efeitos em matérias alheias à questão do ingresso e à permanência do migrante.
25. Em função do anterior, não seria admissível, por exemplo, que se privasse o indocumentado, pelo fato de sê-lo, das liberdades de pensamento e de opinião. Tampouco o é punir o descumprimento de disposições migratórias com medidas que correspondem a outros âmbitos, desconhecendo as situações nestes criadas e os efeitos que deveriam trazer consigo, por si mesmas, completamente alheios à infração migratória. Proceder de outra maneira significaria, como ocorre de fato, despossuir uma pessoa, alegando faltas administrativas, do produto de um trabalho já realizado: uma expropriação, *lato sensu*, daquilo que obteve o operário com seu trabalho, através do acordo de vontades com um terceiro, e que já produziu certo benefício a este, que se transformaria em lucro indevido se for excluída a contraprestação —em suas diversas expressões— pelo trabalho realizado.
26. Levando em consideração as características dos deveres gerais dos Estados ao amparo do Direito Internacional geral e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especificamente, no que corresponde a estes requisitos do *jus cogens*, estes devem desenvolver, como se sustenta no OC-18/2003, determinadas ações em três ordens mutuamente complementares: a) por um lado, assegurar através de medidas legislativas e de outra natureza —ou seja, em todo o âmbito de atribuições e funções do Estado— a efetiva vigência —não apenas a consagração nominal— dos direitos humanos dos trabalhadores de forma igualitária e sem discriminação alguma; b) além disso, suprimir as disposições, quaisquer que sejam sua categoria ou seu alcance, que impliquem desigualdade indevida ou discriminação; e c) finalmente, combater as práticas públicas ou privadas que tenham esta mesma consequência. Apenas então, pode-se dizer que um Estado cumpre suas obrigações de *jus cogens* nesta matéria, que, como se mencionou, não dependem de que o Estado seja parte em determinado convênio internacional, e apenas então ficaria protegido da responsabilidade internacional que provém do descumprimento de deveres internacionais.
27. O OC-18/2003 examina centralmente os direitos derivados do trabalho e concernentes, deste modo, aos trabalhadores. Estes pertencem à categoria dos direitos denominados “econômicos, sociais e culturais”, que alguns tratadistas qualificam como direitos de “segunda geração”. Então, seja qual for a sua embalagem, levando em consideração sua matéria e, inclusive, a época na que chegaram aos textos constitucionais, primeiro, e internacionais, depois, o certo é que têm a mesma categoria dos direitos chamados “civis e políticos”. Uns ou outros, mutuamente dependentes ou condicionados, integram o estatuto contemporâneo do ser humano: são um único conjunto amplo, partes do mesmo universo, que se desintegraria artificialmente se ficasse excluída alguma delas.
28. Entre estes direitos não há mais distância que a relativa à sua matéria, à identidade dos bens que tutelam, ao espaço no qual surgem e prosperam. Têm a mesma hierarquia e reivindicam idêntico respeito. Não é devido confundir uns com outros, mas tampouco é possível ignorar a relação em que se encontram, pelo mesmo império das circunstâncias: digamos, por exemplo, que embora o direito ao trabalho não se confunda com o direito à vida, o trabalho é condição de uma vida digna, e inclusive da própria vida: fator de subsistência. Se se nega o acesso ao trabalho, ou se impede ao trabalhador a recepção de seus frutos, ou se obstrui a via jurisdicional ou administrativa pela que este reivindica seus direitos, poderia ficar em risco a vida, e, em todo caso, a qualidade da vida sofrerá prejuízo, que é um ponto básico tanto dos direitos econômicos, sociais e culturais como dos civis e políticos.
29. Os direitos humanos dos trabalhadores, isto é, os direitos fundamentais de caráter trabalhista, derivam de duas fontes, que operam de forma concertada: a) primeiro, a condição humana do titular, que exclui, como já se afirmou, desigualdades inadmissíveis e discriminações; e b) segundo, a relação de trabalho que se estabelece entre o titular destes direitos e a pessoa jurídica, individual ou coletiva, à que prestará, presta ou prestou seus serviços, relação que surge do próprio fato de prestar, dispor-se a prestar ou ter prestado um serviço, independentemente de que esta se encontre formalizada através de um contrato, que não existe

em um grande número de casos —a maioria, provavelmente—, apesar de que sim exista —e isto é o que verdadeiramente importa— o fato determinante da relação trabalhista, que é, ao mesmo tempo, fonte de direitos e obrigações.

30. É preciso acentuar essas considerações em relação a todos os indivíduos que realizam atividades em troca de determinada remuneração, mas principalmente —por se tratar da matéria que se analisa no OC-18/2003— na hipótese dos que têm a qualidade de trabalhadores conforme a caracterização que sobre esta categoria costuma proporcionar o direito do trabalho: prestadores de serviços de forma dependente e subordinada, que integram o mais amplo contingente do grupo vulnerável por causa de sua condição migratória, principalmente quando se trata de migrantes indocumentados.
31. Em diversos instrumentos internacionais —além dos textos nacionais mais avançados— formulam-se listas ou relações de direitos trabalhistas que devem ser reconhecidos e garantidos. Assim é na Declaração Universal sobre Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e na Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (86ª Reunião, Genebra, 1998).
32. Estes e outros instrumentos contribuem a estabelecer os padrões internacionais em matéria de direitos trabalhistas, invocados neste Parecer Consultivo e aplicáveis ao direito e às práticas que, conforme o Parecer, apresentem-se nos Estados. Tais padrões são o produto de uma constante e comprovada evolução, expressam a opinião compartilhada pelos membros da comunidade jurídica internacional e possuem, portanto, o duplo valor que lhe designam esta circunstância e a própria natureza dos instrumentos nos quais estes se inscrevem.
33. Há certos direitos, mencionados na parte considerativa do OC-18/2003, que possuem especial importância enquanto são os mais geralmente reunidos nas regras nacionais e internacionais, com frequência constituem condições ou fatores de outros direitos trabalhistas e por suas próprias características determinam o marco geral para a prestação do trabalho e a proteção e o bem estar de quem o realiza. Na correspondente relação — que não é exaustiva— figuram a proibição do trabalho forçado ou obrigatório, a eliminação de discriminações na prestação do trabalho, a abolição do trabalho infantil, a proteção das mulheres trabalhadoras e os direitos correspondentes ao salário, à jornada de trabalho, ao descanso e às férias, à higiene e segurança no trabalho, à associação sindical, à negociação coletiva.
34. O “Programa de Ação” aprovado pela Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001) instou os Estados a assegurar a plena igualdade dos migrantes perante a lei, “incluindo a legislação trabalhista”, e a “eliminar os obstáculos, segundo proceda: à participação na formação profissional, à negociação coletiva, ao emprego, aos contratos e às atividades sindicais; ao acesso aos tribunais judiciais e administrativos para apresentar queixas; ao direito a buscar emprego em diferentes partes do país de residência, e ao trabalho em condições seguras e saudáveis” (Programa, par. 28). Também instou os Estados a adotar “todas as medidas possíveis para promover o pleno desfrute por todos os migrantes de todos os direitos humanos, em particular os relacionados aos salários justos e a remuneração equitativa por trabalho de igual valor sem distinção de nenhuma espécie, e o direito à segurança em caso de desemprego, enfermidade, deficiência, viuvez, velhice ou outra falta de meios de subsistência em circunstâncias alheias à sua vontade, à previdência social, incluindo o seguro social, ao acesso à educação, à atenção sanitária, aos serviços sociais e ao respeito à sua identidade cultural” (Programa, par. 30, g).
35. A menção destes direitos no Parecer Consultivo OC-18 não serve ao propósito de estabelecer determinada organização hierárquica dos direitos humanos dos trabalhadores, distribuídos em um conjunto que pudesse constituir o “núcleo duro” e outro que pudesse possuir outro caráter, de alguma maneira secundário ou prescindível. Apenas se trata de pôr ênfase sobre determinados direitos que se destacam na relação trabalhista e nas necessidades e expectativas dos trabalhadores migrantes indocumentados e a cuja observância e garantia é preciso dedicar especial atenção, sem menosprezo da que se deva oferecer a outros direitos não mencionados nessa relação.
36. A proclamação de direitos sem a provisão de garantias para exercê-los fica no vazio. Converte-se em uma formulação estéril, que semeia expectativas e produz frustrações. Por isso é preciso estabelecer as garantias que permitam reivindicar o reconhecimento dos direitos, recuperá-los quando foram desconhecidos, restabelecê-los se foram violados e colocá-los em prática quando seu exercício tropeça em obstáculos indevidos. A isso

atende o princípio de acesso igual e expresso à proteção jurisdicional efetiva, isto é, a possibilidade real de ter acesso à justiça através dos meios que o ordenamento interno proporciona a todas as pessoas, com a finalidade de alcançar uma solução justa à controvérsia que se suscitou. Em outros termos: acesso formal e material à justiça.

37. A esse acesso serve o devido processo, amplamente examinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no exercício de suas competências consultiva e contenciosa. A rigor, o devido processo é o meio consequente com o mais avançado conceito dos direitos humanos para assegurar a efetiva realização destes direitos: um método ou fator para a eficácia do direito em seu conjunto e dos direitos subjetivos em casos concretos. O devido processo, conceito dinâmico guiado e desenvolvido sob um modelo garantidor que serve aos interesses e direitos individuais e sociais, bem como ao supremo interesse da justiça, constitui um princípio orientador para a devida solução dos litígios e um direito primordial de todas as pessoas. Aplica-se à solução de controvérsias de qualquer natureza —entre elas, obviamente, as trabalhistas— e às petições e reivindicações que se apresentam perante quaisquer autoridades: judiciais ou administrativas.
38. O devido processo, em seus elementos que interessam para o objeto do OC-18/2003, implica, por uma parte, a maior igualdade —equilíbrio, “igualdade de armas”— entre os litigantes, particularmente importante quando em um extremo da disputa se encontra o vulnerável trabalhador migrante e no outro o empregador dotado de direitos suficientes e eficientes, uma igualdade que apenas se consegue —na maioria dos casos, que refletem a verdadeira dimensão do problema coletivo— quando o poder público incorpora, através de leis e critérios de interpretação e aplicação, os elementos de compensação ou correção aos que antes me referi; e, além disso, o cumprimento claro e fluído do dever que tem o Estado de oferecer o serviço de justiça, sem distinção e, muito menos, discriminação, que implicaria, de entrada, a derrota do acusado débil.
39. Estas precisões por parte do OC-18/2003 têm especial relevância. Efetivamente, os trabalhadores indocumentados costumam enfrentar problemas severos de acesso efetivo à justiça. Estes problemas não apenas derivam de fatores culturais e de carência de recursos ou conhecimentos adequados para invocar a proteção das autoridades competentes para oferecê-la, mas da existência de regras ou práticas que obstruem ou enrarecem a prestação jurisdicional do Estado. Isso ocorre quando o pedido de justiça pode desembocar em represálias contra os solicitantes por parte de autoridades ou particulares, medidas de coerção ou detenção, ameaças de deportação ou privação de liberdade e outras similares, que lamentavelmente não são alheias à mais frequente experiência dos imigrantes indocumentados. Desta sorte, o exercício de um direito humano primordial —acesso à justiça— culmina na privação de múltiplos direitos. Convém enfatizar que inclusive no caso de que se apliquem medidas de coerção ou sanções baseadas em disposições migratórias —, a deportação ou a expulsão—, o impactado conserva integralmente os direitos que lhe correspondem em função do trabalho realizado, cuja fonte é alheia ao problema migratório e se localiza unicamente na prestação do trabalho.
40. O Parecer Consultivo com o qual concordo com este Voto Fundamentado aborda o tema das políticas públicas, apresentado no pedido formulado pelo Estado requerente. A esse respeito, reconhece-se que os Estados têm a faculdade de adotar políticas públicas —que se manifestam em leis, regulamentos e outras regras, planos, programas e ações diversas— dirigidas à obtenção de fins coletivos legítimos. Entre essas políticas figuram as relativas aos processos populacionais, que incluem as questões migratórias, além das concernentes ao manejo da economia, ao emprego da mão de obra, ao fomento de determinadas atividades produtivas, à proteção de setores específicos da agricultura, da indústria, do comércio e dos serviços, etc.
41. Surge um problema, entretanto, quando alguns aspectos específicos de uma política do Estado entram em colisão com os direitos humanos de certo setor da população. Evidentemente, isto não deverio ocorrer em nenhuma circunstância. É função do Estado que responde uma vocação democrática, reconhece e garante os direitos humanos de seus habitantes, implementar as diversas políticas públicas de maneira que se preservem estes direitos e, ao mesmo tempo, procurem e alcancem os legítimos objetivos que estas políticas pretendem. Digamos, novamente, que o fim plausível não justifica o emprego de meios ilegítimos. Em tais casos prevalecem os compromissos essenciais do Estado com os direitos humanos, cuja preservação constitui a razão de ser da organização política, como se manifestou constantemente a partir dos mais importantes documentos políticos da etapa moderna, gerados pelos grandes movimentos insurgentes e revolucionários dos Estados Unidos e da França no último terço do século XVIII. Se este é o dado ético e jurídico essencial da sociedade política, um Estado não poderia violar os direitos humanos das pessoas sujeitas à sua jurisdição alegando para isso determinadas políticas.

42. Sobre estas bases, o Parecer Consultivo OC-18/2003 se refere a vários acordos —que se sustentam, é preciso acreditar, em convicções profundas— da comunidade internacional a propósito das políticas migratórias, tema da consulta proposta pelos Estados Unidos Mexicanos. Nesse sentido, figuram a “Declaração” e o “Programa de Ação” emanados da Conferência de Durban, e a Resolução sobre estes mesmos temas da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (Res. 2001/5), textos mencionados pela Corte Interamericana no presente Parecer Consultivo. No documento citado primeiramente se enfatizou o direito dos Estados a adotar suas próprias políticas de migração, e igualmente se afirmou “que essas políticas devem ser congruentes com os instrumentos, regras e princípios de direitos humanos” (Declaração, par. 47).
43. Seria ilusório acreditar que a opinião de um órgão jurisdicional —apoiado, entretanto, nas convicções e nas decisões de Estados que representam, neste Continente, centenas de milhões de pessoas— e as correntes de progresso com justiça que animam muitos homens e mulheres de boa vontade poderiam inverter, no curto prazo, tendências antigas que têm sua raiz em preconceitos profundos e muitos interesses. No entanto, estas forças, concertadas, podem fazer sua parte no esforço humano por mover montanhas. Recorrer esse caminho e concluí-lo exige adotar —como se afirmou em Durban— estratégias, políticas, programas e medidas que competem à “responsabilidade de todos os Estados, com a plena participação da sociedade civil no âmbito nacional, regional e internacional” (Declaração, par. 122). Neste esforço, o OC-18/2003 cumpre sua própria missão. O faz, como corresponde a este tribunal, sob a perspectiva que lhe compete: jurídica, a partir dos princípios germinais e radicais do sistema internacional dos direitos humanos.

Sergio García Ramírez  
Juiz

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

**VOTO CONCORDANTE DO JUIZ HERNÁN SALGADO PESANTES**

O presente Parecer Consultivo, solicitado pelo Estado do México e enriquecido com os critérios de outros Estados e com a contribuição intelectual das organizações não governamentais, permitiu realizar várias reflexões, das quais quero retomar algumas como apoio aos critérios expostos.

1. Dentro da inter-relação e indivisibilidade dos direitos humanos, a igualdade e a não discriminação são direitos que formam uma plataforma sobre a qual outros são construídos, em especial os direitos econômicos, sociais e culturais, cujos conteúdos não podem prescindir daqueles. Coisa similar ocorre com a liberdade.
2. Inseparável da igualdade está a não discriminação que determina o alcance da primeira. No momento atual da evolução dos direitos humanos, penso que a igualdade e a não discriminação são dois direitos de conteúdo autônomo que têm vida própria dentro desse contexto de inter-relação indivisível.
3. É sabido que a igualdade, reconhecendo a diversidade dos seres humanos, aceita e propicia determinadas distinções sempre que tendam a fortalecer, não a impedir, o desfrute e o exercício de todos os direitos, incluída a própria igualdade. Estas distinções, em consequência, não afetam o direito a não ser discriminado. Tampouco restringem o conceito de igualdade.
4. No contexto do presente Parecer, esta Corte diferenciou o termo distinção da discriminação (parágrafo 84) e indicou seus elementos caracterizadores, sobre os quais quero insistir.
5. O conceito de distinção se refere ao tratamento diferente do que se aplica de modo geral, isto é, singulariza-se uma situação concreta com fundamento em determinadas razões. Para que a distinção não se converta em discriminação deve cumprir as seguintes exigências, estabelecidas pela doutrina e a jurisprudência dos direitos humanos.
6. Que persiga um fim legítimo e que tenha caráter objetivo, no sentido de que exista uma diferença substantiva e não meramente formal, pois, como afirmou esta Corte a distinção de tratamento deve estar fundamentada em *“pressupostos de fato substancialmente diferentes e que expressem de modo proporcional uma conexão fundamentada entre essas diferenças e os objetivos da norma”*.<sup>1</sup>
7. Além disso, essa diferença deve ser relevante, possuir uma importância suficiente para justificar um tratamento distinto, e ser necessária e não unicamente conveniente ou útil. Por exemplo, não basta a diferença homem-mulher para impor um tratamento distinto no trabalho, mas sim o fato da gravidez e da maternidade.
8. Deve haver proporcionalidade entre a diferença fática e a jurídica, entre os meios escolhidos e os fins; a desproporção entre o conteúdo do tratamento diferente e a finalidade proposta leva à discriminação. Por exemplo, para manter uma política de trabalho se dispõe que o trabalhador indocumentado deve ser despojado de seus direitos fundamentais.
9. Juntamente com a proporcionalidade, costuma-se indicar a idoneidade ou adequação, referida às consequências jurídicas que querem ser alcançadas com o tratamento diferenciado e levando em consideração as condições concretas e atuais em que se aplicará a distinção.
10. Mas há um denominador comum frente aos anteriores, que afina o conteúdo e alcance dos outros elementos, a razoabilidade. O emprego destes elementos permite detectar a presença da discriminação em uma “categoria suspeita”, identificada no presente caso, pelos migrantes trabalhadores indocumentados.
11. Os migrantes trabalhadores indocumentados têm -como todo ser humano- os direitos de igualdade perante a lei e de não serem discriminados.
12. A igualdade perante a lei significa que devem ser tratados da mesma maneira que os migrantes documentados e que os nacionais perante a lei do país receptor. A proibição de trabalhar deve ser considerada neste contexto. A condição de trabalhador indocumentado não pode se converter jamais em fundamento para que não tenha acesso à justiça e ao devido processo, para perder salários atrasados, não ter prestações sociais e ser objeto de diversos abusos e arbitrariedades.
13. Tais situações demonstram fidedignamente a existência de uma série de tratamentos discriminatórios que buscam se fundamentar na distinção entre documentados e indocumentados.

1. Corte I.D.H., *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 57.

14. Como se expressa no Parecer Consultivo, esta diferença de tratamento não possui justificativa, não é necessária nem proporcional, seus efeitos não são razoáveis; contradiz o fim maior do Estado de respeitar e garantir os direitos de toda pessoa que, por razões de trabalho com documentos ou sem eles, encontre-se sob sua jurisdição.
  15. É preciso ter presente que as graves violações de direitos, como ocorre com os trabalhadores migrantes indocumentados, terminam afetando seriamente o direito à vida. Nesse sentido, a Corte Interamericana manifestou que a vida compreende, “*não apenas o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito a que não lhe seja impedido o acesso às condições que lhe garantam uma existência digna*”.<sup>2</sup>
  16. Cabe destacar que a obrigação de respeitar e garantir a igualdade e a não discriminação (tanto como os demais direitos) que consagra o Direito Internacional dos Direitos Humanos –com seus tratados e jurisprudência- é também uma obrigação irrenunciável na ordem interna dos Estados constitucionais e democráticos.
  17. Em meu critério, um ponto de particular importância neste Parecer Consultivo é o de estabelecer claramente a eficácia dos direitos humanos frente a terceiros, em uma concepção horizontal. Estes aspectos, como se sabe, foram amplamente desenvolvidos pela doutrina alemã (*Drittwirkung*) e resgatados pelo constitucionalismo de nossa época.
  18. A obrigação de respeitar os direitos humanos não é só do Estado, é também dos particulares em sua inter-relação com outros particulares. O âmbito da autonomia da vontade, que predomina no direito privado, não pode ser um obstáculo para que se dilua a eficácia vinculante *erga omnes* dos direitos humanos.
  19. Os destinatários dos direitos humanos –além do Estado (âmbito público)- são também os terceiros (âmbito privado), que podem violá-los no campo das relações particulares. Para os fins deste Parecer, limitamo-nos basicamente ao mundo do trabalho onde se estabeleceu que se violam os direitos à igualdade e à não discriminação.
  20. Os direitos trabalhistas, em seu conjunto, adquirem uma real dimensão nas relações entre particulares, portanto é frente a terceiros que devem ter uma eficácia vinculante. Com esta finalidade, todo Estado deve adotar medidas legislativas ou administrativas para impedir estas violações, e os instrumentos processuais devem ser efetivos e ágeis.
  21. No plano da responsabilidade internacional, toda violação de direitos que realizem os particulares serão imputáveis ao Estado no caso de não ter tomado medidas eficazes para prevenir tal violação, por tolerá-la ou por permitir a impunidade para seus autores.
  22. O afirmado significa que os instrumentos internacionais de direitos humanos também produzem efeitos vinculantes frente a terceiros. E, a responsabilidade dos particulares incide na do Estado e a compromete.
- Participei neste Parecer Consultivo, assim como meus colegas, consciente de sua importância para todos os países de nosso Continente.

Hernán Salgado Pesantes  
Juiz

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

2. Corte I.D.H., *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, par. 144.

## VOTO CONCORDANTE DO JUIZ ALIRIO ABREU BURELLI

Ao somar meu Voto ao dos demais juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no proferimento do presente Parecer Consultivo, permito-me fazer, separadamente, as seguintes considerações:

### I

A Corte, nesta oportunidade, precisou o alcance das obrigações dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, de respeitar e garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes indocumentados, independentemente de sua nacionalidade, ao estabelecer que o princípio de igualdade e não discriminação, que é fundamental para a proteção destes direitos, pertence ao *jus cogens*.<sup>3</sup>

Esta precisão conduz a Corte a declarar, igualmente, que os Estados, sejam ou não partes de um determinado tratado internacional, estão obrigados a proteger os direitos de igualdade e não discriminação e que essa obrigação tem efeitos *erga omnes*, não apenas em relação aos Estados, mas também frente a terceiros e particulares. Os Estados devem, portanto, respeitar e garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores, seja qual for seu *status* migratório, e, ao mesmo tempo, devem impedir que empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados ou que a relação de trabalho viole os padrões mínimos internacionais. Para que seja efetiva a tutela dos direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados é necessário que se garanta a estes o acesso à justiça e o devido processo legal.<sup>4</sup>

A observância pelo Estado do princípio da igualdade e não discriminação e o direito a um devido processo legal não pode estar subordinada a objetivos de suas políticas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório.

Ao dar meu Voto a favor da adoção deste Parecer, estou consciente de sua especial transcendência, ao buscar dar respostas jurídicas, na ordem internacional, ao grave problema da violação dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes. Entretanto, sua natureza não contenciosa, os Pareceres Consultivos, em geral, por sua força moral, e pelo princípio de boa fé em que se fundamentam os tratados internacionais que os autorizam, têm efeitos inegáveis tanto na atividade legislativa e administrativa dos Estados, como na interpretação e aplicação, pelos juízes, das leis e dos tratados sobre direitos humanos.

### II

Neste Parecer, a Corte se pronunciou sobre os direitos que devem ser reconhecidos e aplicados pelos Estados aos trabalhadores que, por distintas circunstâncias, emigram de seus países em procura de bem estar econômico, e que ao não terem *status* migratório legal, podem ser vítimas de violações de seus direitos, entre outros, de seus direitos trabalhistas, de seus direitos à integridade, à igualdade e não discriminação. Nesse sentido, o Estado solicitante do Parecer da Corte, refere-se ao fato concreto de que, quase seis milhões de trabalhadores mexicanos vivem fora do território nacional, dos quais aproximadamente dois milhões e meio são trabalhadores migrantes indocumentados. Acrescenta que “apenas em cinco meses, (do ano de 2002), o México teve que intervir, através de suas representações consulares, em aproximadamente 383 casos em defesa dos trabalhadores mexicanos, por discriminação trabalhista, salários não pagos, indenizações por doenças adquiridas nos centros de trabalho e acidentes de trabalho, entre outros motivos”.

3. Afirmar que o princípio de igualdade e não discriminação pertence ao domínio do *jus cogens*, tem, segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vários efeitos jurídicos: o reconhecimento de que a norma é hierarquicamente superior a respeito de qualquer norma de direito internacional, excetuando outras normas de *jus cogens*; em caso de conflito, teria primazia a norma de *jus cogens* frente a qualquer outra norma de direito internacional, e seria nula ou careceria de efeitos jurídicos a disposição que contradiga a norma imperativa. (Tomado dos argumentos das Clínicas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade San Francisco de Quito).

4. No Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirmou que “ para que exista “devido processo legal” é preciso que um acusado possa exercer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados. Com efeito, é útil recordar que o processo é um meio para assegurar, na maior medida possível, a solução justa de uma controvérsia. A esse fim responde o conjunto de atos de diversas características geralmente reunidos sob o conceito do devido processo legal. O desenvolvimento histórico do processo, coerente com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, trouxe consigo a incorporação de novos direitos processuais. São exemplo deste caráter evolutivo do processo os direitos a não se autoincriminar e a depor na presença de um advogado, que hoje em dia figuram na legislação e na jurisprudência dos sistemas jurídicos mais avançados. Desta forma, progressivamente, foi estabelecido o aparato das garantias judiciais recopiladas pelo artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, que podem e devem agregar-se, sob o mesmo conceito, de outras garantias apresentadas por diversos instrumentos do Direito Internacional”.

Assim mesmo, o Juiz Antônio Cançado Trindade, em um estudo sobre os fluxos migratórios forçados, afirma que “...os migrantes em busca de trabalho e melhores condições de vida totalizam hoje 80 milhões de seres humanos... As causas das migrações forçadas não são fundamentalmente distintas às do deslocamento populacional. Em um relatório Analítico sobre Deslocados Internos de 1992, o Secretário Geral das Nações Unidas identificou, entre as causas das migrações massivas involuntárias dentro das fronteiras estatais, os desastres naturais, os conflitos armados, a violência generalizada, as violações sistemáticas dos direitos humanos”.<sup>5</sup>

Outras causas das migrações massivas são, segundo o Juiz Cançado Trindade, “os múltiplos conflitos internos, de caráter étnico e religioso, reprimidos no passado, mas desencadeados nos últimos anos. A estes se soma o aumento da pobreza crônica, a qual, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apenas na América Latina afeta atualmente mais de 270 milhões de pessoas...”. Segundo um relatório do Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas,<sup>6</sup> as causas das migrações contemporâneas em busca de trabalho são, fundamentalmente, a pobreza e a incapacidade para ganhar ou produzir o suficiente para a própria subsistência ou da família no país de origem. Estas razões não apenas caracterizam a migração de Estados pobres a ricos; a pobreza alimenta também os movimentos de países em desenvolvimento para outros países onde as perspectivas de trabalho parecem, ao menos a distância, melhores. Existem outras razões –segundo o mencionado relatório– que explicam a saída ao exterior em busca de trabalho. A guerra, os conflitos civis, a insegurança ou a perseguição derivadas da discriminação por motivos de raça, origem étnica, cor, religião, idioma ou opiniões políticas, são todos fatores que contribuem todos ao fluxo de trabalhadores migrantes.

### III

Limitada a um âmbito estritamente jurídico, determinado pelos instrumentos convencionais, estatutário e regulamentar que regem suas atuações, não pode a Corte, no exercício de sua competência, ir além da interpretação e aplicação de regras de direito em suas sentenças ou pareceres consultivos. Não é possível, no entanto, impedir que o drama humano que subjaz no mérito dos processos que conhece, fique refletido nas atas e na memória da Corte. Não poucas vezes as declarações das vítimas, ou de seus familiares, que comparecem a este Tribunal em busca de justiça, comoveram profundamente a sensibilidade dos juízes. A morte arbitrária de crianças, de jovens e, em geral, de toda pessoa; o desaparecimento forçado; a tortura; a privação ilegítima da liberdade, e outras violações de direitos humanos, colocados sob o conhecimento e decisão da Corte, não chegam a se decidir em conceitos puramente jurídicos, nem sequer com os esforços do Tribunal por tentar reparar, além das indenizações patrimoniais, os danos sofridos pelas vítimas. Continua sendo um ideal –cujas realizações dependem da formação de uma nova concepção coletiva sobre a justiça– que estas violações não voltem a se repetir nunca mais e que, caso ocorram, seus autores sejam severamente punidos. Nesse Parecer, expressado em termos jurídicos concretos, -mas também humanísticos-, e tendo em conta as obrigações internacionais assumidas pelos Estados, a Corte precisou a conduta que estes devem observar de respeito e garantia dos direitos dos imigrantes indocumentados para evitar que sejam vítimas de exploração ou de discriminação no desfrute e exercício de seus direitos trabalhistas. É um pronunciamento da Corte sobre a interpretação e aplicação de regras vigentes, de aceitação universal, por estarem fundamentadas em princípios de *jus cogens*, que obrigam por igual a todos os Estados, mas contém igualmente um chamado implícito à justiça social e à solidariedade humana.

### IV

Em particular –e pela possibilidade de fazê-lo neste voto separado– considero que não é possível evitar, através de considerações apenas jurídicas, a tragédia representada em cada caso de migração forçada, seja qual for sua causa. Deve, portanto, ser motivo de reflexão a tragédia representada em toda pessoa que, contra sua vontade, abandona seu país de origem, seu lar, seus pais, sua mulher, seus filhos, suas lembranças, para enfrentar uma realidade geralmente hostil, e se converter em um alvo para a exploração humana e do trabalho devido à sua condição especialmente vulnerável. A comunidade internacional, além de tentar reparar as consequências das migrações forçadas, através de instrumentos de Direito Internacional, da criação de tribunais, de políticas

5. Cançado Trindade, Antônio A. “Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados”. Publicação da Organização Internacional para as Migrações e do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Guatemala 2001, pág. 11.

6. Citado por Antônio Cançado Trindade, ob. cit., pág. 12.

migratórias e de medidas administrativas ou de qualquer outra natureza, deverá igualmente se preocupar por indagar quais são as causas reais das migrações e buscar que as pessoas não se vejam forçadas a emigrar. Encontrar-se-á assim que, ao lado de inevitáveis fatos naturais, em muitas ocasiões as migrações são resultado do empobrecimento dos países, causado por políticas econômicas equivocadas, com exclusão de vários setores da população, ao qual se deve acrescentar o fato generalizado da corrupção. Outros fatores de distinta natureza são as ditaduras ou regimes populistas; a extração irracional, nos países pobres, das matérias primas para a industrialização no exterior por empresas transnacionais, e a exploração dos trabalhadores, sob a tolerância ou cumplicidade dos governos; os enormes desequilíbrios sociais e econômicos e a desigualdade; a carência de políticas educativas nacionais que reúnam a totalidade da população, que garantam a profissionalização e capacitação para o trabalho produtivo; a excessiva publicidade que induz ao consumismo e à ilusão de bem estar nos países altamente desenvolvidos; a ausência de uma sincera cooperação internacional nos planos nacionais de desenvolvimento; as políticas de desenvolvimento macroeconômico, independentemente da justiça social.

Diante da magnitude destes problemas se formularam propostas, entre outras, dirigidas à construção de uma nova ordem internacional baseada na justiça, e no fortalecimento da democracia. Em seu livro *“El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”*, o Juiz Cançado Trindade considera que “...o fenômeno atual do *empobrecimento*, segundo recentes dados do PNUD e da CEPAL, do crescimento considerável dos contingentes de “novos pobres” em tantos países latino-americanos, revela a inobservância, e mesmo a violação generalizada dos direitos econômicos, sociais e culturais. Determinados direitos, de caráter econômico e social, como os direitos a não ser submetido a trabalho forçado e a discriminação em relação ao emprego e à ocupação, além da liberdade de associação para fins sindicais, estão intimamente vinculados às chamadas liberdades civis... O relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1992, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), afirma que ‘a democracia e a liberdade dependem de muito mais que das urnas. A expansão da democracia teve como complemento um maior reconhecimento dos direitos humanos.’ Em resumo, não há direitos humanos sem democracia, bem como não há democracia sem direitos humanos... A democracia participativa, e em última análise, o próprio desenvolvimento humano, apenas são possíveis no contexto dos direitos humanos... O conceito de democracia inclui hoje tanto a democracia política (com ênfase nos processos democráticos formais) como “a democracia de desenvolvimento: nesta última ‘os direitos civis e políticos se consideram veículos para fazer avançar a igualdade de condição, não simplesmente as oportunidades’. ...A inter-relação dos direitos humanos com a democracia em nossos dias encontra expressão nas disposições dos próprios instrumentos gerais de direitos humanos nos planos global e regional”.<sup>7</sup>

No Parecer Consultivo OC 9/87, de 6 de outubro de 1987, a Corte enfatizou, como havia feito em Pareceres anteriores (OC 5/85, OC /86, OC 8/87), que são consubstanciais o Estado de Direito, a Democracia e a liberdade pessoal com o Sistema Interamericano e, em particular, com o regime de proteção dos direitos humanos contido na Convenção e acrescentou: “Em uma sociedade democrática os direitos e liberdades inerentes à pessoa, suas garantias e o Estado de Direito constituem uma tríade, em que cada um dos componentes se define, completa e adquire sentido em função dos outros”.

É possível que a formação de uma sociedade justa comece com o fortalecimento de uma democracia verdadeira que garanta plenamente a dignidade do ser humano.

Alirio Abreu Burelli  
Juiz

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

7. Cançado Trindade, Antônio A. *“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”*, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO DAS CRIANÇAS YEAN E BOSICO VS. REPÚBLICA DOMINICANA**  
**(Sentença de 8 de setembro de 2005)**

No caso das Crianças Yean e Bosico,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:

Sergio García Ramírez, Presidente;  
Alirio Abreu Burelli, Vice-Presidente;  
Oliver Jackman, Juiz;  
Antônio A. Cançado Trindade, Juiz, e  
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção Americana” ou “a Convenção”) e com os artigos 29, 31, 37.6, 56 e 58 do Regulamento da Corte (doravante denominado “o Regulamento”), profere a presente Sentença.

**I**  
**Introdução da Causa**

1. Em 11 de julho de 2003, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) submeteu à Corte uma demanda contra a República Dominicana (doravante denominada “a República Dominicana” ou “o Estado”), a qual se originou da denúncia nº 12.189, recebida na Secretaria da Comissão em 28 de outubro de 1998.
2. A Comissão apresentou a demanda com base no artigo 61 da Convenção Americana, com a finalidade de que a Corte declarasse a responsabilidade internacional da República Dominicana pela suposta violação aos artigos 3º (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 8º (Garantias Judiciais), 19 (Direitos da Criança), 20 (Direito à Nacionalidade), 24 (Igualdade perante a Lei) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2º (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) do mesmo instrumento convencional, em detrimento das crianças Dilcia Oliven Yean e Violeta Bosico Cofi<sup>1</sup> (doravante denominadas “as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico”, “as crianças Yean e Bosico”, “as crianças Dilcia e Violeta”, “as crianças” ou “as supostas vítimas”), em relação aos fatos ocorridos e aos direitos violados desde 25 de março de 1999, data na qual a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte.
3. A Comissão argumentou em sua demanda que o Estado, por meio de suas autoridades do Registro Civil, negou às crianças Yean e Bosico a emissão de suas certidões de nascimento, apesar de terem nascido no território do Estado e de que a Constituição da República Dominicana (doravante denominada “a Constituição”) estabelece o princípio do ius soli para determinar quem é cidadão dominicano. A Comissão afirmou que o Estado obrigou as supostas vítimas a permanecerem em uma situação de contínua ilegalidade e vulnerabilidade social, violações que adquirem uma dimensão mais grave quando se trata de menores, pois a República Dominicana negou às crianças Yean e Bosico seu direito à nacionalidade dominicana e as manteve como apátridas até 25 de setembro de 2001. Segundo a Comissão, a criança Violeta Bosico se viu impossibilitada de frequentar a escola por um ano devido à falta de documentos de identidade. A inexistência de um mecanismo ou procedimento

1. Em 25 de março de 1999, data na qual o Estado reconheceu a competência contenciosa da Corte, Dilcia Yean tinha 2 anos de idade, e Violeta Bosico tinha 14 anos de idade.

para que um indivíduo apele de uma decisão do Registro Civil perante o Juiz de Primeira Instância, bem como as ações discriminatórias dos funcionários do Registro Civil, que não permitiram às supostas vítimas obterem suas certidões de nascimento, são igualmente alegadas pela Comissão como violações a determinados direitos consagrados na Convenção. Além disso, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado que conceda uma reparação que represente uma plena satisfação pelas supostas violações de direitos ocorridas em detrimento das crianças. Ademais, pediu que o Estado adote as medidas legislativas ou de outro caráter necessárias para garantir o respeito aos direitos consagrados na Convenção e estabeleça diretrizes que contenham requisitos razoáveis para o registro tardio de nascimento e não imponham requisitos excessivos nem discriminatórios, com o objetivo de facilitar os registros das crianças dominicanas-haitianas. Finalmente, a Comissão requereu à Corte que ordenasse ao Estado o pagamento das custas e gastos razoáveis resultantes da tramitação do caso na jurisdição interna e perante os órgãos do sistema interamericano.

## II Competência

4. A Corte é competente, nos termos dos artigos 62 e 63.1 da Convenção, para conhecer das exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas no presente caso, porque a República Dominicana é Estado Parte na Convenção Americana desde 19 de abril de 1978 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 25 de março de 1999 (pars. 100 a 108 e 132 infra).

## III Procedimento perante a Comissão

5. Em 28 de outubro de 1998, as crianças Yean e Bosico, por meio do senhor Genaro Rincón Miesse<sup>2</sup> e da senhora Solain Pierre,<sup>3</sup> coordenadora geral do Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (doravante denominado “MUDHA”), apresentaram uma denúncia perante a Comissão Interamericana baseada na “negação às [crianças Yean e Bosico] de suas certidões de nascimento que lhes permit[iriam] ter uma nacionalidade e um nome; [e que] restringe [...] o direito à educação, já que, na República [Dominicana], sem a certidão de nascimento é impossível frequentar a escola, entre outras coisas”.
6. Em 27 de abril de 1999, a Comissão recebeu uma denúncia enviada em inglês e um pedido de medidas cautelares, apresentados pelo senhor Genaro Rincón Miesse, representante do MUDHA, pela senhora María Claudia Pulido, representante do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominado “CEJIL”), e pelas senhoras Laurel Fletcher e Roxana Altholz, representantes da International Human Rights Law Clinic, School of Law (Boalt Hall), University of California, Berkeley (doravante “Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos”), como representantes das peticionárias. Em 11 de junho de 1999, foi recebida a versão final em espanhol da denúncia apresentada perante a Comissão Interamericana, na qual os representantes das peticionárias alegaram a violação aos artigos 3º, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 e 24 da Convenção Americana, bem como dos artigos VI, VII, VIII, XII, XVII, XIX, XX e XXIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração Americana”), em função de que “negar-se a registrar as [crianças com] base [em] seu estado legal e na origem de seus pais, constitui[u] uma violação a [seus] direitos [...] e exp[ôs] as [crianças] a perigos imediatos e de longo prazo em termos de segurança pessoal e bem estar”.
7. Em 7 de julho de 1999, a Comissão abriu o caso, transmitiu ao Estado as partes pertinentes da denúncia, solicitou informação a respeito dos fatos e, de acordo com o Regulamento da Comissão vigente naquele momento, pediu que o Estado fornecesse “qualquer elemento de juízo que permit[isse] [...] apreciar se [...]ha[viam] sido esgotados ou não os recursos da jurisdição interna no caso”.
8. Em 27 de agosto de 1999, a Comissão solicitou à República Dominicana a adoção de medidas cautelares em favor das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, com a finalidade de “conceder imediatamente às [crianças] as

2. Este Tribunal nota que em seu passaporte o senhor Genaro aparece com os sobrenomes “Rincón Miesse”; entretanto, em diversos documentos apresentados pelas partes, este senhor aparece com os sobrenomes “Rincón Martínez”, de modo que se considera que se trata da mesma pessoa. Para efeitos da presente Sentença se usará o nome “Genaro Rincón Miesse”, como consta em seu passaporte.

3. Este Tribunal observa que na certidão de nascimento a senhora Solain aparece com o sobrenome “Pie”; entretanto, em diversos documentos apresentados pelas partes, esta senhora aparece com o sobrenome “Pierre”, de modo que se considera que se trata da mesma pessoa. Para efeitos da presente Sentença se usará o nome “Solain Pierre”, como esta senhora o utiliza ou é conhecida.

- garantias necessárias dirigidas a evitar que pud[essem] ser expulsas do território dominicano e que Violeta Bosica (sic) pud[esse] continuar frequentando normalmente a escola e recebendo a educação que se oferece às demais crianças de nacionalidade dominicana”.
9. Em 30 de agosto de 1999, o Estado solicitou informação à Comissão Interamericana sobre “as razões que [a] levaram a [...] solicitar medidas cautelares nesta oportunidade e não em uma data anterior ou posterior”, bem como sobre a ocorrência de novos fatos que justificassem este pedido. Em 2 de setembro de 1999, a Comissão informou ao Estado que a solicitação de medidas cautelares se referia a uma situação que “reun[ia] os requisitos de urgência e veracidade, e à necessidade de evitar que ocorressem danos irreparáveis às pessoas”.
  10. Em 30 de setembro de 1999, depois da concessão de uma prorrogação de prazo, o Estado informou à Comissão que “a Junta Central Eleitoral, organismo [...] do qual dependem o Registro Civil e os Oficiais do Estado Civil, fez] constar que não ha[via] sido habilitada a tratar do caso em questão, de maneira que [...] ainda não ha[viam] sido esgotados os recursos de jurisdição interna no caso”, e anexou cópias de um ofício, emitido em 27 de setembro de 1999, pelo Presidente da Junta Central Eleitoral, dirigido ao Embaixador Encarregado da Divisão de Estudos Internacionais, a respeito de uma comunicação emitida em 20 de setembro de 1999 pela senhora Thelma Bienvenida Reyes, Oficial do Estado Civil, dirigida ao Encarregado de Inspeção da Junta Central Eleitoral, e também uma lista elaborada pela Junta Central Eleitoral, na qual se indicam 11 requisitos para o registro tardio de nascimento.
  11. No mesmo dia 30 de setembro de 1999, o Estado informou, a respeito da adoção de medidas cautelares, que “não exist[ia] nenhuma possibilidade de que a República Dominicana repatri[asse] um cidadão haitiano que esteja sob alguma condição de legalidade no país, como são: a residência legal, os refugiados, a permissão de trabalho, [e] o visto vigente no país[,] ou sob alguma das condições de tolerância a imigrantes ilegais que [se] estabeleceram[, tais como] cidadãos com um longo período de estadia ou com vínculos familiares com nacionais dominicanos”, e que “a Direção Geral de Migração reiterou aos departamentos correspondentes as disposições que havia estabelecido nos processos de repatriação, enfatizando [...] que não procedessem a repatriar as [crianças Yean e Bosico] até que seja concluído o processo de verificação da autenticidade de seus argumentos”.
  12. Em 5 de outubro de 1999, a Comissão Interamericana realizou uma audiência sobre as medidas cautelares adotadas no caso, na qual os representantes das peticionárias alegaram que “as ações do [Estado] ha[viam] deixado as crianças Dilcia e Violeta sem nacionalidade e as ha[viam] exposto ao perigo de uma expulsão imediata e arbitrária de seu país natal”. O Estado afirmou que “nunca violou a lei nem negou o registro de nascimento[, mas que] não havia sido cumprido o procedimento estabelecido [na lei]” e acrescentou que “tinha dúvidas sobre o esgotamento dos recursos internos”.
  13. Em 1º de novembro de 1999, a Comissão informou que “se colocava à disposição das partes interessadas com o objetivo de alcançar uma solução amistosa no caso”.
  14. Em 1º de dezembro de 1999, o Estado comunicou à Comissão sua disposição de aceitar o mecanismo de solução amistosa e fez constar que “ainda não ha[viam] sido esgotados os recursos internos”.
  15. Em 2 de dezembro de 1999, os representantes das peticionárias alegaram que “ha[viam] esgotado os recursos internos [e] ha[viam] cumprido as disposições da lei dominicana para recorrer da negação de registro [...], já que as crianças] apelaram da decisão perante o Promotor [, que a] rejeitou”. Do mesmo modo, os representantes das peticionárias alegaram que a Junta Central Eleitoral “já ha[via] considerado e resolvido contra [o pedido de registro das crianças] e, portanto, Dilcia e Violeta ha[viam] esgotado o discutível ‘processo de apelação’ perante a [Junta Central Eleitoral]”.
  16. Em 11 de janeiro de 2000, os representantes das peticionárias informaram que estavam de acordo em participar no processo de solução amistosa promovida pela Comissão.
  17. Em 1º de março de 2000, os representantes das peticionárias apresentaram uma proposta de solução amistosa perante a Comissão, na qual solicitaram determinadas medidas de satisfação, tais como, o registro de nascimento das crianças, a mudança de requisitos para o registro tardio de nascimento para assegurar os direitos das crianças dominicanas de ascendência haitiana, a criação de um mecanismo interno de queixas por meio do qual se resolvam as disputas de casos e a garantia do direito à educação sem distinção por nacionalidade. Além disso, no que se refere às indenizações, solicitaram danos morais para as crianças e seus familiares, e danos emergentes para os familiares das crianças.
  18. Em 6 de março de 2000, durante seu 106º Período Ordinário de Sessões, a Comissão realizou uma audiência sobre uma possível solução amistosa no caso. Naquela ocasião, os representantes das peticionárias reiteraram os pedidos

que haviam apresentado em sua proposta de solução amistosa e, ao final da audiência, solicitaram à Comissão dar por concluído o referido procedimento de solução amistosa. O Estado, por sua vez, afirmou que os casos das crianças Yean e Bosico não eram isolados e que os recursos internos não haviam sido esgotados. Além disso, o Estado manifestou que os requisitos para o procedimento de registro impostos pela Lei nº 659 sobre atos do Estado Civil, de 17 de julho de 1944 (doravante denominada “Lei nº 659”), não são discriminatórios e são de caráter geral, já que se trata de uma lei nacional, e que aceitar o pedido das crianças implicaria a violação à legislação interna.

19. Em 6 de março de 2000, o Estado apresentou um escrito no qual se referiu ao manifestado na audiência perante a Comissão e afirmou que: a) “é inaceitável para o [Estado] que as [crianças] pretendam obter a certidão de nascimento de uma maneira ilegal [...]; um registro tardio efetuado fora dos parâmetros d[a Lei nº 659] seria de nulidade absoluta”; b) “os requisitos exigidos pe[la] Junta [Central Eleitoral] são obrigatórios para todas as pessoas que se encontrem em território dominicano [e] a negação do registro efetuada pelo Promotor [...] esteve baseada [...] no fato de que não haviam sido cumpridos os requisitos legais obrigatórios”, e c) “o procedimento esgotado pelas [crianças] foi concluído com a Decisão da Promotoria do Distrito de Monte Plata”. A este respeito, o artigo 41 da Lei nº 659 estabelece que “[o] Oficial do Estado Civil que tenha recebido um registro tardio de nascimento remeterá imediatamente cópia certificada da certidão ao Promotor do Distrito Judicial correspondente, quem [...] dará conhecimento ao Juízo de Primeira Instância[, o qual deverá] ratificar o ato ou não, mediante sentença ou Certidão de registro tardio. [...] Do anterior resulta óbvio o não esgotamento dos recursos internos no presente caso”.
20. Em 2 de maio de 2000, os representantes das peticionárias expressaram que “ha[viam] esgotado os recursos internos procedentes [e que] est[avam] isentas de esgotar qualquer outro recurso perante a Junta Central Eleitoral ou qualquer instituição dominicana, já que estes recursos não são adequados nem efetivos”. Nesse sentido, reiteraram que “não há procedimento estabelecido por meio do qual se pode interpor uma apelação perante a Junta Central Eleitoral”, e mencionaram que o artigo 6º da Lei Eleitoral nº 275-97, de 21 de dezembro de 1997, especifica que as decisões da Junta Central Eleitoral são inapeláveis, o que está confirmado na jurisprudência da Suprema Corte de Justiça da República Dominicana (doravante denominada “Suprema Corte de Justiça”), de modo que não há possibilidade de revisão judicial das decisões da Junta Central Eleitoral. A respeito do cumprimento do artigo 41 da Lei nº 659, afirmaram, por um lado, que o recurso dirigido ao Promotor Público foi o adequado diante da negativa do Oficial do Estado Civil em fornecer as certidões de nascimento e, por outro lado, que “não há disposição legal que estabeleça a obrigação ou possibilidade” de apelar perante o Juízo de Primeira Instância, já que é responsabilidade do Promotor a transmissão dos registros tardios ao referido juízo e “não há disposições que autorizem as [crianças] a realizar essa apresentação por si mesmas”.
21. Em 19 de junho de 2000, o Estado afirmou que o “recurso [...] ao Promotor [constituiu] um erro de procedimento, quando o procedimento correto é o estabelecido pelo [a]rtigo 41 da [Lei No.] 659” e que, se os representantes descartam a competência da Junta Central Eleitoral para conhecer do assunto, “deve[riam] então recorrer aos Tribunais Ordinários”.
22. Em 22 de fevereiro de 2001, durante seu 110º Período Ordinário de Sessões, a Comissão aprovou o relatório nº 28/01, no qual declarou a admissibilidade do caso e decidiu proceder à consideração do mérito. A este respeito, a Comissão afirmou que

os peticionários carecem de legitimação para iniciar um processo judicial, já que devem requerê-lo ao Promotor, segundo o artigo 41 da Lei 659. Por outro lado, das alegações que constam nos autos se demonstra que o Promotor não informou o juiz de primeira instância para que este iniciasse a investigação dirigida a conceder a certidão tardia de nascimento das crianças Yean e Bosico, tal e como estabelece o mesmo artigo 41 da Lei [No.] 659.

[...] No presente caso, o Estado não demonstrou de maneira precisa qual ou quais seriam os recursos idôneos e eficazes que deveriam ter sido esgotados pelos peticionários.

[...] o Estado não demonstrou que as decisões administrativas emitidas pelo Promotor ou pela Junta Central Eleitoral sejam suscetíveis de recurso idôneo dirigido a modificá-las; nem controverteu a alegação dos peticionários quanto à falta de mecanismos que permitam aos demandantes apelar diretamente.

[...] A Comissão consider[ou] que os peticionários esgotaram os recursos expressamente previstos na normativa de direito interno vigente, tal e como estabelece a Convenção Americana em seu artigo 46(1). Alternativamente, não existem recursos idôneos na jurisdição interna que devam ser esgotados antes de recorrer à instância internacional, de modo que no presente caso se aplica a exceção ao esgotamento dos recursos internos prevista no artigo 46(2)(a).

23. Em 17 de abril de 2001, os representantes indicaram que não tinham interesse em participar em uma solução amistosa no caso e que desejavam que fosse celebrada uma audiência para discutir o mérito do assunto.
24. Em 24 de agosto de 2001, a Comissão celebrou uma reunião na República Dominicana com a participação dos representantes e do Estado, com o propósito de alcançar uma solução amistosa. Em 27 de agosto de 2001, a Comissão convocou uma audiência sobre o mérito do caso.
25. Em 1º de outubro de 2001, o Estado informou à Comissão que, “aceitando a solução amistosa proposta pela Comissão, ha[via] resolvido conceder as certidões de nascimento às crianças” e anexou cópias dos extratos das certidões de nascimento em nome das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico. Ambas as certidões foram emitidas em 25 de setembro de 2001.
26. Em 17 de outubro de 2001, os representantes informaram à Comissão que apesar de a emissão das certidões de nascimento das crianças por parte do Estado ter sido um passo importante, consideravam que esta ação não constituía uma solução amistosa no presente caso, já que durante a audiência de 6 de março de 2000 nenhum dos pontos por eles propostos foram considerados pelo Estado.
27. Em 15 de novembro de 2001, durante seu 113º Período Ordinário de Sessões, a Comissão celebrou uma audiência sobre o mérito do caso. O Estado afirmou que não existe uma política de discriminação por motivos de raça ou de origem étnica na República Dominicana e reiterou que “os recursos internos não ha[viam] sido esgotados” no presente caso. Ademais, o Estado expressou que “ha[via] cumprido o pedido dos peticionários de proporcionar a Dilcia e a Violeta suas certidões de nascimento”, de modo que não mais subsiste a situação que motivou a denúncia perante a Comissão. Por sua vez, os representantes das peticionárias afirmaram na audiência que o dano causado às crianças como consequência do procedimento discriminatório de registro, bem como por terem vivido como apátridas por mais de quatro anos, não será remediado pela entrega das certidões de nascimento por parte do Estado e que esta atitude não representa um acordo amistoso, já que esta proposta compreendia a adoção de outras medidas, tais como o reconhecimento público das violações, a indenização das crianças pelos danos causados por sua situação de apátridas e a adoção de medidas de não repetição.
28. Em 31 de janeiro de 2002, depois da concessão de uma prorrogação de prazo, o Estado apresentou um escrito no qual afirmou que, “no interesse de dar uma solução amistosa ao caso e satisfazer o requerimento fundamental dos peticionários, concedeu às [crianças Yean e Bosico] as certidões de nascimento solicitadas [...], apesar de os peticionários [...] não terem concluído o processo perante o Promotor [...] nem terem recorrido a um tribunal de primeira instância ou à Junta Central Eleitoral”. A este respeito, o Estado afirmou que “[n]ão existe nenhuma disposição na legislação dominicana que impeça o acesso a estas instâncias [e que] o que a lei não proíbe, está permitido”.
29. Em 6 de março de 2003, durante seu 117º Período Ordinário de Sessões, a Comissão aprovou o relatório nº 30/03 sobre o mérito do caso e recomendou ao Estado:
- a) Estabelecer diretrizes que contenham requisitos razoáveis e não imponham sobrecargas excessivas nem discriminatórias, a fim de facilitar o registro das crianças dominicanas-haitianas perante os Cartórios do Registro Civil.
  - b) Estabelecer um procedimento que permita aplicar os requisitos da maneira como se afirma no inciso a) para a obtenção de certidões tardias de nascimento das pessoas nascidas no território dominicano.
  - c) Criar um mecanismo jurídico que permita aos indivíduos, em caso de controvérsia, apresentar suas denúncias diretamente perante a instância judicial, a fim de que suas queixas sejam revisadas por um órgão judicial, independente e imparcial.
  - d) Que este mecanismo proveja um recurso simples, rápido e econômico às pessoas que carecem de certidões de nascimento.
  - e) Adotar as medidas necessárias para que as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, bem como suas mães Leonidas Yean e Tiramen Bosico Cofi, recebam reparação adequada e oportuna, e o reconhecimento público pelas violações de seus direitos humanos, contidos nos artigos 1º, 2º, 3º, 8º, 19, 20, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e [no] artigo XII da Declaração Americana dos Direitos e os Deveres do Homem. Ao fazer esta recomendação, a Comissão reconhe[ceu] que o Estado realizou esforços para remediar a situação, porém algumas medidas ainda permanecem pendentes.
  - f) Adotar as medidas necessárias para prevenir que estes fatos voltem a se repetir no futuro.
30. Em 11 de março de 2003, a Comissão transmitiu ao Estado o relatório anteriormente indicado e concedeu-

lhe um prazo de dois meses, contado a partir da data da transmissão da comunicação, para que informasse sobre as medidas adotadas para cumprir as recomendações. Nesse mesmo dia, a Comissão comunicou aos representantes das petionárias a emissão do relatório nº 30/03 sobre o mérito do caso e solicitou-lhes que apresentassem, no prazo de um mês, sua posição a respeito da pertinência de que o caso fosse submetido à Corte Interamericana.

31. Em 21 de abril de 2003, os representantes das petionárias, depois de uma prorrogação de prazo de quinze dias, solicitaram à Comissão que submetesse o caso à Corte.
32. Em 5 de junho e 3 de julho de 2003, depois da concessão de uma prorrogação de prazo, o Estado apresentou seu escrito sobre as medidas adotadas para dar cumprimento às recomendações estabelecidas no relatório nº 30/03 sobre o mérito do caso. O Estado afirmou que “não descumpriu as devidas garantias de que as crianças tivessem uma nacionalidade, porque estas, ainda no caso de não serem dominicanas, seriam em todo caso de nacionalidade haitiana”. Assinalou que as petionárias “não apresentaram [...] sua demanda perante o tribunal competente *ratione materiae*, que [...] era o Juízo de Primeira Instância [...], o qual poderia ter conhecido de uma ‘ação de reclamação de estado civil’ e, que também conhece dos assuntos de nacionalidade [...]”. Além do mais, o Estado assinalou que as crianças não acudiram à “própria Junta Central Eleitoral, que é o órgão superior hierárquico que tem sob sua responsabilidade os Cartórios do Estado Civil”. O Estado argumentou que “não violou os direitos contidos nos artigos 1º, 2º, 3º, 8º, 19, 20, 24 e 25 da Convenção Americana [...] nem] o direito à educação, consagrado no artigo XII da Declaração Americana [...]”. Por último, informou a respeito dos atuais requisitos para a obtenção da certidão tardia que “o passaporte p[oderia] ser um documento de identificação” e anexou o projeto de lei que modificaria a Lei nº 659 e facilitaria o procedimento de registro civil.

#### IV

#### Procedimento perante a Corte

33. Em 11 de julho de 2003, a Comissão apresentou a demanda perante a Corte.
34. A Comissão designou como seus delegados Susana Villarán e Santiago Cantón e, como seus assessores jurídicos, Bertha Santhoscoy e Ariel Dulitzky.<sup>4</sup> Além disso, indicou os nomes dos denunciantes originais, a saber: Viviana Krsticevic e Roxanna Altholz, representantes do CEJIL, e Laurel Fletcher, representante da Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos.
35. Em 12 de agosto de 2003, a Secretaria da Corte (doravante denominada “a Secretaria”), após o exame preliminar da demanda realizado pelo Presidente da Corte (doravante denominado “o Presidente”), notificou-a ao Estado, com seus anexos, e informou-lhe sobre os prazos para contestá-la e para designar sua representação no processo. Igualmente, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, informou ao Estado sobre seu direito de designar um juiz ad hoc.
36. Em 11 de agosto de 2003, segundo o disposto no artigo 35.1.d e 35.1.e do Regulamento, a Secretaria notificou a demanda ao MUDHA, ao CEJIL, e à Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos, em sua condição de representantes das supostas vítimas e seus familiares<sup>5</sup> (doravante denominados “os representantes”) e informou-lhes sobre o prazo para a apresentação do escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”).
37. Em 5 de setembro de 2003, o Estado designou como Juíza ad hoc a Embaixadora Rhadys Abreu de Polanco e afirmou que “[suas] funções não são incompatíveis com o cargo de juíza ad hoc”. Além disso, o Estado designou como Agente o senhor José Marcos Iglesias Iñigo, Ministro Conselheiro, e como Agente Assistente a senhora Anabella de Castro, Ministra Conselheira e Encarregada de Direitos Humanos.<sup>6</sup>
38. Em 13 de outubro de 2003, depois da concessão de uma prorrogação de prazo, os representantes apresentaram seu escrito de petições e argumentos. Os representantes alegaram, além dos direitos indicados pela Comissão Interamericana na demanda, que o Estado supostamente violou também os direitos consagrados nos artigos 17 (Proteção à Família), 18 (Direito ao Nome) e 26 (Desenvolvimento Progressivo) da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno)

4. Durante o trâmite do presente caso a Comissão realizou mudanças na designação de seus representantes perante a Corte.

5. Durante o trâmite do presente caso os representantes realizaram mudanças na designação de seus representantes perante a Corte.

6. Durante o trâmite do presente caso o Estado realizou mudanças na designação de seus representantes perante a Corte.

- da mesma Convenção. Ademais, solicitaram que a Corte ordenasse ao Estado que adote determinadas medidas de reparação e reembolse as custas e gastos. Posteriormente, nas alegações finais escritas apresentadas em 14 de abril de 2005, os representantes indicaram que o Estado violou os artigos 5º (Direito à Integridade Pessoal) e 12 (Liberdade de Consciência e de Religião) da Convenção Americana (par. 49 infra).
39. Em 13 de novembro de 2003, o Estado apresentou seu escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação da demanda”), por meio do qual interpôs duas exceções preliminares, as quais denominou “[...] não esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado [...]” e “[n]ão cumprimento [da] Solução Amistosa apresentada pela Comissão e aceita pelo Estado [...]”. Posteriormente, durante a audiência pública, o Estado argumentou a exceção preliminar de falta de competência *ratione temporis*.
40. Em 19 de novembro de 2003, os representantes apresentaram um “pedido de impedimento da nomeação por parte do Estado [...] da Embaixadora Rhadys I. Abreu de Polanco, como Juíza ad hoc desta [...] Corte”, e afirmaram a existência de uma incompatibilidade e de conflito de interesses. Em 19 de dezembro de 2003, a senhora Rhadys I. Abreu de Polanco apresentou uma nota na qual rejeitou o impedimento à sua nomeação como Juíza ad hoc. Em 19 de dezembro de 2003, a Comissão enviou suas observações ao escrito de impedimento da Juíza ad hoc e solicitou que a Corte “proced[esse] a resolver a incompatibilidade e o impedimento” da referida senhora para o exercício do cargo de Juíza ad hoc.
41. Em 4 de maio de 2004, a Corte emitiu uma Resolução na qual resolveu que “a participação da senhora Rhadys Iris Abreu de Polanco no procedimento perante a Comissão Interamericana em relação ao presente caso constitui uma causa de impedimento para o exercício do cargo de Juíza ad hoc”, de maneira que convidou o Estado a designar outro juiz ad hoc em um prazo de 30 dias, o que a República Dominicana não fez.
42. Em 21 de janeiro de 2004, depois da concessão de uma prorrogação de prazo, a Comissão e os representantes apresentaram seus respectivos escritos de alegações sobre as exceções preliminares interpostas pela República Dominicana, nos quais solicitaram à Corte que as rejeitasse e que continuasse com a tramitação do presente caso em sua etapa de mérito.
43. Em 10 de janeiro de 2005, o Estado designou a Embaixadora Rhadys I. Abreu de Polanco como Agente Assistente no presente caso.
44. Em 31 de janeiro de 2005, o Presidente emitiu uma Resolução mediante a qual requereu, de acordo com o artigo 47.3 do Regulamento, que as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, as senhoras Tiramen Bosico Cofi, Teresa Tucent Mena (nota 45 infra) e Leonidas Oliven Yean, e o senhor Samuel Martínez, propostos pela Comissão e pelos representantes, as primeiras cinco como testemunhas e o último como perito, apresentassem suas declarações e parecer por meio de declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavits*). Além disso, concedeu um prazo improrrogável de sete dias, contado a partir da recepção dos *affidavits*, para que o Estado apresentasse as observações que considerasse pertinentes. Por sua vez, o Presidente convocou a Comissão, os representantes e o Estado para uma audiência pública que seria celebrada na sede da Corte, a partir de 14 de março de 2005, para escutar suas alegações sobre as exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, e receber os testemunhos do senhor Genaro Rincón Miesse e das senhoras Amada Rodríguez Guante, Thelma Bienvenida Reyes, e as perícias do senhor Frederick John Packer e da senhora Débora E. Soler Munczek, propostos pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, segundo o caso. Ademais, informou-se às partes que contavam com um prazo até 14 de abril de 2005 para apresentar suas alegações finais escritas.
45. Em 15 de fevereiro de 2005, os representantes apresentaram as declarações autenticadas prestadas pelas seis pessoas indicadas no parágrafo anterior.
46. Em 23 de fevereiro de 2005, o Estado observou, a respeito das declarações apresentadas pelos representantes, que “exist[iam] contradições entre os fatos expostos e as provas que constam perante [a Corte]”, e que o Estado “se reserva[va] o direito de fazer um detalhamento dos mesmos na audiência pública a celebrar-se nos dias 14 e 15 de março [de 2005], [e afirmou...] que a ausência da[s] supostas vítimas] romperia o equilíbrio processual, desnaturalizando o procedimento contraditório da audiência pública”.
47. Nos dias 14 e 15 de março de 2005, a Corte recebeu em audiência pública as declarações das testemunhas e os pareceres dos peritos propostos pelas partes, e escutou as alegações da Comissão, dos representantes e do Estado, sobre as exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, da Comissão Interamericana,

dos representantes e do Estado. Compareceram perante a Corte: a) pela Comissão Interamericana: os senhores Ariel Dulitzky e Juan Pablo Albán, e a senhora Lilly Ching, assessores jurídicos; b) pelos representantes: a senhora Laurel Fletcher, da Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos, a senhora Solain Pierre e o senhor Moisés Medina Moreta, do MUDHA, e as senhoras Viviana Krsticevic, Roxanna Althoz e Alejandra Nuño, do CEJIL, e c) pelo Estado: os senhores José Marcos Iglesias Iñigo, Agente, a senhora Rhadys I. Abreu de Polanco, Agente Assistente, os senhores Julio César Castaños Guzmán e Adonai Medina, assessores, e o senhor Rafael González, assistente. Além disso, compareceram como testemunhas: o senhor Genaro Rincón Miesse, proposto pela Comissão e pelos representantes, e as senhoras Amada Rodríguez Guante e Thelma Bienvenida Reyes, propostas pelo Estado, e compareceram como peritos: a senhora Débora E. Soler Munczek e o senhor Frederick John Packer, propostos pela Comissão e pelos representantes.

48. Em 14 de março de 2005, os representantes apresentaram alguns documentos que indicaram como provas supervenientes, de acordo com o artigo 43.3 (sic) do Regulamento.
49. Em 14 de abril de 2005, os representantes apresentaram suas alegações finais em inglês, juntamente com seus respectivos anexos, e, em 28 de abril de 2005, remeteram a tradução ao espanhol do referido escrito. Em 14 de abril de 2005, o Estado remeteu suas alegações finais escritas e seus anexos. Em 15 de abril de 2005, a Comissão apresentou suas alegações finais escritas.
50. Em 3 de agosto de 2005, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, requereu à Comissão, aos representantes e ao Estado, de acordo com o artigo 45.1 do Regulamento, o envio dos seguintes documentos como prova para melhor decidir: “a Resolução da Junta Central Eleitoral nº 5-88, de 8 de junho de 1988; a Lei nº 8-92, de 13 de abril de 1992, [e uma cópia d]os documentos juntados pelos senhores Genaro Rincón e Marcelino da Cruz como anexos ao documento de ‘demanda com pedido de autorização de certidões tardias’, apresentado em 11 de setembro de 1997 perante o ‘Honorável Magistrado Procurador do Juízo de Primeira Instância do Distrito Judicial de Monte Plata’”.
51. Em 16, 17 e 26 de agosto de 2005, o Estado, os representantes e a Comissão apresentaram alguns dos documentos requeridos pela Secretaria como prova para melhor decidir.
52. Em 5 de setembro de 2005, o Estado apresentou um escrito de observações aos documentos enviados pelos representantes em 17 de agosto de 2005, juntamente com alguns anexos, com “o fim de [ajudar a Corte a] melhor decidir”.

\* \* \*

53. Nos dias 31 de janeiro, 15 e 25 de fevereiro, 2, 14 e 25 de março, 1, 13 e 14 de abril, e 3 de junho de 2005, a Corte recebeu diversos amici curiae das seguintes pessoas, organizações e instituições:
  - a) Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE);
  - b) Associação Civil de Centros Comunitários de Aprendizagem (CECODAP);
  - c) Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM);
  - d) Minority Rights Group International (MRG);
  - e) Professora Katarina Tomasevski;
  - f) Secretaria Ampliada da Rede de Encontro Dominicano Haitiano Jacques Viau (RED), formada pelo Centro Cultural Dominicano Haitiano (CCDH), o Movimento Sociocultural dos Trabalhadores Haitianos (MOSCTHA), o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes (SRJM-RD), o Centro Dominicano de Pesquisa Jurídica (CEDAIL) e a Associação Pró-Desenvolvimento da Mulher e do Meio Ambiente, Inc. (APRODEMA);
  - g) Comparative International Education Society (CIES);
  - h) Themis Foundation, em cooperação com a University of Ottawa School of Law;
  - i) Open Society Justice Initiative, e
  - j) Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), Serviço de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF), Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados (Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, CELS e CAREF) e senhor Christian Courtis, Professor da Universidade de Buenos Aires e do Instituto Tecnológico Autônomo do México.

54. Nos dias 4 e 15 de abril, e 7 de junho de 2005, a Secretaria transmitiu cópias dos referidos amici curiae à Comissão, aos representantes, ao Estado e às pessoas, organizações ou instituições.

## V

### Exceções Preliminares

55. O Estado interpôs as seguintes exceções preliminares: o “[...] não esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado [...]” e o “[n]ão cumprimento [da] Solução Amistosa apresentada pela Comissão e aceita pelo Estado [...]” no escrito de contestação da demanda. Posteriormente, na audiência pública celebrada nos dias 14 e 15 de março de 2005 na sede da Corte, o Estado argumentou como exceção preliminar a “[f]alta de competência *ratione temporis*” da Corte.

\*\*\*

### Primeira Exceção Preliminar

#### Não esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado

##### *Alegações do Estado*

56. O Estado argumentou que:

- a) Esta exceção preliminar foi interposta oportunamente perante a Comissão Interamericana nas primeiras etapas do procedimento, como demonstram, entre outros, os “documentos e comunicações produzidas pelo Estado[ , tais como] a nota de 28 de setembro de 1999 [apresentada à Comissão em 30 de setembro de 1999; a] ata d[a] audiência [celebrada em] 5 de outubro de 1999 [...] na sede da [Comissão e a] nota de 22 de novembro de 1999 [apresentada à Comissão em 1 de dezembro de 1999]”. Ainda que esta exceção tenha sido rejeitada pela Comissão, a Corte tem competência para dela conhecer;
- b) O recurso interno mais adequado no caso é o recurso hierárquico existente dentro do direito administrativo, estabelecido no artigo 1º da Lei nº 1494, de 2 de agosto de 1947. Este recurso deve ser apresentado perante a instância administrativa superior àquela que produziu a suposta violação, neste caso, a Junta Central Eleitoral. Este recurso não foi interposto pelas supostas vítimas;
- c) A participação do Promotor faz parte do processo de registro tardio e não constitui uma instância perante a qual se deve apresentar um recurso. “Quando se realiza o processo perante o Oficial do Estado Civil, este (não as partes) refere o expediente ao Promotor para que emita sua opinião e o tribunal de primeira instância, mediante sentença, ratific[a] ou não essa certidão tardia”. A ação apresentada pelos representantes em 11 de setembro de 1997 perante o Promotor do Distrito Judicial da Província de Monte Plata não pressupõe a interposição de um recurso hierárquico. Esta ação possui unicamente uma capacidade consultiva nestes processos, a fim de realizar uma recomendação ao juízo de primeira instância que seja designado para o conhecimento do procedimento de registro tardio;
- d) As supostas vítimas não esgotaram o recurso de reconsideração perante o Oficial do Estado Civil nem levaram o assunto diretamente ao juízo de primeira instância, que tem competência para intervir em tudo o que for relacionado com o direito das pessoas;
- e) As supostas vítimas tampouco interpuseram uma ação de amparo, a qual existe na República Dominicana desde 1978, em razão da ratificação pelo Estado da Convenção Americana. Em 1999 a “Suprema Corte de Justiça, mediante sentença estabelec[eu] que o procedimento para os recursos de amparo será o mesmo dos processos em matéria civil”; entretanto, com anterioridade a este pronunciamento, vários tribunais já haviam conhecido de recursos de amparo;
- f) As supostas vítimas não interpuseram o recurso de inconstitucionalidade contra a norma que lhes negou o acesso ao reconhecimento de sua nacionalidade, e
- g) A Corte deve se declarar incompetente para conhecer do presente caso, já que dentro do Estado existem os mecanismos e as oportunidades idôneas para a resolução do presente conflito.

##### *Alegações da Comissão*

57. A Comissão Interamericana afirmou que:

- a) Os artigos 46 e 47 da Convenção Americana dispõem que corresponde à Comissão, como órgão principal do sistema, determinar a admissibilidade ou inadmissibilidade de uma petição;
- b) Os argumentos apresentados pelo Estado em relação à falta de esgotamento dos recursos internos são extemporâneos e infundados e buscam retroceder o procedimento à etapa prévia de admissibilidade da petição, a qual está concluída, posto que a Comissão considerou, em estrito apego ao contraditório, os argumentos de ambas as partes, a informação e a documentação contida nos autos, e decidiu declarar o caso admissível pelos fundamentos contidos no Relatório de Admissibilidade;
- c) A nova posição “proposta” sobre o esgotamento de recursos internos por parte do Estado, na qual afirmou que os recursos hierárquicos, de amparo e de inconstitucionalidade, os quais não foram indicados na etapa de admissibilidade perante a Comissão, são os recursos “existentes”, continua sendo improcedente, já que é extemporânea. O Estado não proporcionou a prova da efetividade destes recursos e limitou-se a mencionar sua existência;
- d) A respeito do recurso hierárquico perante a Junta Central Eleitoral, de natureza administrativa, a legislação dominicana não prevê a possibilidade de que as pessoas a quem seja negado o registro tardio de nascimento possam apresentar um recurso de apelação ou de reconsideração perante a Junta Central Eleitoral. Dado que não havia sido possível superar os requisitos de mérito para a obtenção do registro tardio de nascimento, e em consideração de que a Junta Central Eleitoral não considera pedidos de registro que não anexem a documentação exigida, um eventual recurso perante este organismo não teria resultado eficaz;
- e) No momento dos fatos deste caso, não existia na legislação uma disposição que permitisse a um particular apelar a decisão do Promotor perante um juízo de primeira instância. Segundo a Lei nº 659, o Promotor é o responsável por apresentar as certidões tardias perante o juízo de primeira instância e, no presente caso, isso não ocorreu. O pedido de registro tardio foi rejeitado pelo Promotor em 20 de julho de 1998, o que encerrou a possibilidade da resolução do problema, já que as supostas vítimas não se encontravam legitimadas para iniciar um processo judicial dirigido a reverter a decisão da autoridade administrativa;
- f) Na época dos fatos, a lei dominicana não estabelecia um recurso de amparo. Em 24 de fevereiro de 1999, quase dois anos depois da rejeição do registro das supostas vítimas, a Corte Suprema de Justiça criou o recurso de amparo, por via jurisprudencial, o qual pode ser interposto em um prazo de 15 dias depois do suposto ato lesivo. Não se pode exigir o esgotamento de um recurso que não se encontra expressamente previsto na legislação;
- g) O recurso de inconstitucionalidade é de caráter extraordinário e, como regra geral, devem ser esgotados unicamente os recursos idôneos para proteger a situação jurídica infringida. A procedência deste recurso contra atos administrativos foi determinada pela Corte Suprema de Justiça em 8 de agosto de 1998;
- h) Durante a audiência pública perante a Corte sobre o caso, o Estado invocou o não esgotamento do recurso de reconsideração perante o Cartório do registro civil e do recurso direto, por “plenitude de jurisdição”, perante um juízo de primeira instância. No entanto, em virtude do princípio do estoppel, o Estado estava impedido de argumentar pela primeira vez sobre estes recursos na referida audiência, e
- i) A discussão sobre se “dentro do Estado existem recursos efetivos e adequados que as partes se abstiveram de interpor”, proposta pelo Estado como exceção preliminar, é um dos elementos da controvérsia de mérito submetida à Corte, de modo que “a resolução desta matéria, não corresponde à natureza de uma exceção preliminar”.

#### *Alegações dos representantes*

58. Os representantes alegaram que:

- a) De acordo com os artigos 46 e 47 da Convenção Americana, a Comissão possui as faculdades para determinar a admissibilidade ou não de uma petição e decidir a respeito do esgotamento dos recursos internos. Uma vez que a Comissão adotou uma determinação sobre a admissibilidade do caso, mediante prévia análise dos argumentos das partes, esta decisão é de caráter “definitivo” e “indivisível”;
- b) A República Dominicana não argumentou a falta de esgotamento de recursos internos de forma clara durante as primeiras etapas do procedimento perante a Comissão. A este respeito, cabe indicar que o Estado ofereceu várias respostas durante a etapa de admissibilidade perante a Comissão, tais como a de 30 de setembro de 1999, de 22 de novembro de 1999, apresentada à Comissão em 1 de dezembro

de 1999, e a de 7 de junho de 2000, apresentada à Comissão em 19 de junho de 2000, nas quais sustentou que não haviam sido esgotados os recursos internos e que as crianças deveriam recorrer à Junta Central Eleitoral e aos tribunais ordinários, e em nenhum momento mencionou o recurso de amparo nem o recurso de inconstitucionalidade;

- c) Os recursos hierárquicos existentes dentro do direito administrativo dominicano, de amparo e de inconstitucionalidade, não eram adequados nem eficazes, e foram alegados extemporaneamente;
- d) A Junta Central Eleitoral é a autoridade administrativa responsável por realizar os registros, uma apelação informal perante este organismo não constitui um recurso efetivo, tendo em vista que é um processo discricionário. A Junta Central Eleitoral é um órgão autônomo que profere decisões de única instância, que não possui procedimentos formais e não publicou regulamentos ou promulgou procedimentos mediante os quais os solicitantes possam pedir uma revisão das decisões adversas dos Oficiais do Estado Civil. Além disso, a lei não concede poderes à Junta Central Eleitoral para considerar casos individuais decididos pelos Oficiais do Estado Civil. O único recurso para apelar da rejeição de um pedido de registro estabelecido pela lei vigente no momento em que ocorreram os fatos era a apelação perante o Promotor;
- e) Na República Dominicana o recurso de amparo não está expressamente regulamentado em nenhuma lei. É parte do direito positivo a partir da sentença da Suprema Corte de Justiça de 24 de fevereiro de 1999. O Estado não demonstrou a eficácia deste recurso; e
- f) O Estado não provou a efetividade do recurso de inconstitucionalidade, já que não está regulamentado.

#### *Considerações da Corte*

59. A Convenção Americana estabelece que a Corte exerça uma jurisdição plena sobre todas as questões relativas a um caso sujeito a seu conhecimento, inclusive sobre os pressupostos processuais nos quais se fundamenta a possibilidade de exercer sua competência.<sup>7</sup>
60. O artigo 46.1.a da Convenção dispõe que, para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada perante a Comissão Interamericana, de acordo com os artigos 44 ou 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, segundo os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos.<sup>8</sup> O anterior significa que estes recursos não apenas devem existir formalmente, mas também devem ser adequados e efetivos, como se observa das exceções contempladas no artigo 46.2 da Convenção.<sup>9</sup>
61. A Corte já estabeleceu critérios claros que devem ser cumpridos sobre a interposição da exceção de falta de esgotamento dos recursos internos. Dos princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos, aos quais se refere a regra do esgotamento dos recursos internos, decorre, em primeiro lugar, que o Estado demandado pode renunciar de forma expressa ou tácita à invocação dessa regra. Em segundo lugar, para que seja considerada oportuna, a exceção de não esgotamento de recursos internos deve ser proposta na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão, ou seja, antes de qualquer consideração quanto ao mérito; se não for assim, presume-se que o Estado renuncia tacitamente a valer-se dela. Em terceiro lugar, a Corte indicou que a falta de esgotamento de recursos é uma questão de pura admissibilidade e que o Estado que a alega deve indicar os recursos internos que se deve esgotar e demonstrar que estes recursos são adequados e efetivos.<sup>10</sup>
62. No presente caso, o Estado propôs três abordagens distintas em relação ao não esgotamento dos recursos internos. Durante o procedimento de admissibilidade perante a Comissão, limitou-se a indicar que os recursos internos não haviam sido esgotados porque “a Junta Central Eleitoral [...] não ha[via] sido chamada a conhecer do caso” e que os representantes “dever[iam] [...] recorrer aos Tribunais Ordinários” (pars. 10 e 21 *supra*). Durante o trâmite sobre o mérito do assunto perante a Comissão, em 31 de janeiro de 2002, o Estado afirmou que as supostas vítimas “não concluíram o processo perante o Promotor [...] nem recorreram a um tribunal de primeira instância ou à Junta Central Eleitoral” (par. 28 *supra*). Finalmente, já no procedimento perante a Corte,

7. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C Nº 118, par. 133; *Caso Tibi*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C Nº 114, par. 47, e *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C Nº 99, par. 65.

8. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana*. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C Nº 124, par. 48; *Caso Tibi*, nota 7 *supra*, par. 48, e *Caso Herrera Ulloa*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C Nº 107, par. 80.

9. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*, nota 7 *supra*, par. 134; *Caso Tibi*, nota 7 *supra*, par. 50, e *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Exceções Preliminares*. Sentença de 1 de fevereiro de 2000. Série C Nº 66, par. 53.

10. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 *supra*, par. 49; *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*, nota 7 *supra*, par. 135, e *Caso Tibi*, nota 7 *supra*, par. 49.

o Estado argumentou, em seu escrito de contestação da demanda, que não haviam sido esgotados os recursos hierárquicos, de amparo e de inconstitucionalidade e, na audiência pública, afirmou que estava pendente de se esgotar o recurso de reconsideração perante o Oficial do Estado Civil e perante o juízo de primeira instância.

63. A respeito do indicado pela República Dominicana, em seu relatório de Admissibilidade nº 28/01, emitido em 22 de fevereiro de 2001, a Comissão afirmou, por um lado, que “o Estado não demonstrou que as decisões administrativas emitidas pelo Promotor ou pela Junta Central Eleitoral fossem suscetíveis de recurso idôneo para modificá-las” e tampouco demonstrou a existência de mecanismos que permitam aos demandantes apelar diretamente a estes órgãos. Consequentemente, assinalou que não existem na jurisdição interna recursos idôneos relativos ao procedimento de registro tardio de nascimento que devam ser esgotados. Por outro lado, a Comissão afirmou que, segundo a legislação dominicana, as supostas vítimas careciam de legitimação para iniciar um processo judicial, já que é o Promotor quem deve requerê-lo, de acordo com o artigo 41 da Lei nº 659, e que no presente caso o Promotor não se apresentou ao Juiz de Primeira Instância para que este iniciasse a investigação dirigida a conceder a certidão tardia de nascimento às supostas vítimas.
64. De acordo com os critérios citados anteriormente (pars. 60 e 61 supra), a Corte considera que o Estado, ao não indicar expressamente durante o procedimento de admissibilidade perante a Comissão Interamericana quais seriam os recursos idôneos e efetivos que deveriam ter sido esgotados, renunciou implicitamente a um meio de defesa que a Convenção Americana estabelece em seu favor e incorreu em admissão tácita da inexistência destes recursos ou de seu oportuno esgotamento.<sup>11</sup> Em função do anterior, o Estado estava impedido de alegar o não esgotamento dos recursos hierárquicos, de amparo, de inconstitucionalidade, e de reconsideração perante o Oficial do Estado Civil e perante o juízo de primeira instância, no procedimento perante a Corte.
65. Em razão do exposto acima, e em consideração à fundamentação da Comissão Interamericana, que é decorrente das disposições relevantes da Convenção Americana, a Corte rejeita a primeira exceção preliminar interposta pelo Estado.

\*\*\*

### **Segunda Exceção Preliminar** **Não cumprimento da solução amistosa apresentada pela Comissão e aceita pelo Estado**

#### *Alegações do Estado*

66. O Estado argumentou que:
- a) Em 1 de novembro de 1999, a Comissão se colocou à disposição das partes para chegar a uma solução amistosa, procedimento que foi aceito pela República Dominicana, e dentro deste marco os representantes fizeram petições, que considerou “ultrapassa[rem] em demasia o objeto da solução amistosa”;
  - b) Em 24 de agosto de 2001, o Estado, a Comissão e os representantes se reuniram em Santo Domingo, República Dominicana, na sede da Junta Central Eleitoral, com a finalidade de “chegar a uma solução para este caso”, e
  - c) Em 25 de setembro de 2001, o Estado entregou as certidões de nascimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico. Entretanto, os representantes não quiseram aceitar que a entrega das certidões de nascimento fosse o resultado da solução amistosa. No presente caso, cabe aplicar o artigo 49 da Convenção Americana, com base na credibilidade que a Comissão inspira perante os Estados, e rechaçar a demanda.

#### *Alegações da Comissão*

67. A Comissão argumentou que:
- a) A partir de 1 de novembro de 1999, exortou as partes a iniciar um procedimento dirigido a alcançar uma solução amistosa. Dada a postura dos representantes e do Estado, considerou concluídas as negociações depois da reunião celebrada na República Dominicana, em 24 de agosto de 2001;
  - b) É inquestionável que, neste caso, apesar dos esforços das partes, não se chegou a um acordo de solução amistosa tanto porque os representantes se retiraram quanto porque o Estado manifestou que

<sup>11</sup> Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni. Exceções Preliminares*, nota 9 supra, par. 56; *Caso Castillo Petruzzi e outros. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de setembro de 1998. Série C Nº 41, par. 56, e *Caso Loayza Tamayo. Exceções Preliminares*. Sentença de 31 de janeiro de 1996. Série C Nº 25, par. 43.

não o aceitaria. Consequentemente, é incompreensível que o Estado solicite a aplicação do artigo 49 da Convenção Americana para evitar que a Corte conheça do mérito do assunto;

- c) Tendo em conta que as supostas vítimas são o objetivo fundamental do sistema interamericano, a manifestação expressa dos representantes é determinante no sentido de que a concessão das certidões de nascimento por parte do Estado não constituía uma solução amistosa. Esta medida foi importante para o avanço do caso em referência, mas não é a única questão em discussão. Diante da expressão de vontade de uma das partes no procedimento de não continuar com as negociações dirigidas a alcançar a solução amistosa, a Comissão não teve alternativa senão proceder à análise do mérito do caso, de acordo com o disposto no artigo 50.1 da Convenção;
- d) Ainda que o Estado tenha dado certos passos, cujo valor foi oportunamente reconhecido pela Comissão, no sentido de remediar ao menos em parte as violações cometidas em detrimento das supostas vítimas, estas ações não constituíam uma reparação integral, adequada e, sobretudo, definitiva, e
- e) Cumpriu suas obrigações convencionais, estatutárias e regulamentares em relação ao procedimento de solução amistosa no presente caso, de modo que são improcedentes os argumentos do Estado sobre esta matéria.

#### *Alegações dos representantes*

68. Os representantes manifestaram que:

- a) O Estado, de maneira unilateral, concedeu às crianças as certidões de nascimento em setembro de 2001, fora do âmbito de uma solução amistosa. As referidas certidões não resolvem este caso, já que o mesmo não estará resolvido até que as alegadas violações dos direitos não sejam reconhecidas e totalmente reparadas. Além da entrega das certidões de nascimento, a proposta de solução amistosa contemplava os seguintes pontos: a indenização econômica, o reconhecimento público das violações supostamente cometidas, a modificação dos requisitos para o registro tardio de nascimento e o estabelecimento de um mecanismo judicial de resolução de queixas. No entanto, cada uma das tentativas fracassou por causa da relutância do Estado em reparar de maneira integral as alegadas violações, e
- b) A República Dominicana nunca reconheceu sua responsabilidade pelas violações supostamente cometidas, negou-a no processo perante a Comissão e, agora, nega-a perante a Corte.

#### *Considerações da Corte*

69. A Corte observa que a Comissão afirmou que, em 1º de novembro de 1999, se colocou à disposição das partes a fim de chegar a uma solução amistosa. Em 1 de dezembro de 1999 e em 11 de janeiro de 2000, o Estado e os representantes, respectivamente, aceitaram valer-se deste procedimento. Em 1º de março de 2000, os representantes apresentaram uma proposta de solução amistosa que continha diversas solicitações. Em 6 de março de 2000, a Comissão celebrou uma audiência com o propósito de analisar a possibilidade de chegar a uma solução amistosa. Nesta audiência, os representantes reiteraram sua proposta e o Estado afirmou que não podia cumprir a proposta dos representantes, já que “a aceitação do pedido dos peticionários implica[ria] violação à normativa interna”. Posteriormente, em 22 de fevereiro de 2001, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 28/01, no qual se colocou novamente à disposição das partes para chegar a uma solução amistosa. Em 17 de abril de 2001, os representantes informaram à Comissão que não estavam interessados em chegar a um acordo amistoso. Finalmente, em 24 de agosto de 2001, a Comissão realizou uma reunião em Santo Domingo, República Dominicana, da qual participaram o Estado e os representantes, sem que fosse alcançado um acordo amistoso.
70. Em 1º de outubro de 2001, o Estado informou à Comissão que, em 25 de setembro de 2001, havia entregado as certidões de nascimento às crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico.
71. Em 17 de outubro de 2001, os representantes comunicaram à Comissão sobre a entrega das certidões de nascimento às supostas vítimas por parte do Estado, mas indicaram que essa ação não constituía um acordo amistoso, já que, durante a referida audiência de 6 de março de 2000, nenhum dos pontos propostos por eles foi considerado pelo Estado.
72. A Corte considera que, para alcançar uma solução amistosa, é necessário que exista um consenso básico entre as partes, no qual se possa constatar sua vontade de por fim à controvérsia, no que tange ao mérito do assunto e às possíveis reparações, situação que não ocorreu no presente caso.

73. Este Tribunal observa que, no presente caso, a Comissão se colocou à disposição das partes para alcançar uma solução amistosa e os representantes e o Estado aceitaram este procedimento. Os representantes fizeram uma proposta de acordo amistoso durante esse procedimento. No entanto, o Estado não a aceitou e manifestou que “as petições [dos representantes] ultrapassa[ram] em demasia o objeto da solução amistosa”. Igualmente, a Comissão afirmou que considerou concluídas as negociações por não ter chegado a uma solução amistosa, depois da reunião celebrada na República Dominicana, em 24 de agosto de 2001, da qual participaram representantes do Estado, das crianças e da Comissão. Em 25 de setembro de 2001, o Estado concedeu as certidões de nascimento às crianças. Porém, em 17 de outubro de 2001, os representantes indicaram que este ato do Estado não constituía um acordo amistoso, já que sua proposta implicava a adoção de outras medidas, e reiteraram que não se encontravam em um processo formal de solução amistosa.
74. Do anteriormente exposto decorre que o procedimento de solução amistosa não foi concluído com um acordo expresso das partes para chegar ao término do assunto. Em consequência, a Corte considera improcedente a segunda exceção preliminar interposta pelo Estado.

\*\*\*

### **Terceira Exceção Preliminar Falta de competência *ratione temporis***

#### *Alegações do Estado*

75. O Estado argumentou que:

- a) A suposta violação aos direitos das crianças Yean e Bosico ocorreu em 5 de março de 1997 e o Estado reconheceu a competência contenciosa da Corte em 25 de março de 1999, isto é, dois anos depois da suposta violação;
- b) A Corte estabeleceu que não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção quando os fatos alegados são anteriores ao reconhecimento da competência do Tribunal; e
- c) Apesar de o Estado não ter invocado oportunamente a presente exceção preliminar, a Comissão sim a invocou, em seu devido momento, de modo que a Corte deve se pronunciar sobre a mesma.

#### *Alegações da Comissão*

76. A Comissão não se referiu à presente exceção preliminar.

#### *Alegações dos representantes*

77. Os representantes manifestaram, em suas alegações finais orais durante a audiência pública, que a tentativa do Estado de interpor uma nova exceção preliminar é extemporânea.

#### *Considerações da Corte*

78. Com respeito ao argumento do Estado sobre a alegada falta de competência *ratione temporis* da Corte Interamericana para conhecer dos fatos relacionados com este caso, ocorridos em 5 de março de 1997, com anterioridade ao reconhecimento pelo Estado de sua competência contenciosa, a Corte reitera que, como todo órgão com funções jurisdicionais, tem o poder inerente a suas atribuições de determinar o alcance de sua própria competência, já que o reconhecimento da mesma pelo Estado pressupõe a aceitação do direito do Tribunal de resolver qualquer controvérsia relativa à sua jurisdição,<sup>12</sup> de acordo com o estabelecido no artigo 62.1 da Convenção Americana. Em consequência, a Corte levará em consideração tanto a data de reconhecimento de sua competência contenciosa por parte da República Dominicana, como o princípio de irretroatividade, estabelecido no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, para determinar o alcance de sua competência no presente caso (pars. 100 a 108 e 132 *infra*).

79. Em razão do exposto anteriormente, a Corte considera improcedente a terceira exceção preliminar interposta pelo Estado.

12. *Cf. Caso Baena Ricardo. Competência.* Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C Nº 104, par. 68; *Caso do Tribunal Constitucional. Competência.* Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C Nº 55, par. 33, e *Caso Ivcher Bronstein. Competência.* Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C Nº 54, par. 34.

## VI Prova

80. Antes de examinar as provas oferecidas, a Corte realizará, à luz do estabelecido nos artigos 44 e 45 do Regulamento, algumas considerações desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal e que são aplicáveis a este caso.
81. Em matéria probatória rege o princípio do contraditório, que respeita o direito de defesa das partes. O artigo 44 do Regulamento contempla este princípio, no que se refere à oportunidade em que se deve oferecer a prova para que haja igualdade entre as partes.<sup>13</sup>
82. Segundo a prática do Tribunal, ao início de cada etapa processual as partes devem indicar quais provas oferecerão na primeira oportunidade concedida para se pronunciar por escrito. Ademais, em exercício dos poderes discricionários contempladas no artigo 45 de seu regulamento, a Corte ou seu Presidente poderão solicitar às partes elementos probatórios adicionais como prova para melhor decidir, sem que isso se traduza em uma nova oportunidade para ampliar ou complementar as alegações, exceto se o Tribunal o permitir expressamente.<sup>14</sup>
83. A Corte indicou, quanto à recepção e apreciação da prova, que os procedimentos seguidos perante si não estão sujeitos às mesmas formalidades das atuações judiciais internas e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada prestando particular atenção às circunstâncias do caso concreto e tendo presentes os limites que impõe o respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual das partes. Além disso, a Corte levou em conta que a jurisprudência internacional, ao considerar que os tribunais internacionais têm a possibilidade de apreciar e valorar as provas segundo as regras da crítica *sã*, não estabeleceu uma determinação rígida do quantum da prova necessária para fundamentar uma decisão. Este critério é válido para os tribunais internacionais de direitos humanos, que dispõem de amplas faculdades na apreciação da prova a eles oferecida sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência.<sup>15</sup>
84. Com fundamento no anterior, a Corte procederá a examinar e avaliar os elementos probatórios documentais apresentados pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado em diversas oportunidades processuais ou como prova para melhor decidir que lhes foi solicitada pelo Tribunal e seu Presidente, bem como a prova pericial e testemunhal apresentada perante a Corte durante a audiência pública, tudo o que conforma o acervo probatório do presente caso. Para tanto, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica *sã*, dentro do marco legal correspondente.

### A) Prova Documental

85. A Comissão e os representantes remeteram declarações e um parecer autenticados, em resposta ao disposto pelo Presidente em sua Resolução de 31 de janeiro de 2005 (par. 44 *supra*). Estas declarações e o parecer se resumem a seguir.

### Declarações

#### a) Propostas pela Comissão Interamericana e pelos representantes

##### 1) Violeta Bosico, suposta vítima

Nasceu em 13 de março de 1985, na Maternidade do Seguro, em Sabana Grande de Boyá, República Dominicana. Sua mãe é Tiramén Bosico Cofi e seu pai é Delima Richard.

A testemunha vive com sua irmã Teresa Tucent Mena e sua família no Batey Palavé, em Manoguayabo. Cursa o segundo ano do segundo grau no Colégio de Manoguayabo no turno noturno. Espera ser a primeira de sua família a ir à universidade.

##### 2) Tiramén Bosico Cofi, mãe da criança Violeta Bosico

Nasceu em 24 de outubro de 1956, no Batey Las Charcas, em Sabana Grande de Boyá, República Dominicana. Tem seis filhos: Teresa, Daisy, Violeta, Heriberto, Rudelania e Esteban.

13. Cf. *Caso Acosta Calderón*. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C Nº 129, par. 40; *Caso Yatama*. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C Nº 127, par. 106, e *Caso Fermín Ramírez*. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C Nº 126, par. 43.

14. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 41; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 107, e *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 *supra*, par. 44.

15. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 42; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 108, e *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 *supra*, par. 45.

A testemunha deu esclarecimentos a respeito dos nomes de seus filhos. Referiu-se às dificuldades com o registro de suas filhas Violeta e Daisy. Teve de conseguir um “papel” com o prefeito, dizendo que Violeta havia nascido em sua casa, quando, na realidade, foi na Maternidade del Seguro de Sabana Grande de Boyá. Indicou assim porque a maternidade ficava muito longe de sua casa e não tinha nem o dinheiro nem o tempo para ir até este lugar conseguir a prova de que ela lá nascera.

A testemunha afirmou que para obter os documentos de seus filhos foi mais ou menos fácil para alguns deles e mais difícil para outros. Assegurou que foi mais fácil registrar seus filhos Heriberto e Rudelania, porque seu pai é da República Dominicana, tinha documento e ia com ela registrá-los. Com o registro de Esteban teve os mesmos problemas que com Violeta e Daisy. Quando foi com as pessoas do MUDHA registrar Violeta e Daisy, também queria fazer o mesmo com Esteban, mas não pôde.

Dois de seus filhos, Daisy e Esteban, continuam sem certidão de nascimento. Teme muito por Daisy estar fora da casa e da comunidade pois não possui documentos, e pensa que a qualquer momento podem prendê-la. Daisy parou de estudar porque sabia que na oitava série não poderia realizar as provas nacionais por falta de documentos. Daisy tem dois filhos que não possuem documentos, já que ela tampouco os tem. A testemunha não tentou registrar novamente seus filhos Daisy e Esteban porque não possui o dinheiro nem pode deixar de trabalhar para fazer as viagens para conseguir todos os documentos exigidos, e não sabe se os registrariam, mesmo tendo tudo arrumado.

Os funcionários de migração continuam detendo e deportando as pessoas por não terem documentos ou “melhor dizendo, por ser moreno”. A testemunha afirmou que se a detivessem não entregaria sua cédula de identidade, por medo de que a rasgassem e ficasse sem documentos, de maneira que preferiria ser levada ao Haiti com os documentos para poder regressar à República Dominicana, e que teve bastante temor de que algo lhes possa acontecer por estarem envolvidos neste caso.

Por último, a testemunha afirmou que não há nada que lhes possa recompensar por tudo o que passaram, mas pelo menos espera que lhes recompensem por todo o tempo e os gastos que realizaram por causa deste caso, e que seja concedida uma bolsa a Violeta para que possa continuar estudando na universidade.

### **3) Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta Bosico**

Nasceu em 7 de julho de 1974. É filha de Tiramen Bosico Cofi e irmã de Violeta Bosico, que continua vivendo com a testemunha no Batey Palavé. Esclareceu que seu sobrenome correto é Tucent Mena, e não Tuseimena.

A testemunha acredita que para resolver este caso e para assegurar que os problemas de registro se resolvam seria justo que as mães sem documentos pudessem declarar ou registrar seus filhos apenas indo e se apresentando, e indicando algum documento de que seu filho nasceu na República Dominicana.

Espera que sua irmã Violeta possa ir à universidade, já que são pobres e seria bom que ela tivesse uma bolsa de estudo para continuar estudando.

Às vezes tem medo quando algo relacionado com o presente caso é publicado no âmbito nacional, porque sabe que há gente que diz que a testemunha e sua família estão denunciando a República Dominicana e que estão causando problemas por este caso. Por isso tem medo que algo ruim lhes possa acontecer.

### **4) Dilcia Yean, suposta vítima**

Sua mãe é Leonidas Oliven Yean. Tem 8 anos. Vive na casa de seu tio em Santo Domingo. Atualmente estuda na primeira série da escola, mas vão passá-la para a segunda série antes de concluir o ano escolar, porque está avançada no curso. Quando for maior, quer trabalhar em um escritório próximo de sua família e ser advogada para ajudar as pessoas.

### **5) Leonidas Oliven Yean, mãe da criança Dilcia Yean**

Nasceu em 24 de agosto de 1972, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana. Desde o ano de 2001 vive em Santo Domingo, na casa de seu irmão Rufino.

Registrou sua filha, Magdalena, em outubro de 2004. Para tanto, pediram sua cédula de identidade e eleitoral, testemunhas, o papel da igreja e o papel do prefeito. Para resolver os problemas de inscrição das crianças, o Estado deve registrar as crianças na mesma escola.

*Perícia**b) Proposta pelos representantes***1) Samuel Martínez, antropólogo**

Os dominicanos-haitianos não apenas estão lutando pela cidadania legal, mas também pela cidadania cultural, para que se dê um reconhecimento mais amplo de seu pertencimento à República Dominicana e para que formem parte deste país legitimamente. A cidadania cultural é um termo amplo criado por estudiosos do direito e por pesquisadores sociais para descrever estas suposições não declaradas sobre quem, em termos de raça-etnia-classe, pertence totalmente à nação e define sua identidade fundamental. A exclusão da cidadania cultural pode ter consequências sociais, econômicas e psicológicas negativas para as pessoas internamente colonizadas ou para as minorias étnico-raciais desfavorecidas, que são relegadas a uma duradoura condição de cidadãos de segunda classe, ou aos que tem a cidadania totalmente negada.

Destacados líderes de opinião na República Dominicana se opõem aos direitos dos imigrantes haitianos e costumam falar dos haitianos como uma massa homogênea, sem distinguir entre dominicanos-haitianos e cidadãos haitianos, sugerindo e afirmando, às vezes explicitamente, que os nascidos na República Dominicana são tão haitianos quanto seus pais nascidos no Haiti. Por sua vez, as pesquisas sociais sugerem que os dominicanos-haitianos são culturalmente dominicanos, que são leais à República Dominicana e buscam obter a cidadania legal na terra que lhes viu nascer e o único país que conhecem.

O registro civil tardio é, com frequência, a única via de que dispõem os dominicanos-haitianos para obter uma certidão oficial. Muitos haitianos na República Dominicana decidem dar à luz a seus filhos em casa, ao invés de ir a um centro médico, devido à escassez de recursos econômicos e à dificuldade de ter acesso a meios de transporte adequados desde os remotos assentamentos rurais, ou devido ao temor de que o pessoal do hospital ou os agentes de polícia os denunciem, já que muitos são residentes ilegais. Nos últimos anos, funcionários de hospitais negaram a certidão de nascimento inclusive aos haitianos que nasceram em hospitais.

O recrutamento de haitianos é, frequentemente, permitido e inclusive apoiado pelos agentes dominicanos encarregados de fazer cumprir a lei, já que relativamente poucos haitianos se atreveriam a se aventurar pela primeira vez em um país onde não conhecem ninguém, não falam o idioma e não possuem garantias de emprego.

Os haitianos e seus filhos nascidos na pobreza, nos bateyes, estão dispostos a trabalhar por salários inferiores aos que aceitariam os dominicanos para um trabalho que exige um grande esforço ou perigo.

O desejo e a tendência de regressar a seus lares no Haiti foi especialmente forte entre os imigrantes haitianos. A este respeito, nove entre cada dez homens que migram para a República Dominicana para cortar cana voltam para casa em um prazo de dois anos. Os haitianos que permanecem na República Dominicana o fazem porque formaram famílias nesse país.

Por outro lado, em relação ao mundo da globalização, onde o fluxo das transações econômicas e culturais leva a uma demanda cada vez maior por viagens ao exterior, aumenta-se a marginalidade dos apátridas. A capacidade de viajar ao exterior não é um luxo, mas uma necessidade para ter acesso a um melhor nível de vida para centenas de milhares de dominicanos, uma oportunidade da qual estão excluídos os dominicanos-haitianos apátridas, por não contarem com a documentação requerida.

Igualmente, a falta de documentos expõe os dominicanos-haitianos à violação às suas garantias processuais, dado que no momento da prisão são deportados ao Haiti sem nenhum tipo de revisão ou recurso judicial.

Com relação à educação, uma criança sem registro civil não pode se matricular nas escolas secundárias nem na universidade. Para as crianças de origem haitiana de classe trabalhadora, a educação superior é praticamente a única via confiável para ascender na escala social e econômica.

A pobreza, a falta de água potável segura, a infraestrutura de saneamento inadequada e as condições de desmoração e superlotação nas residências expõem a população haitiana a um risco maior de doenças e morte por conta de agentes patogênicos que contaminam a água e dos insetos.

Por último, a negação do registro civil nega também aos dominicanos-haitianos, quase inevitavelmente, uma série de direitos humanos, fecha a porta à prosperidade econômica e à inclusão social, e frustra as possibilidades de que alcancem todo seu potencial humano.

*B) Prova Testemunhal e Pericial*

86. Nos dias 14 e 15 de março de 2005, a Corte recebeu em audiência pública as declarações das testemunhas propostas pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, e dos peritos propostos pela Comissão Interamericana e pelos representantes (par. 47 supra). A seguir, o Tribunal resume as principais partes destas declarações e perícias.

*Testemunhas**a) Proposta pela Comissão e pelos representantes***1) Genaro Rincón Miesse, advogado**

É de nacionalidade dominicana, residente na cidade de Santo Domingo e advogado de profissão. Trabalhou na organização Movimiento de Mujeres Domínico-Haitianas (MUDHA) como assessor jurídico.

Os obstáculos para registrar uma criança de descendência haitiana são a quantidade de requisitos exigidos e a falta de acesso dos pais “braceros” à identificação requerida pelo Oficial do Estado Civil, seja a cédula de identidade e eleitoral ou o comprovante de residência, já que estes podem contar apenas com uma carta emitida pelo Conselho Estatal do Açúcar.

A Junta Central Eleitoral estabelece os requisitos de registro civil, os quais, para crianças até 12 anos, eram os seguintes em 1997: o comprovante de nascimento expedido por um hospital ou clínica, e no caso de que a pessoa nasça fora do hospital ou clínica, se for na zona urbana, uma declaração prestada pela parteira perante um notário, indicando o nascimento da criança, e se for na zona rural, uma declaração do prefeito “pedáneo” (auxiliar), confirmada pela parteira; a documentação dos pais; e a certidão de casamento, se os pais estiverem casados. Para o registro de crianças maiores de 12 anos, em 1997, eram exigidos os seguintes 11 requisitos: a constância de nascimento, como explicou-se anteriormente; a documentação dos pais; a certidão de casamento; as certificações de todas as repartições do registro civil na província indicando que a criança não havia sido registrada; certificado escolar; certificado de batismo; declaração juramentada por três testemunhas maiores de 50 anos que saibam ler e escrever; as cédulas de identidade e eleitoral das três testemunhas; duas fotografias da pessoa; certidão que indicasse se a pessoa havia ou não recebido sua cédula de identidade; e carta dirigida à Junta Central Eleitoral, solicitando a autorização para o registro tardio. Os oficiais de registro não aplicam estes requisitos de maneira coerente. Nas repartições públicas onde vive a população haitiana, a exigência dos requisitos não era constante, comparando-se com as repartições do registro civil onde não existe população imigrante haitiana, as quais são mais flexíveis.

Em 5 de março de 1995, (sic) apresentou-se ao Cartório do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá para registrar 20 crianças, incluindo as crianças Yean e Bosico. A documentação apresentada no caso de Dilcia Yean foi a cédula de identidade e eleitoral de sua mãe, e a constância de nascimento do hospital de Sabana Grande de Boyá, e no caso de Violeta Bosico, a cédula de sua mãe, Tiramen Bosico, e a constância de nascimento expedida pelo prefeito “pedáneo” de Sabana Grande de Boyá.

A licenciada Thelma Bienvenida Reyes, Oficial do Estado Civil, negou-se a aceitar a documentação porque filhos de imigrantes haitianos não podiam ser registrados, já que seus pais são ilegais. Se os pais são haitianos, as crianças também são haitianas, já que os pais estão em trânsito. A Oficial acrescentou que estas eram ordens superiores, as quais tinha por escrito, apesar de ter se negado a mostrar o documento. E procedeu a comentar sobre a natureza “estranha”, “africanizada” ou haitiana dos sobrenomes das crianças. Finalmente, a Oficial dirigiu-os ao Departamento de Migração do Município de Cabecera da Província de Monte Plata.

Nesse mesmo dia foi ao Departamento de Migração acompanhado da promotora do MUDHA. O inspetor deste Departamento em Monte Plata respondeu-lhe de maneira similar à Oficial do Estado Civil. Dali se dirigiu à Direção Geral de Migração em Santo Domingo, no Departamento de Assuntos Haitianos, onde verificou que o Departamento de Migração tinha poder para realizar o registro de filhos de haitianos.

Recorreu ao Promotor Público porque a este funcionário compete garantir os direitos dos cidadãos e também compete o processo de registro tardio, já que uma vez que o registro tardio é apresentado ao Cartório do Estado Civil este é enviado para a consideração do Promotor Público para determinar

se é procedente. Comunicou-se seis vezes com o Promotor Público, quem lhe respondeu que estava esperando a decisão de seu chefe, o licenciado Juan Serrano. Finalmente, o Promotor Público negou a petição por não cumprir a exigência processual e remeteu-a novamente ao Cartório do Estado Civil.

Decidiu não apelar perante a Junta Central Eleitoral porque no passado este órgão não deu resposta às petições postas à sua consideração. Existe uma apatia das autoridades responsáveis. Ademais, nessa época não existia nenhum recurso de amparo para decisões administrativas.

A criança Violeta Bosico foi expulsa da escola pela diretora, já que não tinha a certidão de nascimento; conseqüentemente, a criança foi registrada na escola noturna. Entretanto, ela voltou a estudar na escola diurna uma vez que a Comissão emitiu as medidas cautelares (par. 8 supra). Além disso, a Junta Central Eleitoral concedeu as certidões de nascimento, mas o fez em uma jurisdição diferente à que correspondia e com a apresentação dos mesmos documentos antes indicados.

O caso da criança Violeta Bosico não é o único caso de crianças que não podem ter acesso à educação. Casos semelhantes foram documentados pelas organizações não governamentais MUDHA e pelo Comitê Dominicano de Direitos Humanos.

#### *b) Propostas pelo Estado*

#### **2) Amada Rodríguez Guante, Diretora da Escola Básica de Palavé**

É diretora da Escola Básica de Palavé, onde estudava a criança Violeta Bosico. A criança Violeta Bosico completou a educação básica em oito cursos. Esta escola, como toda instituição, está regida por uma lei e em vista disso possui um regulamento, o qual dispõe que a certidão de nascimento é um requisito para a inscrição das crianças. Um dos requisitos consiste em solicitar à mãe a certidão de nascimento quando esta vai inscrever suas crianças na escola. A criança Violeta Bosico decidiu sair da escola diurna para o turno noturno, onde fez dois anos no período acadêmico de um ano. O turno noturno é apenas para adultos, isto é, maiores de 18 anos, como ordena a lei, mas também podem cursá-lo pessoas que não sejam adultas. Não poderia assegurar exatamente a idade da criança Violeta Bosico quando cursava o turno noturno para adultos. Os pais têm o direito de decidir em qual centro podem estudar seus filhos. A certidão de nascimento se requer para evitar que a criança venha com outro nome, ou com um sobrenome diferente. A criança Violeta Bosico esteve registrada desde o início de seus estudos com o sobrenome Richard e, posteriormente, na oitava série, quando apresentou o documento, apareceu com o sobrenome Bosico.

#### **3) Thelma Bienvenida Reyes, Oficial do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá**

Uma certidão oportuna é a que se registra até os 60 dias de nascimento. No entanto, pode haver variações caso se resida na zona rural ou na zona urbana, 60 dias para declarar na zona urbana e 90 dias para declarar na zona rural. Os requisitos necessários para realizar um registro oportuno são a certidão de nascimento do hospital ou clínica ou do prefeito “pedáneo” e a cédula de identidade e eleitoral dos pais, e se forem casados, sua certidão de casamento. O registro pode ser feito pela mãe, por seus pais, pela parteira, e qualquer pessoa pode servir como testemunha. Para o registro tardio se requer a mesma certidão de nascimento, a cédula de identidade dos pais, um comprovante de escolaridade se estiverem estudando ou não e uma certidão da igreja se forem batizados ou não. No caso das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, não era possível o registro porque não apresentaram a cédula de identidade e eleitoral, apenas apresentaram a certidão do prefeito e outra do hospital. A idade das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico quando compareceram era, respectivamente, de aproximadamente um ano e de 11 a 12 anos. Existe uma comunicação do senhor Manuel Ramón Morel Cerda, Presidente da Junta Central Eleitoral, referente aos atos realizados, na qual se admite que a atuação está em conformidade com a lei. O Promotor Público não é competente para aplicar requisitos para registros tardios; para apelar de uma decisão negativa no registro de nascimento existe o tribunal hierárquico, que é a Junta Central Eleitoral, depois existe o procedimento do Promotor Público, e também existe o processo de amparo. Quando o registro é tardio, é possível solicitar todos os documentos de prova que se considerem necessários, ainda que não estejam contemplados como requisitos nas resoluções da Junta Central Eleitoral.

*Perícias**c) Propostas pela Comissão e os representantes***1) Débora E. Soler Munczek, psicóloga**

Entrevistou as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, bem como seus familiares, nos dias 1, 2 e 3 de fevereiro de 2005. Constatou o ambiente de discriminação e estigma contra as pessoas de ascendência haitiana que residem na República Dominicana, o qual permeia a estrutura psicológica não apenas das supostas vítimas e de suas famílias, mas também da comunidade inteira. Ambas as crianças demonstram uma adaptação social aceitável; entretanto, sua autoestima, autopercepção e a concepção de confiança, de segurança pessoal e do mundo foram afetadas significativamente por causa deste ambiente de discriminação e estigma. As supostas vítimas e suas famílias têm medo de represálias que podem sofrer pelo fato de defender seus direitos; e ainda que as famílias estejam mais tranquilas pelo fato de terem recebido as certidões de nascimento expedidas pelo Estado, seu temor de serem deportadas persiste. Ambas as famílias consideram a educação das crianças Dilcia e Violeta como um elemento essencial para seu futuro socioeconômico, razão pela qual fizeram grandes sacrifícios econômicos e jurídicos para preservar este direito.

**2) Frederick John Packer, advogado e professor**

Os assuntos relacionados com a nacionalidade eram, tradicionalmente, de foro estatal, mas princípios de Direito Internacional, tais como o direito das pessoas a não serem apátridas e o dever dos Estados de proteger os direitos humanos, limitaram este poder nos últimos anos. A nacionalidade como termo jurídico se define tradicionalmente com base em dois princípios: o sanguíneo (a herança familiar) e o de lugar de nascimento. No entanto, tratados internacionais – tais como a Convenção para a Redução dos Casos de Apátrida das Nações Unidas e a Convenção Europeia sobre Nacionalidade – e tribunais internacionais – tais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça – adotaram o princípio de vínculo efetivo entre o indivíduo e o Estado para definir a nacionalidade. Esta mudança reflete o interesse dos Estados em melhorar as relações entre si e seu desejo de proteger os direitos humanos, em particular de pessoas vulneráveis como crianças e mulheres.

O vínculo efetivo entre o indivíduo e o Estado pode ser demonstrado por meio de diversos elementos tomados em conjunto. Assim, qualquer fato ou ação por parte do indivíduo ou do Estado que demonstre uma união real entre ambos serve para satisfazer este propósito: por exemplo, o lugar de nascimento e o lugar de residência, ou a identificação do solicitante com as pessoas deste Estado.

Os Estados podem escolher o procedimento administrativo que desejem para conceder a nacionalidade às pessoas que a solicitarem. No entanto, estes têm uma obrigação de fazer o processo simples e razoável, especialmente quando os peticionários são pessoas que de outra forma se tornariam apátridas. Os dois tratados internacionais mencionados anteriormente ordenam ao Estado conceder automaticamente a nacionalidade a qualquer pessoa nascida em seu território e que de outra maneira ficaria apátrida. Em outros casos se concede a nacionalidade mediante um pedido que se faz após um período de residência (seja de 3 ou 5 anos, dependendo do tratado).

Ainda que relacionados, os processos de nacionalidade e de registro civil são diferentes e servem para propósitos diferentes. O processo de nacionalização serve para estabelecer formalmente o vínculo entre o indivíduo e o Estado; assim, o indivíduo pode acudir à proteção do Estado. Por outro lado, o processo de registro civil serve principalmente ao interesse do Estado de controlar a saúde, a segurança e a ordem pública.

É razoável para os Estados que optam por usar o sistema de registro como parte do processo de nacionalização utilizar documentos que estabeleçam a identidade da pessoa, tais como a certidão de nascimento, a certidão de batismo ou uma declaração da pessoa que atendeu o parto. Entretanto, não é razoável solicitar todos estes documentos de uma vez, nem pedir documentos que demonstrem o status migratório legal do pai ou da mãe do solicitante ou a existência de um vínculo matrimonial formal entre eles. Primeiro, solicitar todos estes documentos de uma vez criaria uma sobrecarga financeira e de tempo inaceitável. Segundo, solicitar documentos probatórios do vínculo matrimonial ou de um status migratório dos pais constitui uma discriminação por origem e por pertencimento a um grupo social. Em terceiro lugar, documentos que demonstrem a relação dos pais do solicitante com o Estado são irrelevantes, já que o vínculo a demonstrar é o existente entre o solicitante e o Estado.

No caso das crianças Yean e Bosico está claro que sua conexão, a composição de sua vida e suas relações se dão com a República Dominicana, de maneira que elas não poderiam ter a nacionalidade haitiana, pois não existe vínculo real entre estas crianças e o Estado do Haiti. No procedimento administrativo da República Dominicana, requerer uma lista de documentos de forma conjunta representa uma sobrecarga significativa para o solicitante, além de ser redundante, já que apenas um dos documentos pode satisfazer o objetivo de documentar a identidade do solicitante e o vínculo deste com o Estado. Nenhum procedimento de nacionalização, dos 55 países sobre os quais tem conhecimento a testemunha, requerem de maneira simultânea todos estes requisitos ou documentos. O argumento de solicitar todos estes documentos para prevenir uma possível fraude eleitoral não é sustentável, já que a República Dominicana pode alcançar este interesse por meio de procedimentos de registro apropriados que não afetem o processo para obter a nacionalidade.

Finalmente, ainda que o Direito Internacional não defina o conceito de “pessoas em trânsito”, este não é importante no momento de decidir se uma pessoa tem certa nacionalidade, já que o importante é a existência do vínculo real entre o indivíduo e o Estado.

### C) *Apreciação da Prova*

#### *Apreciação da Prova Documental*

87. Neste caso, como em outros,<sup>16</sup> o Tribunal admite o valor probatório dos documentos apresentados pelas partes em sua oportunidade processual, ou como prova para melhor decidir de acordo com o artigo 45 de seu regulamento, que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi posta em dúvida.
88. A Corte agrega ao acervo probatório, de acordo com o artigo 45.1 do Regulamento, e por considerá-los úteis para resolver este caso, os documentos apresentados pelos representantes, indicados como prova superveniente<sup>17</sup> (par. 48 supra); os documentos juntados pelos representantes como anexos a suas alegações finais escritas<sup>18</sup> (par. 49 supra); os documentos apresentados pela primeira vez pelo Estado como anexos a suas alegações finais escritas<sup>19</sup> (par. 49 supra), e os documentos apresentados pelo Estado em 10 de janeiro, 24 de maio e 5 de setembro de 2005.<sup>20</sup>
89. Em aplicação do disposto no artigo 45.1 do Regulamento, a Corte incorpora ao acervo probatório do caso os documentos apresentados pelo Estado, pela Comissão e pelos representantes que foram requeridos pelo Tribunal como prova para melhor decidir (pars. 50 e 51 supra), a saber, uma cópia da Lei nº 8-92, de 13 de abril de 1992, apresentada pelas três partes, e uma cópia da Resolução da Junta Central Eleitoral nº 5/88, de 8 de junho de 1988, apresentada pelo Estado e pelos representantes, já que os mesmos resultam úteis para a resolução do presente caso. No que se refere à solicitação do Tribunal de que as partes apresentassem como prova para melhor decidir os anexos à “demanda com pedido de autorização de registros tardios [...]”, apresentada em 11 de setembro de 1997 perante o Promotor Público do Distrito Judicial de Monte Plata, República Dominicana, a Corte toma nota do expressado pelo Estado<sup>21</sup> e pela Comissão,<sup>22</sup> os quais não

16. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 supra, par. 45; *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 112, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, par. 40.

17. A saber: Código para o Sistema de Proteção e dos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes (Lei nº 136 – 03), promulgado em 7 de agosto de 2003; Lei nº 285 – 04 de Migração da República Dominicana, promulgada em 15 de agosto de 2004; lista dos requisitos para registro tardio de nascimento de pessoas maiores de 16 anos, emitida pela Junta Central Eleitoral em 11 de dezembro de 2003; Resolução nº 07/2003, “Resolução sobre registros tardios de pessoas maiores de dezesseis anos de idade”, emitida pela Junta Central Eleitoral em 17 de novembro de 2003, e o manual ou instrutivo para a aplicação da resolução nº 7/2003 de 17 de novembro de 2003 da Junta Central Eleitoral relativo à instrumentalização de registros tardios de pessoas maiores de dezesseis anos de idade.

18. A saber: cópia da decisão de 6 de agosto de 1988 da Corte Suprema de Justiça “sobre a ação de inconstitucionalidade e nulidade, e das resoluções emitidas pelo Senado e a Câmara de Deputados da República”, e vários comprovantes de gastos do CEJIL no caso das Crianças Yean e Bosico.

19. A saber: certidão de nascimento da senhora Solain Pierre; certidão da Oficial do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá de 6 de novembro de 2003; ofício do Promotor Público do Distrito Nacional dirigido ao Presidente da Sala Civil e Comercial do Juízo de Primeira Instância do Distrito Nacional, solicitando ratificar registros tardios de nascimento; Resolução da Suprema Corte de Justiça da República Dominicana de 24 de fevereiro de 1999; manuscrito do Estado intitulado “Reclamações dos petionários durante a solução amistosa perante a [Comissão]”; certidão da Diretora da Escola Básica Palavé de 6 de novembro de 2003; certidão da Associação Dominicana de Professores de 11 de março de 2005; Diploma de Conclusão da Educação Básica da criança Violeta Bosico de 1 de julho de 2004; certidão da Sociedade de Pais e Amigos da Escola Básica Palavé de 11 de março de 2005, e certidão da Junta de Vizinhos Las Mercedes de 11 de março de 2005.

20. A saber: documento intitulado *The uses of Children: A Study of Trafficking in Haitian Children, USAID/Haiti Mission, Port-au-Prince, Haiti, July 14, 2004*, de Glenn R. Smucker e Gerald F. Murray; Resolução da Junta Central Eleitoral nº 11-89, de 22 de agosto de 1989, e certificado emitido em 7 de março de 2005 pelo diretor do “subcentro de saúde” de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana.

21. O Estado assinalou que “[t]odos os autos em questão foram devolvidos aos petionários”.

22. A Comissão afirmou que espera que o Estado e os representantes “se encontrem em capacidade de juntar [...] a documentação apresentada no âmbito interno”.

enviaram os anexos alegando que não os tinham em seu poder, e os representantes unicamente enviaram os anexos que já constavam nos autos do caso, e afirmaram que, “apesar de o pedido perante o Promotor Público ter sido apresentado em favor de um grupo de crianças de ascendência haitiana, [...] apresenta[vam] unicamente os documentos correspondentes às crianças Yean e Bosico”. Tendo em vista o anterior, a Corte faz notar que as partes devem prover todos os elementos probatórios requeridos de ofício, como prova para melhor decidir ou à pedido de parte, já que o Tribunal deve contar com o maior número de elementos de juízo para valorar e chegar a conclusões sobre os fatos.

90. Do mesmo modo, a Corte agrega os seguintes documentos ao acervo probatório, em aplicação do artigo 45.1 do Regulamento, por considerá-los úteis para a resolução deste caso: a) Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório de Desenvolvimento Humano da República Dominicana, Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano 2005 – Em direção a uma inserção mundial inclusiva e renovada; b) Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes de acordo com o Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, 21 de fevereiro de 2001; c) World Bank, Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000), 2 volumes, 2001; d) Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e Serviço Jesuíta a Refugiados e Migrantes, 2004; e) Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê dos Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de maio de 2002; f) Organização dos Estados Americanos, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1991, OEA/Ser.L/V/II.81, doc. 6 rev. 1, de 14 de fevereiro de 1992; g) Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc. 49 rev. 1, de 7 de outubro de 1999, e h) Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, “Os direitos humanos e a extrema pobreza”, relatório apresentado pela especialista independente encarregada da questão dos direitos humanos e a extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de acordo com a resolução 2002/30 da Comissão de Direitos Humanos, Adendo: MISSÃO À REPÚBLICA DOMINICANA. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, 16 Janeiro de 2003.
91. A Corte admite as declarações autenticadas prestadas pelas crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico (pars. 85.a.4 e 85.a.1 supra), e pelas senhoras Tiramen Bosico Cofi, Leonidas Oliven Yean e Teresa Tucent Mena (pars. 85.a.2, 85.a.5 e 85.a.3 supra), na medida em que concordem com o objeto da declaração, e as aprecia com o conjunto do acervo probatório. Este Tribunal considera que por se tratar das supostas vítimas e de seus familiares, e por terem interesse direto neste caso, suas manifestações não podem ser apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo. As manifestações das supostas vítimas têm um valor especial, assim como as manifestações dos familiares, já que são eles quem podem proporcionar melhor informação sobre as consequências das violações que podem ter sido perpetradas contra eles.<sup>23</sup>
92. Em relação ao parecer apresentado pelo senhor Samuel Martínez (par. 85.b.1 supra), o qual o Estado objetou por considerar que o presente caso “não constitui uma class action que pretenda agrupar todas as crianças de origem haitiana, nem se refere aos nacionais deste país, de maneira que seria totalmente irrelevante e improcedente que [o senhor Martínez] se manifeste sobre aspectos de migração haitiana e discriminação”, este Tribunal o admite por considerá-lo útil para resolver o presente caso; entretanto, toma em conta as objeções do Estado e as aprecia com o conjunto do acervo probatório e conforme as regras da crítica sã.
93. A respeito das referidas declarações das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico e das senhoras Tiramen Bosico Cofi, Teresa Tucent Mena, e Leonidas Oliven Yean, bem como ao parecer do senhor Samuel Martínez, os quais se encontram autenticados, mas não foram prestados perante agente dotado de fé pública, a Corte os admitiu como o fez em outras ocasiões, posto que não se afeta a segurança jurídica nem o equilíbrio processual entre as partes.<sup>24</sup>
94. Em relação às declarações prestadas pela senhora Leonidas Oliven Yean, em 9 de junho ou 25 de julho de 1999 e em 24 de julho de 2001; a declaração prestada pela senhora Tiramen Bosico Cofi em 11 de julho de 1999, e a declaração prestada pelo senhor Genaro Rincón Miesse, em 9 de agosto de 1999, juntadas ao processo pela

23. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 116; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 43, e *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, par. 84.

24. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 116, *Caso das Irmãs Serrano Cruz*. Sentença de 1 de março de 2005. Série C Nº 120, par. 39, e *Caso Lori Berenson Mejía*. Sentença de 25 de novembro de 2004, Série C Nº 119, par. 82.

Comissão, pelos representantes e pelo Estado como prova documental, anexadas a seus respectivos escritos de demanda, de petições e argumentos, e de contestação da demanda, o Estado assinalou que continham contradições ou imprecisões. Em razão do anterior, a Corte as admite, levando em conta as objeções do Estado, e as aprecia dentro do contexto do acervo probatório e não de forma isolada.

95. No que se refere à certidão de nascimento da criança Violeta Bosico, emitida em 3 de março de 1997 pelo prefeito “pedáneo” da Segunda Circunscrição de Sabana Grande de Boyá, o Estado objetou a veracidade do lugar de nascimento indicado na referida certidão, com fundamento no fato de a senhora Tiramén Bosico ter declarado perante o referido prefeito que a criança nasceu em sua residência, e em que na declaração prestada por esta senhora em 2 de fevereiro de 2005, autenticada pelo licenciado Marcelino da Cruz, esclareceu que a criança “nasceu na Maternidad del Seguro de Sabana Grande de Boyá”. A Corte observa, por um lado, que a objeção do Estado se refere ao lugar de nascimento da criança Violeta Bosico, no sentido de se esta nasceu na casa de sua mãe ou em uma maternidade; ou seja, os demais elementos que constam da certidão, a saber, o nome da criança, sua data de nascimento, o nome de sua mãe e o fato de que nasceu na República Dominicana, não foram objetados nem controvertidos pelo Estado. Em consequência, este Tribunal considera que, por não ter questionado o fato de que a criança Violeta Bosico nasceu na República Dominicana, o objeto da impugnação do Estado não afeta a decisão da Corte a respeito da matéria do presente caso.
96. Quanto aos documentos de imprensa apresentados pelas partes, este Tribunal considerou que poderiam ser apreciados quando reúnam fatos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado, ou quando corroborem aspectos relacionados com o caso.<sup>25</sup>

#### Apreciação da Prova Testemunhal e Pericial

97. A respeito do testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse (par. 86.a.1 supra), e dos pareceres da senhora Débora E. Soler Munczek e do senhor Frederick John Packer (pars. 86.c.1 e 86.c.2 supra), este Tribunal os admite por considerá-los úteis para resolver o presente caso, mas também leva em conta as indicações do Estado a respeito dos peritos, e os aprecia com o conjunto do acervo probatório, conforme as regras da crítica são.
98. No tocante ao testemunho da senhora Thelma Bienvenida Reyes (par. 86.b.3 supra), o qual não foi objetado nem controvertido, o Tribunal o admite e lhe concede valor probatório. Quanto ao testemunho de Amada Rodríguez Guante (par. 86.b.2 supra), faz-se notar que, durante a audiência pública, foi modificado o objeto de seu testemunho e, em seu lugar, determinou-se que a referida senhora deveria declarar sobre a escolarização da criança Violeta Bosico e os supostos danos morais sofridos por terem perdido um ano de escolaridade, o que não foi objetado nem controvertido, de modo que a Corte o admite na medida em que concorde com o objeto do interrogatório, e lhe concede valor probatório.
99. Nos termos do que foi mencionado acima, a Corte apreciará o valor probatório dos documentos, declarações e perícias apresentados por escrito ou prestados perante si. As provas apresentadas durante o processo foram integradas a um único acervo, que se considera como um todo.<sup>26</sup>

## VII

### Considerações Prévias

100. A Corte considera necessário fazer alguns esclarecimentos sobre sua competência no presente caso, antes de analisar o mérito da controvérsia, em consideração de que a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte em 25 de março de 1999.
101. A Comissão, em sua demanda, afirmou que não pretende que a Corte estabeleça violações pelos fatos ocorridos com anterioridade a 25 de março de 1999 e afirmou que os fatos ocorridos antes desta data “são apresentados à [...] Corte como antecedentes das violações imputáveis ao Estado a partir de sua aceitação da jurisdição contenciosa da Corte”.

25. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 119; *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 supra, par. 51, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 46.

26. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 supra, par. 49; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 49, e *Caso das Irmãs Serrano Cruz*, nota 24 supra, par. 46.

102. A este respeito, os representantes afirmaram que “a Corte tem plena competência para resolver casos nos quais se alegam violações por parte do Estado [à] Convenção a partir de 25 de março de 1999” e informaram que “reconhece[m] que a situação de desamparo das crianças também é resultado de fatos ocorridos com anterioridade [a esta data, os quais a] Corte deveria considerar [...] como antecedentes”.
103. Por sua vez, o Estado manifestou que “a competência temporal da Corte [...] está limitada ao momento em que o Estado aceitou esta competência”.
104. Ao determinar se tem ou não competência para conhecer de um caso, de acordo com o artigo 62.1 da Convenção Americana, a Corte deve tomar em consideração tanto a data de reconhecimento da competência por parte do Estado quanto o princípio de irretroatividade, disposto no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o qual se aplica à vigência dos efeitos jurídicos do reconhecimento da competência do Tribunal.<sup>27</sup>
105. Este princípio estabelece que a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação a suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado demandado que possa implicar responsabilidade internacional são anteriores ao reconhecimento da competência do Tribunal.
106. Deste modo, o Tribunal é competente para conhecer e declarar violações à Convenção em duas situações distintas: quando os fatos violatórios são posteriores à data de reconhecimento de sua competência ou quando se trata de uma violação contínua ou permanente que persiste depois do reconhecimento, ainda que seu início seja anterior a este.<sup>28</sup>
107. Além disso, ao interpretar a Convenção conforme seu objeto e seu fim, a Corte deve atuar de maneira a preservar a integridade do mecanismo previsto no artigo 62.1 da Convenção. Seria inadmissível subordinar tal mecanismo a restrições que tornem inoperante o sistema protetivo dos direitos humanos, previsto na Convenção e, conseqüentemente, a função jurisdicional da Corte.<sup>29</sup>
108. Em razão de tudo o que foi exposto, a Corte considera necessário estabelecer que, apesar de que os fatos apresentados pela Comissão Interamericana como antecedentes terem tido lugar com anterioridade a 25 de março de 1999, alguns destes fatos poderiam persistir depois da data na qual o Estado reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana (par. 4 supra), situações que serão examinadas pelo Tribunal no presente caso.

## VIII Fatos Provados

109. A Corte considera provados os fatos que formam parte dos antecedentes e do contexto do caso, os quais serão abordados no exercício de sua competência e se detalham a seguir:

### ***Antecedentes***

#### ***Contexto social***

- 109.1. As primeiras grandes migrações de haitianos para a República Dominicana ocorreram durante as primeiras três décadas do século 20, quando ao redor de 100 mil pessoas se mudaram aos campos açucareiros daquele país. Os engenhos dominicanos estiveram, em um primeiro momento, sob o controle de empresas privadas e, posteriormente, em sua maioria, passaram ao controle do Conselho Estatal do Açúcar (CEA). Muitos migrantes haitianos passaram a viver de forma permanente na República Dominicana, constituíram família neste país e agora vivem com seus filhos e netos (segunda e terceira gerações de dominicanos de ascendência haitiana), que nasceram e viveram na República Dominicana.<sup>30</sup>

27. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, pars. 38 e 39; *Caso Caesar*. Sentença de 11 de março de 2005. Série C Nº 123, par. 108, e *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*, nota 7 supra, pars. 64 e 65.

28. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, pars. 38 e 39; *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*, nota 7 supra, pars. 64 e 65, e *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd. Exceções Preliminares*. Sentença de 3 de setembro de 2004. Série C Nº 113, par. 79.

29. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*, nota 7 supra, par. 68; *Caso Baena Ricardo e outros. Competência*, nota 12 supra, par. 128, e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 19.

30. Cf. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 819 a 821 e 829 a 831); *Human Rights Watch, “Pessoas Ilegais” – Haitianos e Dominicanos-haitianos na República Dominicana*. Nova York: 2002 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 19, folhas 310 a 320); Marco Scuriatti,

- 109.2. A maioria dos haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana vivem em condições de pobreza em zonas conhecidas como bateyes, que consistem em assentamentos de trabalhadores agrícolas que se localizam ao redor das plantações de cana de açúcar.<sup>31</sup> Nestes lugares, os serviços públicos básicos são escassos e as estradas estão em más condições, o que, durante a temporada de chuva pode chegar a impedir a comunicação entre os bateyes e as cidades por vários dias.<sup>32</sup>
- 109.3. O Escritório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento na República Dominicana afirmou, no ano de 2005, que

[o]s haitianos e haitianas vivem no país em condições muito precárias e de extrema pobreza. Além disso, a maioria está indocumentada e tem de enfrentar uma atitude política e social geralmente hostil, sem possibilidade de assistência jurídica e com limitado acesso a serviços sanitários, de saúde e de educação, o que inclui os filhos dos haitianos nascidos no país. Cabe indicar que as limitações no acesso aos serviços públicos e o problema da falta de documentação são generalizados entre os segmentos mais pobres da população dominicana. [...] Com respeito à imigração haitiana, as informações demonstram as condições de incorporação em ramos de mercados laborais segmentados para este grupo de imigrantes, [...] caracterizados por baixos salários, péssimas condições laborais e baixa tecnologia, definidas internacionalmente como 'As três P', pesadas, perigosas e precárias (em inglês "as três D": dirty, dangerous, demanding). Como é óbvio, estas não são precisamente as condições que se deveriam aceitar desde a perspectiva do desenvolvimento humano. [...] <sup>33</sup>

- 109.4. No relatório enviado às Nações Unidas na ocasião da apresentação dos "Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê de Direitos Humanos", o Estado afirmou que sua maior preocupação é "combater a exclusão e a desigualdade social, buscando mecanismos para integrar a sociedade em sua totalidade e deixar definitivamente no passado as velhas práticas anti-haitianas".<sup>34</sup>
- 109.5. No referido relatório apresentado perante as Nações Unidas, o Estado assinalou que o Presidente da República em exercício no ano de 2002, senhor Hipólito Mejía, pronunciou-se "a favor da dignificação d[os] batey[es]" e afirmou que, "como apostamos no futuro, não podemos ficar de braços cruzados diante das situações mais críticas de pobreza que ofendem nossa consciência humanitária; se nos perguntamos qual é o caso que melhor simboliza este tipo de situações, creio que todos mencionaríamos as condições de vida nos bateyes".<sup>35</sup>

### **Sobre as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico**

- 109.6. Dilcia Yean nasceu em 15 de abril de 1996, no "posto de saúde" localizado no município de Sabana Grande de Boyá, Província de Monte Plata, República Dominicana.<sup>36</sup> Cresceu neste município e, no ano de 2003,

*Background Papers – A review of the Haitian Immigrant Population in the Dominican Republic.* In: World Bank, *Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume II, 2001, págs. 81 a 83, e Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, *Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes, 2004, págs. 1 a 103.

31. Cf. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folha 820); Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê dos Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de maio de 2002, par. 42; Nações Unidas, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório de Desenvolvimento Humano da República Dominicana, Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano 2005 – Em direção a uma inserção mundial inclusiva e renovada, págs. 119 a 144, e Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, *Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana*, Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes, Santo Domingo, República Dominicana, 2004, págs. 1 a 103.

32. Cf. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 852 a 861); World Bank, *Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume I, 2001, págs. 44 a 55; Marco Scuriatti, *Background Papers – A review of the Haitian Immigrant Population in the Dominican Republic.* In: World Bank, *Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume II, 2001, págs. 84 a 85, e Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê dos Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de maio de 2002, par. 46.

33. Cf. Nações Unidas, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório de Desenvolvimento Humano da República Dominicana, Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano 2005 – Em direção a uma inserção mundial inclusiva e renovada, págs. 121, 139, 141 e 143.

34. Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê dos Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de maio de 2002, par. 46.

35. Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê dos Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de maio de 2002, par. 46.

36. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2105); certidão de registro de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2113; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 14, folha 90, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 18, folha 43), e declaração de nascimento da criança Dilcia Yean, emitida em 5 de março de 1997 pelo "subcentro de saúde" de Sabana Grande de Boyá, Monte Plata, Secretaria de Estado de Saúde Pública e Assistência Social, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 98; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 7, folha 48, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 19, folha 45).

frequentava o Colégio Alegria Infantil.<sup>37</sup> Sua mãe é a senhora Leonidas Oliven Yean, de nacionalidade dominicana.<sup>38</sup> Seu pai é de nacionalidade haitiana e não mantém comunicação com sua filha.<sup>39</sup> Seus avós maternos são o senhor Dos Oliven, de nacionalidade haitiana, e a senhora Anita Oliven Yean.<sup>40</sup> Dilcia Yean tem ascendência haitiana por parte de seu pai e de seu avô materno.

- 109.7. Violeta Bosico nasceu em 13 de março de 1985, na República Dominicana.<sup>41</sup> Sua mãe é a senhora Tiramen Bosico Cofi, de nacionalidade dominicana.<sup>42</sup> Seu pai é Delima Richard, de nacionalidade haitiana, e não mantém comunicação com sua filha.<sup>43</sup> Seus avós maternos são o senhor Anol Bosico, que é haitiano, e a senhora Juliana Cofi.<sup>44</sup> Violeta Bosico tem ascendência haitiana por parte de seu pai e de seu avô materno.
- 109.8. Violeta Bosico viveu com sua mãe e seus irmãos no Batey Las Charcas, até 1992, quando se mudou para viver com sua irmã Teresa Tucent Mena, no Batey Verde, também chamado Batey Enriquillo. No ano de 1993 se mudou junto com sua irmã para o Batey Palavé, o qual se encontra fora de Santo Domingo, e onde vive atualmente. Violeta Bosico cresceu na República Dominicana, frequentou a Escola de Palavé e, no ano de 2005, frequenta a escola secundária.<sup>45</sup>

37. Cf. Relatório do MUDHA correspondente à visita feita às famílias das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico em 9 de abril de 2003 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo I, folha 389).

38. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2105); certidão de nascimento da senhora Leonidas Oliven Yean, emitida em 9 de outubro de 1978 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 1, folha 2), e Cédula de Identidade e Eleitoral, número 090-0002085-0, da senhora Leonidas Oliven Yean, emitida em 29 de janeiro de 1994 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 102 e 103). Na declaração prestada pela senhora Leonidas Oliven Yean, autenticada em 3 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez, esclareceu que é conhecida como “Nany” (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo III, folha 905).

39. Cf. declaração da senhora Leonidas Oliven Yean, prestada em 25 de junho ou 9 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo III, folhas 1752 a 1756; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 34, folhas 411 a 415, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 15, folhas 31 e 32).

40. Cf. extrato da certidão de nascimento de Leonidas Oliven Yean, emitida em 10 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, em Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folha 697, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 8, folha 17); certidão de nascimento da senhora Leonidas Oliven Yean, emitida em 9 de outubro de 1978 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 1, folha 2); certidão de nascimento do senhor Rufino Oliven Yean, emitida em 30 de novembro de 1974 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação à demanda, anexo 2, folha 4), e certidão de nascimento do senhor Julio Oliven Yean, emitida em 9 de outubro de 1978 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação à demanda, anexo 3, folha 6).

41. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2104); certidão de registro de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2112; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 15, folha 91, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 35, folha 105), e declaração de nascimento de Violeta Bosico Cofi, emitida em 3 de março de 1997 pelo Segundo Prefeito do Batey Las Charcas, Prefeitura Pedánea, Seção Juan Sánchez, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 94; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 8, folha 49, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 24, folha 55).

42. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2104); certidão de nascimento da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida em 27 de outubro de 1956 pelo Cartório do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 28, folha 69); Cédula de Identidade e Eleitoral da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 95), e Cédula de Identidade e Eleitoral número 090-0013606-0 da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 620 e 621).

43. Cf. declaração adicional da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 31 de julho de 2001 à senhora Hillary Ronen no Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 27, folhas 393 a 396), e declaração da senhora Tiramen Bosico Cofi, prestada em 11 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Palavé, Manogayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 376 a 387; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, folhas 28 a 39, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 25, folhas 57 a 60).

44. Cf. extrato da certidão de nascimento da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida em 10 de setembro de 2001 pelo Cartório do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folha 622, e expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado do Estado, anexo 13, folha 3873), e certidão de nascimento da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida em 27 de outubro de 1956 pelo Cartório do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 28, folha 69).

45. Cf. declaração prestada pela criança Violeta Bosico Cofi, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, folhas 892 a 893bis, e expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 33, folhas 3944 e 3945); declaração da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Palavé, Manogayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 6, folhas 446 a 457, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 24, folhas 370 a 381); declaração adicional da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 31 de julho de 2001 à senhora Hillary Ronen no Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 27, folhas 393 a 396); declaração prestada pela senhora Teresa Tucent Mena, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo III, folhas 899 a 900); declaração da senhora Teresa Tucent Mena, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Palavé, Manogayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 25, folhas 382 a 388); declaração da senhora Tiramen Bosico Cofi, prestada em 11 de julho de 1999 à senhora Katherine

- 109.9 As crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, em razão de sua ascendência haitiana, formam parte de um grupo social vulnerável na República Dominicana.<sup>46</sup>

***O Pedido de registro tardio de nascimento no registro civil realizado pelas crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico***

- 109.10. Os haitianos e dominicanos de ascendência haitiana, em sua maioria, recorrem ao procedimento de registro tardio de nascimento para registrar seus filhos nascidos na República Dominicana. As mães costumam dar à luz a seus filhos em suas casas, em vista da dificuldade que têm para se locomover desde os bateyes até os hospitais das cidades, da escassez de recursos econômicos e do temor de apresentar-se perante os funcionários de um hospital, da polícia ou da prefeitura “pedânea” e serem deportados. A República Dominicana realizou deportações de haitianos e de dominicanos de ascendência haitiana independentemente do status migratório dessas pessoas no país. Nestes casos as decisões foram tomadas sem procedimento de averiguação prévio. Em alguns casos, as deportações alcançaram dezenas de milhares de pessoas, como ocorreu nos anos noventa.<sup>47</sup>
- 109.11. Na República Dominicana houve casos em que as autoridades públicas dificultaram a obtenção das certidões de nascimento das crianças dominicanas de ascendência haitiana. Como consequência, as referidas crianças tiveram dificuldade para obter a cédula de identidade e eleitoral, bem como o passaporte dominicano; estudar em escolas públicas, e ter acesso a serviços de saúde e de assistência social.<sup>48</sup>
- 109.12. Na República Dominicana, está estabelecido constitucionalmente que são dominicanas todas as pessoas que nascem em seu território. O Estado adota o princípio do *ius soli* para conceder a nacionalidade dominicana, com exceção dos filhos dos estrangeiros residentes no país em representação diplomática ou dos filhos de pessoas que estão em trânsito no país.<sup>49</sup>

A. Fleet, em Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 376 a 387; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, folhas 28 a 39, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 25, folhas 57 a 60); certidão emitida em 6 de novembro de 2003 pela senhora Amada Rodríguez Guante, diretora da Escola Básica Palavé (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 28, folha 3934), e Diploma de Conclusão da Educação Básica de Violeta Bosico, emitido pelo Conselho Nacional de Educação em 1 de julho de 2004, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 30, folha 3938). Em relação ao nome da senhora Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta Bosico, se toma nota de que seu sobrenome é “Tucent Mena” e não “Tuseimena”, de acordo com o indicado por esta senhora em sua declaração prestada em 2 de fevereiro de 2005 e autenticada pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez. Para efeitos desta sentença se utilizará o sobrenome “Tucent Mena”, pese que as partes, ou em diversos documentos, indiquem o sobrenome como “Tuseimena”, no entendimento de que se trata da mesma pessoa.

46. Cf. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 809 a 875); *Human Rights Watch, “Pessoas Ilegais” – Haitianos e Dominicanos-haitianos na República Dominicana*. Nova York: 2002 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 19, folhas 310 a 320); Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes de acordo com o Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de fevereiro de 2001, par. 22; Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, *Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes, 2004, págs. 1 a 103; *World Bank, Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume I, 2001, pág. 50 a 53, e Marco Scuriatti, *Background Papers – A review of the Haitian Immigrant Population in the Dominican Republic*; In: *World Bank, Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume II, 2001, págs. 84 e 85.

47. Cf. declaração prestada pelo senhor Samuel Martínez, autenticada em 14 de fevereiro de 2005 pelo notário público Richard J. Wolak (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, tomo III, folhas 908 a 933 e tomo IV, 976 a 1002); *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 809 a 875); Glenn R. Smucker and Gerald F. Murray, *The Uses of Children: A Study of Trafficking in Haitian Children, Port-au-Prince, Haiti*: USAID/Haiti Mission, 2004, págs. 124 a 125 (expediente de anexos ao escrito do Estado de 10 de janeiro de 2005, folhas 3060 a 3223); *Human Rights Watch, “Pessoas Ilegais” – Haitianos e Dominicanos-haitianos na República Dominicana*. Nova York: 2002 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 19, folhas 310 a 320); Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, *Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes, 2004, págs. 1 a 103; Nações Unidas, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório de Desenvolvimento Humano da República Dominicana, Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano 2005 – Em direção a uma inserção mundial inclusiva e renovada, pág. 128; Organização dos Estados Americanos, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1991, OEA/Ser.LV/II.81, doc. 6 rev. 1, de 14 de fevereiro de 1992, e Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na República Dominicana, OEA/Ser.LV/II.104, doc. 49 rev. 1, de 7 de outubro de 1999.

48. Cf. entrevista do senhor Manuel Ramón Morel Cerda, Presidente da Junta Central Eleitoral, realizada pela senhora Katherine A. Fleet em 8 de fevereiro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 48, folhas 498 a 506); *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 809 a 875); Nações Unidas, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório de Desenvolvimento Humano da República Dominicana, Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano 2005 – Em direção a uma inserção mundial inclusiva e renovada, pág. 130); Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes de acordo com o Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de fevereiro de 2001. párs. 22 e 26, e Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, *Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes, 2004, págs. 1 a 103.

49. Cf. Constituição da República Dominicana promulgada em 14 de agosto de 1994, artigo 11 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 20, folhas 332 a 360).

- 109.13. Para o registro tardio de nascimento na República Dominicana devem ser cumpridos uma série de requisitos que variam de acordo com a idade dos solicitantes. Há diferentes requisitos para as crianças menores de 13 anos de idade e para as crianças maiores de 13 anos de idade, os quais se encontram indicados em listas emitidas pela Junta Central Eleitoral ou por qualquer uma das diversas repartições do Cartório do Registro Civil. Os requisitos podem variar de acordo com a localidade do Cartório ou do oficial que os aplica (pars. 109.18, 109.20 a 109.28 infra).<sup>50</sup>
- 109.14. Em 5 de março de 1997, quando Dilcia Yean tinha 10 meses de idade e Violeta Bosico tinha 12 anos de idade, compareceram perante o Departamento de Registro Civil de Sabana Grande de Boyá o senhor Genaro Rincón Miesse, que naquela época era advogado do MUDHA, a senhora Tiramen Bosico Cofi, que acompanhava a sua filha Violeta Bosico,<sup>51</sup> e a senhora Martha Remigio, prima da mãe de Dilcia Yean e que também acompanhava esta criança,<sup>52</sup> com a finalidade de requerer o registro tardio de nascimento de Dilcia Yean e Violeta Bosico, entre outras crianças.
- 109.15. Os documentos apresentados pelos solicitantes no Departamento de Registro Civil de Sabana Grande de Boyá foram a cédula de identidade e eleitoral das mães das crianças.<sup>53</sup> No caso de Dilcia foi apresentada também a declaração de seu nascimento emitida pelo “posto de saúde” de Sabana Grande de Boyá e, no caso de Violeta a declaração de seu nascimento emitida pelo Prefeito “pedáneo” do Batey Las Charcas de Sabana Grande de Boyá.<sup>54</sup>
- 109.16. No ano de 1997, os documentos que as crianças menores de 13 anos deviam apresentar para solicitar um registro tardio de nascimento eram a constância (ou declaração) de nascimento; a cédula de identificação

50. Cf. escrito de observações do Estado de 5 de junho de 2003 ao relatório nº 30/03, emitido em 6 de março de 2003 pela Comissão Interamericana (expediente de anexo à demanda, anexo 14, tom Em 7, folhas 2995 a 3014); testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005; testemunho da senhora Thelma Bienvenida Reyes, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005.

51. Cf. declaração prestada pela senhora Tiramen Bosico Cofi, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo III, folhas 895 a 897bis); declaração da senhora Tiramen Bosico Cofi, prestada em 11 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 612 a 619; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, folhas 28 a 39, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 25, folhas 57 e 60); testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse, prestado perante a Corte Interamericana na audiência pública celebrada em 14 de março de 2005, e declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folhas 16 a 25, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 34, folhas 94 a 103).

52. Cf. declaração da senhora Leonidas Oliven Yean, prestada em 25 de junho ou 9 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo III, folhas 1752 a 1756; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 34, folha 411 a 415, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 15, folhas 31 e 32); declaração prestada pela senhora Leonidas Oliven Yean, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo III, folhas 905 e 906), e declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folhas 16 a 25, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 34, folhas 94 a 103).

53. Cf. Cédula de Identidade e Eleitoral da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 95); cédula de Identidade e Eleitoral, número 090-0002085-0, da senhora Leonidas Oliven Yean, emitida em 29 de janeiro de 1994 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 102 e 103); escrito do Estado intitulado “resposta [...] da República Dominicana ao documento ‘memorando de apoio à audiência sobre mérito’ apresentado pelos peticionários [...] na ocasião da audiência celebrada em 15 de novembro de 2001 [perante a Comissão Interamericana]” (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo VI, folhas 2547 a 2561); testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005; declaração da senhora Leonidas Oliven Yean, prestada em 25 de junho ou 9 de julho de 1999, à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo III, folhas 1752 e 1756, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 34, folha 411); declaração da senhora Tiramen Bosico Cofi, prestada em 11 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 612 a 619; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, folhas 28 a 39, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 25, folhas 57 e 60), e declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folhas 16 a 25, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 34, folhas 94 a 103).

54. Cf. declaração de nascimento da criança Dilcia Yean, emitida em 5 de março de 1997 pela Secretaria de Estado de Saúde Pública e Assistência Social, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 98 e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 7, folha 48, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 19, folha 45); declaração de nascimento de Violeta Bosico Cofi, emitida em 3 de março de 1997 pelo Segundo Prefeito do Batey Las Charcas, Prefeitura *Pedánea*, Seção Juan Sánchez, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 94); expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 8, folha 49 e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 24, folha 55); escrito do Estado intitulado “resposta [...] da República Dominicana ao documento ‘memorando de apoio à audiência sobre méritos’, apresentado pelos peticionários [...] por ocasião da audiência celebrada em 15 de novembro de 2001 [perante a Comissão Interamericana]” (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo VI, folhas 2547 a 2555); testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005, e declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folhas 16 a 25, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 34, folhas 94 a 103).

dos pais e, se estes fossem casados, a certidão de casamento.<sup>55</sup>

109.17. No Departamento de Registro Civil de Sabana Grande de Boyá, a oficial civil encarregada dos registros de nascimento, senhora Thelma Bienvenida Reyes, informou ao senhor Genaro Rincón Miesse que não era possível registrar as crianças, porque os solicitantes não contavam com todos os documentos requeridos pela Junta Central Eleitoral para este procedimento.<sup>56</sup>

109.18. Durante o trâmite do caso perante a Comissão, o Estado apresentou uma comunicação assinada pela senhora Thelma Bienvenida Reyes, e anexou a seguinte lista emitida pela Junta Central Eleitoral, na qual constam os 11 requisitos requeridos para o registro tardio de nascimento:<sup>57</sup>

1. Declaração do Prefeito (se nasceu em zona rural) ou certidão da clínica ou hospital onde nasceu;
2. Certidão ou declaração da Igreja ou Paróquia se foi ou não batizado;
3. Certidão Escolar se estiver estudando;
4. Certidão de todos os cartórios do Registro Civil correspondentes ao lugar onde nasceu;
5. Cópias das Cédulas de Identidade e Eleitoral dos pais (no caso de os pais terem falecido, cópias das certidões de óbito);
6. Se os pais forem casados, cópia da certidão de casamento;
7. Declaração juramentada (Form. OC-25) assinada por três testemunhas, maiores de 50 anos com Cédula de Identidade e Eleitoral (cédula nova) e que saibam assinar;
8. Cópias das Cédulas de Identidade e Eleitoral das testemunhas.
9. Comunicação dirigida ao Presidente da JCE [s]olicitando o Registro Tardio de Nascimento.
10. Carta dirigida ao Presidente da Junta Central Eleitoral solicitando certidão se é portador de carteira de identidade ou não; se for maior de 20 anos também certidão no Prédio O Huacalito: Distrito Nacional [...] se é ou não portador de carteira de identidade.
11. Duas (2) fotografias [...].

109.19. Em 11 de setembro de 1997, o MUDHA e o Comitê Dominicano de Direitos Humanos (CDH), por meio de seus advogados Genaro Rincón Miesse e Marcelino da Cruz Nuñez, interuseram uma “demanda com pedido de autorização e registros tardio[s]” perante o Promotor Público do Juízo de Primeira Instância do Distrito Judicial da Província de Monte Plata, em favor de um grupo determinado de crianças, entre as quais se encontravam as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico.<sup>58</sup>

55. Cf. testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005; escrito de alegações finais apresentado pelo Estado em 14 de abril de 2005 (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo V, folha 1224), e resolução nº 5/88, emitida pela Junta Central Eleitoral em 8 de junho de 1988 (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo VI, folha 1557).

56. Cf. escrito do Estado intitulado “resposta [...] da República Dominicana ao documento ‘memorando de apoio à audiência sobre méritos’, apresentado pelos petionários [...] por ocasião da audiência celebrada em 15 de novembro de 2001 [perante a Comissão Interamericana]” (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo VI, folhas 2547 a 2561); declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folhas 16 a 25, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 34, folhas 94 a 103), e declaração da senhora Leonidas Oliven Yean, prestada em 25 de junho ou 9 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo III, folhas 1752 a 1756; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 34, folhas 411 a 415, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 15, folhas 31 e 32).

57. Cf. escrito do Estado intitulado “resposta [...] da República Dominicana ao documento ‘memorando de apoio à audiência sobre méritos’, apresentado pelos petionários [...] por ocasião da audiência celebrada em 15 de novembro de 2001 [perante a Comissão Interamericana]” (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo VI, folhas 2547 a 2561); comunicação da Missão Permanente da República Dominicana perante a Organização dos Estados Americanos dirigida à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999 (expediente de anexos à demanda anexo 14, tomo II, folhas 1411 a 1418, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 13, folhas 82 a 89), ofício emitido em 20 de setembro de 1999 pela Oficial do Estado Civil, senhora Thelma Bienvenida Reyes, dirigido ao Encarregado de Inspeção, senhor Luis Felipe Gomez, anexado à comunicação do Estado dirigida à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999 (expediente de anexos à demanda anexo 14, tomo II, folha 1417, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 13, folha 88), e lista de “requisitos para o registro tardio de nascimentos” emitida pela Junta Central Eleitoral, da República Dominicana, anexada à comunicação do Estado dirigida à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999 (expediente de anexos à demanda anexo 14, tomo II, folha 1418, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 13, folha 89).

58. Cf. “protocolo da demanda com pedido de autorização de registros tardios”, interposto pelo *Movimiento de Mujeres Dominico-Haitianas* (MUDHA) e o Comitê Dominicano dos Direitos Humanos (CDH), apresentada perante o Magistrado Promotor do Juízo de Primeira Instância do Distrito Judicial da Província de Monte Plata, em 11 de setembro de 1997 (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 90 a 93); cédula de Identidade e Eleitoral da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 95); cédula de Identidade e Eleitoral, número 090-0002085-0, da senhora Leonidas Oliven Yean, emitida em 29 de janeiro de 1994 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 102 e 103); declaração de nascimento de Violeta Bosico Cofi, emitida em 3 de março de 1997 pelo Segundo Prefeito do Batey Las Charcas, Prefeitura Pedánea, Seção Juan Sánchez, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 94), e declaração de nascimento da criança Dilcia Yean, emitida em 5 de março de 1997 pela Secretaria de Estado de Saúde Pública e Assistência Social, República Dominicana (expediente de

109.20. Em 20 de julho de 1998, o Promotor Público do Distrito Judicial de Monte Plata, senhor Julio César Castro Castro, decidiu “negar[...] o [...] pedido de registro tardio de nascimento, por não estar amparado na documentação e procedimento que rege a matéria, [e] [d]irigir os interessados ao oficial do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, a fim de registrar o expediente conforme a norma ordinária”, com fundamento em que para proceder a um registro tardio de nascimento é necessário cumprir os 12 requisitos seguintes:<sup>59</sup>

[...]

1. Declaração de nascimento (hospital, clínica, parteira).
2. Declaração da paróquia se foi ou não batizado.
3. Certidão escolar dos estudos que realizou ou realiza, até que série chegou.
4. Certidão dos cartórios do Registro Civil correspondentes ao lugar onde nasceu.
5. Cópia da cédula de identidade e eleitoral dos pais.
6. Em caso de ter falecido, certidão de óbito dos pai.
7. Declaração juramentada assinada por três testemunhas, maiores de 50 anos com cédula de identidade.
8. Cópia da cédula de identidade e eleitoral das testemunhas.
9. Comunicação dirigida ao Presidente [da] JCE, solicitando o registro tardio de nascimento.
10. Se tiver 20 anos, certidão da cédula anterior, se a retirou ou não.
11. Duas fotografias.
12. Ato de identificação perante sete testemunhas[.]

109.21. Mediante comunicação de 15 de novembro de 2001 dirigida à Comissão Interamericana, os representantes anexaram um documento que contém sete requisitos necessários para “registros tardios e ratificação por sentença”, exigidos pelo “Departamento de Estado Civil da 2ª Circ., [Distrito Nacional]”, para crianças maiores de 13 anos, e indica três requisitos para as crianças menores de 13 anos, a saber:<sup>60</sup>

1. Declaração do hospital ou clínica onde nasceu.
2. Certidão expedida pela J.C.E. sobre a obtenção da carteira de identidade ou não da pessoa. (Isto é para os maiores de 16 anos).
3. Cédulas dos pais (se for legítimo ou reconhecido. Caso contrário, da mãe apenas. Se não possuem cédula, devem obter um formulário CIE, na J.C.E.). Se um dos pais for menor de 16 anos deve apresentar sua certidão de nascimento.
4. Certidão de casamento dos pais (se for filho legítimo).
5. Certidão de não declaração expedida por todos os cartórios do Cartório do Registro Civil do Distrito Nacional:
  - 1ª: Circ.: Rua José Gabriel García esq. O Número, Cidade Nova
  - 2ª: Rua Barahona esq. Abreu
  - 3ª: Pedro Livio Cedeño próximo a Av. Duarte
  - 4ª: Rua 17 nº 3, Ens. Ozama
  - 5ª: Via Mella, em frente ao Parque
  - 6ª: Rua Ramón Cáceres, quase esq. Pedro Livio Cedeño
  - 7ª: La Victoria
  - 8ª: Guerra
  - 9ª: Boca Chica

---

anexos à demanda, anexo 3, folha 98 e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 7, folha 48, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 19, folha 45).

59. Cf. decisão de denegação do pedido de registro tardio, emitida em 20 de julho de 1998 pelo Procurador Promotor do Distrito Judicial de Monte Plata, senhor Julio César Castro Castro, em Monte Plata, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo I, folhas 1030 e 1031, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 3, folhas 26 e 27).

60. Cf. lista de “requisitos para registros tardios e ratificação por sentença”, emitida pelo Cartório do Estado Civil da Segunda Circunscrição, Distrito Nacional, República Dominicana, anexada à comunicação que os representantes enviaram à Comissão Interamericana em 15 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda anexo 14, tomo V, folha 2262, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 6, folha 47).

6. Certidão de batismo. Certidão da escola ou cópia do boletim.
7. Declaração juramentada assinada por três testemunhas maiores de 50 anos no formulário DC-25, fornecido pelo Departamento de Registro Civil.

NOTA: Quando se tratar de menores de 13 anos, basta apresentar os documentos indicados nos números 1, 3, e 4 (este último se o filho for legítimo).

Quando a pessoa já está registrada, o documento nº 1 pode ser substituído por ato de identificação, em presença de notário, com sete testemunhas, registrado.

[...]

DEPARTAMENTO DE ESTADO CIVIL da 2ª CIRC., D.N.

### ***Outras listas de requisitos para o registro tardio de nascimento no registro civil da República Dominicana***

- 109.22. A Resolução nº 5/88, emitida em 8 de junho de 1988 pela Junta Central Eleitoral, estabelece a seguinte lista de seis requisitos para o registro tardio de nascimento de uma pessoa maior de 13 anos de idade:<sup>61</sup>

PRIMEIRO: Decide, a fim de estabelecer a veracidade de todo registro tardio de nascimento de uma pessoa maior de 13 anos de idade, que a recepção do mesmo deverá ser precedida, além dos requisitos exigidos pela lei, da apresentação ao Oficial do Estado Civil, por parte do declarante, dos seguintes documentos:

1. Declaração do hospital ou clínica onde tenha ocorrido o nascimento, constando o sexo da criança, a data de seu nascimento e o nome da mãe;
2. Certidão de batismo, expedida pela Paróquia do lugar de nascimento ou da residência dos pais da pessoa cujo nascimento se deseja registrar; em caso de que a pessoa tenha uma religião não católica, a certidão deverá ser expedida pela igreja do culto religioso que pratique;
3. Cédula de identificação da pessoa cujo nascimento se deseja declarar, se a mesma a recebeu previamente;
4. Certidão da escola, pública ou privada, dando constando o último grau de estudo escolar da pessoa cujo nascimento se deseja declarar;
5. Certidão do Cartório do Estado Civil da jurisdição onde ocorreu o nascimento, fazendo constar que naquela dependência não está registrado o nascimento da pessoa que se deseja registrar tardiamente, quando se pretenda realizar o trâmite fora do lugar onde ocorreu o nascimento, e
6. Declaração juramentada de três testemunhas com ao menos 50 anos de idade, que prestem testemunho sobre a veracidade das afirmações fornecidas pela pessoa declarante.

SEGUNDO: A pessoa que se propõe a fazer o registro tardio de nascimento deve ter ao menos 18 anos a mais que a pessoa cujo nascimento será registrado, exceto se o declarante for o pai ou a mãe. A verificação deste requisito se comprovará com a informação contida na cédula de identificação pessoal do declarante.

TERCEIRO: Com exceção da cédula de identificação da pessoa cujo nascimento seja registrado tardiamente, os demais documentos indicados na presente Resolução, como prova da veracidade da declaração, deverão ser arquivados pelo Oficial do Estado Civil atuante.

- 109.23. Na Resolução nº 5/99, emitida em 4 de agosto de 1999 pela Junta Central Eleitoral, relativa aos registros tardios de nascimentos inscritos nos registros correspondentes desde o ano de 1965 até o ano de 1992, e que não tenham sido ratificadas por sentença do Tribunal competente, se estabelece que os documentos a serem apresentados pelos interessados são:<sup>62</sup>

1. Cópia das cédulas de identidade dos pais (ou dos que figurem na certidão), ou uma certidão das mesmas ou de outro documento a partir do qual se possa estabelecer a identidade dessas pessoas;
2. [a] declaração juramentada que se encontra no formulário OC-25, a qual será assinada perante o Oficial do Estado Civil, tanto pela pessoa interessada ou seu representante legal como pelas testemunhas a que a mesma se refere, anexando cópia das respectivas cédulas destes últimos, e
3. [q]ualquer outro documento que o Oficial do Estado Civil considere pertinente.

61. Cf. resolução nº 5/88, emitida pela Junta Central Eleitoral em 8 de junho de 1988 (expediente de exceções preliminares, e eventuais mérito e reparações, tomo VI, folha 1557).

62. Cf. resolução da Junta Central Eleitoral nº 5/99, de 4 de agosto de 1999 (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 19, folhas 3886 a 3890).

109.24. Em 3 de setembro de 2001, a Junta Central Eleitoral e a Secretaria de Estado de Educação assinaram um Acordo de Colaboração mediante o qual a Junta Central Eleitoral realizaria operações nos centros escolares que fossem dependentes da Secretaria de Educação “com a finalidade de facilitar os processos de registros tardios de nascimento a todas as crianças dominicanas menores de 13 anos de idade que ingressem n[os] grupos escolares sem o registro de nascimento”. Neste acordo foi estabelecido que seriam necessários os seguintes cinco requisitos para o registro tardio de nascimento:<sup>63</sup>

1. Ser dominicano menor de 13 anos de idade.
2. Duas fotos de tamanho 2x2 do menor, atualizadas.
3. Declaração ou comprovante do nascimento da clínica ou hospital onde tenha nascido o menor, ou em sua falta, uma declaração do Prefeito ‘pedáneo’ devidamente legalizada pela Prefeitura do lugar de nascimento.
4. Fotocópias das Cédulas de Identidade ou Eleitoral dos pais, ou da mãe se for filho natural.
5. Certidão onde conste se foi batizado ou não.

109.25. Em 5 de junho de 2003, em seu escrito de observações ao Relatório de Mérito nº 30/03, emitido pela Comissão Interamericana durante o trâmite do presente caso, o Estado assinalou que os requisitos para o registro tardio de nascimento são:<sup>64</sup>

Quando se tratar de crianças até a idade de 12 anos:

1. Declaração de nascimento, constando o sexo da criança, a data de nascimento e o nome da mãe.
2. Identidade da mãe, se se trata de um filho natural e do pai, se este comparecer ao registro, e seu reconhecimento por escrito.
3. Certidão de casamento dos pais se forem casados.
4. Comprovante de escolaridade, no caso de frequentar algum centro educativo.

Quando se tratar de registros a partir dos 13 anos:

1. Declaração de nascimento, constando o sexo da criança, a data de nascimento e o nome da mãe.
2. Certidão da escola pública ou privada, constando o último grau de estudo da pessoa cujo nascimento se deseja registrar e sua condição, afirmando que não se apresentou até o momento ao registro de nascimento.
3. Identidade da mãe, se se trata de um filho natural e do pai, se este comparecer ao registro, e seu reconhecimento por escrito.
4. Certidão de casamento dos pais se forem casados.
5. Certidão de batismo expedida pela paróquia do lugar de nascimento; no caso de que professe alguma religião não católica, a certidão será expedida pela igreja do culto que pratique.
6. Certidão de portador de carteira de identidade ou não da pessoa, cujo nascimento se deseja registrar.
7. Certidão do Cartório do Estado Civil da jurisdição onde ocorreu o nascimento, fazendo constar que naquele cartório não está registrado o nascimento da pessoa que se deseja registrar tardiamente, quando se pretenda fazê-lo fora do lugar onde ocorreu o nascimento, em caso de que exista mais de um cartório do Registro Civil no lugar de nascimento, cada uma deles estará obrigado a expedir uma certidão.
8. Declaração juramentada de três (3) testemunhas com ao menos cinquenta (50) anos de idade que prestem testemunho sobre o nascimento. Para estes fins se utiliza o formulário OC-25, que deve ser de uso exclusivo e zeloso do Oficial do Estado Civil.

109.26. Por meio do ofício de 3 de julho de 2003, dirigido pelo Estado à Comissão Interamericana, aquele informou sobre as medidas adotadas pela República Dominicana para atender as recomendações incluídas no relatório nº 30/03 da Comissão, e assinalou que os requisitos para o registro tardio de nascimento são os seguintes:<sup>65</sup>

63. Cf. acordo de colaboração assinado entre a Junta Central Eleitoral e a Secretaria de Estado de Educação em 3 de setembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folhas 2114 e 2115).

64. Cf. escrito de observações do Estado de 5 de junho de 2003 ao relatório nº 30/03 emitido em 6 de março de 2003 pela Comissão Interamericana (expediente de anexo à demanda, anexo 14, tomEm 7, folhas 2995 a 3014).

65. Cf. ofício sobre as medidas adotadas em relação às recomendações incluídas no relatório nº 30/03 da Comissão Interamericana, dirigido à Comissão em 3 de julho de 2003 pela Embaixadora Representante Permanente da República Dominicana perante a Organização dos Estados Americanos, senhora Sofía Leonor Sánchez Baret (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo VII, folhas 3038 a 3039).

1. Ser dominicano menor de 13 anos de idade.
2. Duas fotos tamanho 2x2 do menor, atualizadas.
3. Declaração ou comprovante do nascimento da clínica ou hospital onde tenha nascido o menor, ou em sua falta, uma declaração do Prefeito 'pedáneo' devidamente legalizada pela Prefeitura do lugar de nascimento.
4. Fotocópias das Cédulas de Identidade ou Eleitoral (ou Passaporte) dos pais, ou da mãe se for filho natural.
5. Certidão em que conste se foi batizado ou não.

109.27. A lista emitida em 17 de novembro de 2003 pela Junta Central Eleitoral, na qual se estabelecem seis requisitos para o registro tardio de nascimento para pessoas maiores de 16 anos de idade:<sup>66</sup>

- A) Constância de nascimento ou parto do futuro inscrito, expedida pelo médico, clínica ou hospital, parteira ou Prefeito 'pedáneo';
- B) Cédulas de Identidade vigentes dos pais do futuro inscrito, no caso de filiação legítima ou reconhecida, ou da mãe em caso de filiação natural; ou do declarante previsto pela Lei (Art. 43 da Lei 659 sobre atos do Estado Civil). No caso de que os pais ou um deles tenha falecido, deverá apresentar-se Certidão de Óbito, expedida pelo Oficial do Estado Civil correspondente.
- C) Certidão de casamento de recente expedição dos pais do futuro inscrito, se estes forem casados;
- D) Certidão de não inscrição emitida pelo Departamento de Registro Civil do Município ou do Distrito Nacional onde nasceu a pessoa a ser registrada, a qual se expedirá livre de impostos e de maneira gratuita;
- E) Constância de batismo com apresentação de certidão de nascimento;
- F) Duas fotografias do futuro inscrito tamanho 2x2.

109.28. Em 14 de agosto de 2005, durante o trâmite do caso perante a Corte, o Estado enviou uma lista na qual figuram os seguintes cinco requisitos para o pedido de registro tardio de nascimento para menores de 13 anos de idade:<sup>67</sup>

1. Ser dominicano menor de 13 anos de idade;
2. Duas fotos tamanho 2x2 do menor, atualizada (sic);
3. Declaração ou constância do parto da clínica ou hospital onde tenha nascido o menor, ou em sua falta, uma certidão do Prefeito 'pedáneo' devidamente legalizada pela Prefeitura do lugar de nascimento;
4. Fotocópias das Cédulas de Identidade e Eleitoral dos pais, ou da mãe se for filho natural;
5. Certidão onde conste se foi batizado ou não.

### ***Sobre a concessão das certidões de nascimento às crianças Yean e Bosico***

109.29. Em 25 de março de 1999, quando a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana, as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico não tinham suas certidões de nascimento nem a nacionalidade dominicana.<sup>68</sup>

109.30. Em 8 de setembro de 1999, em razão das medidas cautelares ordenadas pela Comissão Interamericana em favor das crianças Dilcia e Violeta, o Estado ordenou à Direção Geral de Migração que emitisse, em favor das supostas vítimas, "certidões temporárias de estadia no país até que fosse conhe[cido] e defin[ido] seu status migratório na República Dominicana".<sup>69</sup>

66. Cf. lista de requisitos para o registro tardio de nascimento de pessoas maiores de 16 anos, emitida em 11 de dezembro de 2003 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de documentos apresentados pelos representantes Em 14 de março de 2005, anexo 3, folha 3236).

67. Cf. requisitos para fins de pedido de registro tardio de nascimento para pessoas menores de 13 anos de idade (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 2, folha 3752).

68. Cf. escrito do Encarregado de Facilidades da Direção Geral de Migração e do Embaixador Encarregado da Divisão de Estudos Internacionais da República Dominicana dirigido à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo II, folhas 1441 a 1444); extrato da certidão de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2105), e extrato da certidão de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2104).

69. Cf. escrito do Encarregado de Facilidades da Direção Geral de Migração e do Embaixador Encarregado da Divisão de Estudos Internacionais da República Dominicana dirigido à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo

- 109.31. Em 21 de setembro de 2001, depois de se comunicar com funcionários da Secretaria de Relações Exteriores, as senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi, acompanhadas do senhor Genaro Rincón Miesse, se dirigiram ao Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição para realizar os registros de nascimento de suas filhas Dilcia Yean e Violeta Bosico. No Cartório do Estado Civil não lhes foi solicitado o pagamento de nenhum imposto, nem que assinassem documentos ou que prestassem uma declaração pública.<sup>70</sup>
- 109.32. Em 25 de setembro de 2001, o Estado concedeu à criança Dilcia Oliven Yean a certidão de nascimento emitida pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição de Distrito Nacional da República Dominicana.<sup>71</sup>
- 109.33. Em 25 de setembro de 2001, o Estado concedeu à criança Violeta Bosico a certidão de nascimento emitida pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição de Distrito Nacional da República Dominicana.<sup>72</sup>

### ***Sobre a educação da criança Violeta Bosico***

- 109.34. Violeta Bosico foi admitida nos primeiros anos de escolarização sem a certidão de nascimento. Em 1991, no Batey Las Charcas, Violeta ingressou na escola primária. Em 1994, depois de ter interrompido seus estudos, reincorporou-se à escola e começou a frequentar a Escola Palavé, até a terceira série.<sup>73</sup>
- 109.35. Entre setembro e outubro de 1998, ao tentar realizar a matrícula para a quarta série, o Estado não permitiu a inscrição de Violeta Bosico na escola diurna, porque a criança carecia de sua certidão de nascimento.<sup>74</sup> A criança teve de se inscrever durante o período escolar 1998–1999 na escola de adultos, na jornada noturna, a qual é reservada a pessoas maiores de 18 anos. Ali estudou a quarta e a quinta séries.<sup>75</sup>
- 109.36. O principal objetivo da escola noturna é a alfabetização de adultos e nela se adota o ensino de tipo “concentrado”, segundo o qual são feitos duas séries em um ano. Este método tem um nível de exigência menor que o da escola diurna. A maioria das pessoas que frequentam a jornada noturna tem idades entre 20 e 30 anos e excepcionalmente há estudantes adolescentes. As aulas neste horário têm uma duração menor, em geral de duas horas e meia por dia, e não possuem intervalo.<sup>76</sup>

II, folha 1441 a 1444).

70. Cf. ofício do *Movimiento de Mujeres Domínico-Haitianas* dirigido à Comissão Interamericana em 28 de setembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folhas 2110 a 2111).

71. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2105), e certidão de registro de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2113; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 14, folha 90, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 18, folha 43).

72. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2104), e certidão de registro de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2112; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 15, folha 91, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 35, folha 105).

73. Cf. declaração da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Palavé, Managua, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 6, folhas 446 a 457, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 24, folhas 370 a 381); declaração da senhora Tiramén Bosico Cofi, prestada em 11 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Palavé, Managua, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 612 a 619; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, folhas 28 a 39, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 25, folhas 57 e 60), e testemunho da senhora Amada Rodríguez Guante, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005.

74. Cf. declaração da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Palavé, Managua, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 6, folhas 446 a 457, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 24, folhas 370 a 381); declaração adicional da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 31 de julho de 2001 à senhora Hillary Ronen no Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 27, folhas 393 a 396), e declaração da senhora Teresa Tucent Mena, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 25, folhas 382 a 388).

75. Cf. declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folha 18); declaração da senhora Amada Rodríguez Guante, prestada perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005; certidão emitida em 6 de novembro de 2003, pela senhora Amada Rodríguez Guante, diretora da Escola Básica Palavé (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 28, folha 3934); declaração adicional da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 31 de julho de 2001 à senhora Hillary Ronen no Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 27, folhas 393 a 396), e declaração da senhora Teresa Tucent Mena, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 25, folhas 382 a 388).

76. Cf. declaração prestada pela criança Violeta Bosico Cofi, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo III, folhas 892 a 893, e expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 33, folha 370 s 381); declaração da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Palavé, Managua, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 6, folhas 446 a 457, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 24, folhas 370 a 381); declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folha 18), e testemunho da senhora Amada Rodríguez Guante, prestado perante a Corte Interamericana durante a

109.37. No ano de 2001 Violeta Bosico voltou a estudar no turno diurno, completou a sexta série e foi inscrita na sétima série na escola diurna.<sup>77</sup>

***Sobre os danos imateriais causados às crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico e a seus familiares***

109.38. A criança Dilcia Yean e seus familiares sofreram danos imateriais<sup>78</sup> (pars. 224 e 227 infra).

109.39. A criança Violeta Bosico e seus familiares sofreram danos imateriais<sup>79</sup> (pars. 224, 225 e 227 infra).

***Sobre a representação das supostas vítimas e seus familiares e os respectivos gastos***

109.40. As crianças Yean e Bosico foram representadas<sup>80</sup> nos trâmites perante o sistema interno, bem como nos realizados perante a Comissão e a Corte, pelo Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA),<sup>81</sup> pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)<sup>82</sup>, e pela International Human Rights Law Clinic, University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall),<sup>83</sup> os quais realizaram uma série de gastos relacionados com estas gestões.

**IX**

**Violação aos artigos 19, 20, 24, 3º e 18 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento**

**(Direitos da Criança, Direito à Nacionalidade, Igualdade perante a Lei, Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica, Direito ao Nome, e Obrigação de Respeitar os Direitos)**

*Alegações da Comissão*

110. Quanto ao artigo 19 da Convenção Americana, a Comissão afirmou que:

- a) o Estado descumpriu suas obrigações internacionais por não adotar as medidas necessárias que levem em consideração o interesse superior da criança e assegurem a proteção dos menores dominicanos de origem haitiana, como as crianças Dilcia e Violeta;
- b) o Estado desconheceu sua obrigação de proteger as crianças Dilcia e Violeta, de acordo com o artigo 19 da Convenção, ao mantê-las em uma condição de marginalidade e vulnerabilidade legal, social e econômica e ao não garantir seu direito à nacionalidade, deixando as crianças expostas ao perigo de serem expulsas da República Dominicana; e
- c) o Estado faltou com seu dever de assegurar o direito à educação, tendo em vista que a criança Violeta foi impedida de se matricular na escola diurna por carecer da certidão de nascimento.

---

audiência pública celebrada em 14 de março de 2005.

77. Cf. declaração adicional da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 31 de julho de 2001 à senhora Hillary Ronen no Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 27, folhas 393 a 396), e Diploma de Conclusão da Educação Básica de Violeta Bosico, expedido pelo Centro de Palavé em 1 julho de 2004 (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 30, folha 3938).

78. Cf. parecer da senhora Débora Munczek, apresentado à Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005, e declaração da senhora Leonidas Oliven Yean, prestada em 25 de junho ou 9 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 34, folha 411).

79. Cf. parecer da senhora Débora Munczek, apresentado à Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005; declaração prestada pela senhora Teresa Tucent Mena, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, folhas 899 a 900), e declaração da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo III, folha 1758).

80. Cf. procuração de Leonidas Oliven Yean a favor de Genaro Rincón M., autenticada em 10 de outubro de 1998 e procuração de Tiramen Bosico Cofi a favor de Genaro Rincón M., autenticada em 10 de outubro de 1998 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1, folhas 3748 a 3750); procuração de Tiramen Bosico Cofi a favor do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), da Universidade de California, Berkeley, Boat Hall (School of Law), e do Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA), autenticada em 13 de junho de 2003 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, tomo I, folhas 76 e 77), e procuração de Leonidas Oliven Yean a favor do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), da Universidade de California, Berkeley, Boat Hall (School of Law), e do Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA), autenticada em 13 de junho de 2003 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, tomo I, folhas 78 e 79).

81. Cf. comprovantes de gastos do MUDHA no caso das crianças Yean e Bosico (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexos 55 e 56, folhas 729 a 828).

82. Cf. comprovantes de gastos do CEJIL no caso das crianças Yean e Bosico (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 54, folhas 537 a 728, e expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo V, folhas 1314 a 1319).

83. Cf. comprovantes de gastos da Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos no caso das crianças Yean e Bosico (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 57, folhas 829 a 852).

111. Em relação ao artigo 20 da Convenção Americana, a Comissão argumentou que:

- a) a Constituição estabeleceu o *ius soli* como princípio para adquirir a nacionalidade dominicana, de modo que o direito à nacionalidade por ter nascido no território dominicano adquire proteção convencional, sem importar a nacionalidade ou status legal dos pais. Qualquer restrição ao direito à nacionalidade que não se baseie no lugar de nascimento das crianças contradiz diretamente este princípio;
- b) é inaceitável qualificar as supostas vítimas do presente caso como “estrangeiros em trânsito”, já que as pessoas que vivem por 10, 15 ou mais anos em um país não podem ter a qualidade de transeuntes;
- c) a Junta Central Eleitoral exige a apresentação de uma série de documentos para proceder a um registro tardio de nascimento. Estes requisitos não apenas contravêm os direitos contidos na Constituição e outras leis derivadas, mas também violam os direitos contidos na Convenção Americana, uma vez que são difíceis de cumprir, envolvem gastos e constituem obstáculos que impedem o gozo do direito à nacionalidade à maioria de menores que se encontram na mesma situação das crianças Dilcia e Violeta, ou seja, os dominicanos de ascendência haitiana;
- d) os trâmites inconsistentes realizados por funcionários do Registro Civil não permitiram às crianças Dilcia e Violeta obterem suas certidões de nascimento durante quatro anos e quatro meses, apesar de terem cumprido os requisitos estabelecidos para os menores de 13 anos;
- e) a entrega das certidões de nascimento às supostas vítimas neste caso foi resultado de uma decisão do Estado, que eventualmente teria a possibilidade de negar sua validade em virtude da forma em que foram concedidas; e
- f) o Acordo de Colaboração assinado pelo Estado no fim de 2001, eliminou vários requisitos que obstaculizavam o processo de registros tardios; entretanto, mantém o requisito principal da apresentação da cédula de identidade e eleitoral dos pais, o que representa uma contradição com o princípio do *ius soli*.

112. Quanto ao artigo 24 da Convenção Americana, a Comissão afirmou que:

- a) os Estados podem estabelecer distinções no desfrute de certos benefícios entre seus cidadãos, os estrangeiros com status regular e os estrangeiros em situação irregular; entretanto, para isso se requer um exame detalhado do conteúdo e do alcance da norma, de suas consequências e justificativas;
- b) o tratamento que as supostas vítimas receberam se deveu a considerações sobre sua ascendência, seu nome e o status migratório de seus pais. Estão proibidas não apenas as políticas e práticas deliberadamente discriminatórias, mas também aquelas cujo impacto seja discriminatório contra certas categorias de pessoas, ainda quando não se possa provar a intenção discriminatória;
- c) a legislação secundária aplicável ao caso é aberta e permite que as autoridades da Junta Central Eleitoral e do Registro Civil possam dispor e aplicar discricionariamente os requisitos para obter os registros tardios de nascimento; e
- d) o Estado, apesar de ter indicado que certos funcionários poderiam ter assumido atitudes discriminatórias, não investigou nem puniu essas práticas.

113. Quanto ao artigo 3 da Convenção, a Comissão afirmou que:

- a) o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é um requisito fundamental para o desfrute de todas as liberdades básicas, em virtude de que este direito confere o reconhecimento do indivíduo perante a lei;
- b) a normativa interna da República Dominicana, por meio do Código para a Proteção das Crianças e Adolescentes (Lei nº 14 – 94), reconhece a relação entre a identidade legal e a proteção dos direitos fundamentais dos menores, e garante o direito fundamental à dignidade das crianças, o que inclui o direito à identidade e, explicitamente, proíbe qualquer discriminação na concessão ou privação de seus direitos fundamentais em virtude de sua raça ou nacionalidade; e
- c) a negativa a inscrever as crianças Dilcia e Violeta no Registro Civil por parte de funcionários dominicanos ocasionou sua exclusão da ordem jurídica e institucional do Estado, já que durante mais de quatro anos nem Dilcia nem Violeta possuíam uma certidão de nascimento, documento legal

reconhecido pela República Dominicana como prova de sua identidade, e, por isso, não estavam reconhecidas perante a lei, o que constituiu uma violação ao artigo 3 da Convenção Americana.

114. A Comissão não argumentou sobre a violação ao artigo 18 da Convenção.

*Alegações dos representantes*

115. Quanto ao artigo 19 da Convenção Americana, os representantes afirmaram que:

- a) tendo em vista a incapacidade legal e a vulnerabilidade das crianças Dilcia e Violeta, o Estado tinha a obrigação especial, que sua condição de menores requeria conforme o artigo 19 da Convenção, de adotar medidas de proteção para garantir seus direitos à nacionalidade, à personalidade jurídica, à educação, à família, e à proteção judicial. Os impedimentos arbitrários ou inconsistentes impostos pelo Estado às crianças em seus esforços para obter a documentação constituem uma violação direta aos direitos consagrados no artigo 19 da Convenção Americana, lido à luz do artigo 1.1 da mesma; e
- b) o artigo 19 da Convenção requer que sejam tomadas medidas especiais de proteção para garantir o direito à educação das crianças, em razão de sua situação específica de vulnerabilidade e porque não podem proteger seu direito sem assistência especial por parte de sua família, da sociedade e do Estado. O direito à educação constitui um dos direitos protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana.

116. Quanto ao artigo 20 da Convenção, os representantes alegaram que:

- a) a República Dominicana violou o direito à nacionalidade das crianças Dilcia e Violeta ao negar-lhes, com fundamento em sua raça e ascendência, a possibilidade de registrar seu nascimento no território nacional conforme o princípio constitucional do *ius soli*;
- b) a interpretação efetuada pelo Estado da exceção “em trânsito” e sua aplicação ao presente caso cria uma restrição para a obtenção da nacionalidade que não está estabelecida na Constituição nem no Código Civil da República Dominicana (doravante denominado “Código Civil”), e tampouco na Lei nº 659;
- c) os requisitos para o registro tardio de nascimento impostos pelas diretrizes anunciadas pelo Cartório do Estado Civil, e não pela lei, em sua maioria não possuem relação com a prova do nascimento em território dominicano e por isso são desproporcionais e desnecessários. Isto é especialmente pertinente com respeito às pessoas de ascendência haitiana que vivem nos bateyes. As restrições para obter a nacionalidade devem cumprir certos requisitos para serem consideradas legítimas e não arbitrárias: 1) ser previamente prescritas por lei; 2) não ser discriminatórias; 3) perseguir um objetivo legítimo, e 4) respeitar estritamente os princípios de necessidade e de proporcionalidade; e
- d) para demonstrar a identidade de uma criança, os Estados costumam pedir uma declaração de nascimento ou de batismo ou de uma parteira ou hospital, sem a necessidade de que sejam concordantes. Em um sistema de *ius soli*, tendo em vista que apenas se requer o fato de que uma criança tenha nascido no território do Estado, a situação legal do progenitor é irrelevante e os pais apenas devem demonstrar a relação com seus filhos mediante qualquer documento de identidade comum, como cédula de identidade ou carteira de motorista.

117. No que se refere ao artigo 24 da Convenção Americana, os representantes alegaram que:

- a) o Estado violou os artigos 24 e 1.1 da Convenção Americana, ao introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias referentes à proteção da lei e ao aplicá-las às supostas vítimas, tanto pela intencionalidade dos atos discriminatórios dos funcionários públicos ao se negarem a conceder-lhes as certidões de nascimento, como pelos efeitos discriminatórios produzidos ao aplicar as leis que regulamentam o registro. Para justificar uma distinção que afete principalmente crianças, deve-se demonstrar claramente que a violação a seus direitos é absolutamente necessária para alcançar o objetivo do interesse público, o que não foi provado pelo Estado;
- b) não há relação entre a concessão da nacionalidade e a prevenção do tráfico de crianças ou da fraude eleitoral e, ainda que estes sejam fins legítimos, os meios para alcançá-los são incompatíveis com a proteção dos direitos humanos;
- c) o Direito Internacional proíbe tanto a discriminação direta quanto a discriminação indireta ou o efeito discriminatório; e

- d) as regulamentações introduzidas no ordenamento jurídico da República Dominicana têm um efeito discriminatório sobre os dominicanos de ascendência haitiana, que é o resultado da série de requisitos exigidos por funcionários dominicanos para a concessão do registro tardio de nascimento que impedem, na prática, a obtenção de sua nacionalidade.

118. Quanto ao artigo 3 da Convenção, os representantes afirmaram que:

- a) o direito à personalidade jurídica é um direito protegido por vários instrumentos internacionais e em nenhum caso pode ser suspenso. Na República Dominicana a certidão de nascimento é o documento legal como prova oficial de nome e identidade e, portanto, é necessária para assegurar uma identidade jurídica; e
- b) as crianças se viram privadas do direito fundamental ao reconhecimento da personalidade jurídica por mais de quatro anos. Durante este tempo, as crianças Dilcia e Violeta viveram em um estado de ilegalidade no qual estiveram permanentemente expostas a uma expulsão forçada para o Haiti. Sem a certidão de nascimento, as crianças não podiam obter títulos legais de propriedade, não podiam obter uma cédula de identidade e não teriam sido autorizadas a votar quando alcançassem a maioridade.

119. Quanto ao artigo 18 da Convenção, os representantes alegaram que:

- a) o direito ao nome, assim como o direito à nacionalidade e à personalidade jurídica é um direito fundamental e não pode, em nenhum caso, ser suspenso. O direito ao nome está intimamente ligado à identidade de uma pessoa e está associado aos direitos à intimidade e à personalidade jurídica;
- b) o Estado descumpriu sua obrigação de assegurar à Dilcia e à Violeta seu direito ao nome, ao se negar a conceder a certidão de nascimento por mais de quatro anos. Sem nomes oficiais, as crianças Dilcia e Violeta não contaram com nenhuma das proteções estatais decorrentes do seu registro; e
- c) apesar de o Promotor Público e da Junta Central Eleitoral terem argumentado que as crianças não cumpriram os requisitos, o Estado concedeu as certidões de nascimento de maneira ilegal ao não cumprir os requisitos exigidos, de modo que essas certidões estão expostas à possibilidade de uma revogação estatal. A violação, portanto, é continuada, já que seu direito ainda não foi garantido.

#### *Alegações do Estado*

120. Quanto ao artigo 19 de Convenção, o Estado afirmou que:

- a) o fato de que Violeta teve problemas para se escolarizar não é responsabilidade do Estado, já que as distintas causas que impediram a criança de estudar com continuidade foram provocadas por sua família, dado que esta mudava de lugar de residência constantemente e teve de abandonar abruptamente vários centros de estudo. Apesar da falta de apresentação da certidão de nascimento, Violeta foi autorizada a estudar durante vários anos; e
- b) apesar dos esforços dos órgãos públicos competentes para assegurar o direito à educação e facilitar a inscrição de todas as crianças em idade escolar, existe um princípio de ordem pública insuperável para a escolarização, que faz necessária a matrícula dos estudantes com sua certidão de nascimento.

121. Em relação ao artigo 20 da Convenção Americana, o Estado argumentou que:

- a) o fato de as crianças serem de ascendência haitiana não teve relação com os motivos nos quais se fundamentaram os oficiais do Estado Civil para não as registrar e reconhecer sua nacionalidade dominicana. A decisão se baseou no descumprimento da apresentação dos requisitos necessários para optar por esta nacionalidade. Não existe prova de que o Registro Civil se negou a registrá-las por razões discriminatórias, já que este órgão não pode fazer exceções e seu trabalho se limita a comprovar que os solicitantes demonstrem ter nascido no país;
- b) não possui relevância o fato de os pais das crianças Yean e Bosico terem estado em trânsito no país, já que ao nascer em território dominicano as crianças tinham direito a optar por esta nacionalidade e nunca perderam este privilégio; entretanto, este assunto carece de interesse porque na atualidade as crianças já gozam da nacionalidade dominicana;
- c) as supostas vítimas tinham a possibilidade de optar pela nacionalidade haitiana em razão do vínculo do *ius sanguinis* que as une com seus pais, de maneira que nunca estiveram em perigo de serem apátridas;

- d) a apresentação da cédula de identidade dos pais é um requisito para obter o registro tardio de nascimento, para saber se são filhos legítimos dos estrangeiros residentes no país, em representação diplomática ou em trânsito. No caso concreto, as mães das crianças são dominicanas, de modo que não deveria haver problema para elas o cumprimento deste requisito. Os demais documentos solicitados são necessários para que o mecanismo de registro possa operar de forma fidedigna e para evitar a falsidade ideológica;
- e) não é verdadeira a alegada situação contínua de ilegalidade das crianças, já que não existe nenhuma política de deportação contra pessoas ilegais dentro do território dominicano; e
- f) o Estado não é responsável por violar de maneira contínua o direito à nacionalidade, já que o atraso em sua concessão se deu em função da negligência das mães que não buscaram oportunamente registrar os nascimentos das crianças e na tentativa de registro tardio não juntaram as provas e documentos necessários para realizar este procedimento.

122. No que se refere ao artigo 24 da Convenção Americana, o Estado argumentou que:

- a) a situação particular de registro tardio de nascimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico supõe que se lhes isente do regime geral para o resto dos dominicanos que são registrados ao nascer e lhes aplique a normativa vigente para todos aqueles que, ao nascer, não tivessem sido inscritos no Registro Civil, isto é, o trâmite do registro tardio. Este procedimento deve ser realizado de acordo com uma série de requisitos e trâmites necessários para demonstrar de uma forma veraz e adequada ao direito que as pessoas solicitantes ostentam um verdadeiro direito à nacionalidade dominicana; e
- b) não foi provado e não corresponde à verdade que os oficiais do Estado Civil da República Dominicana tenham recebido instruções de seus superiores para impedir o registro e a expedição de certidões de nascimento de crianças de origem haitiana. Os oficiais do Registro Civil envolvidos neste caso simplesmente se encontravam cumprindo sua obrigação de analisar os requisitos, exigidos tanto aos dominicanos quanto aos estrangeiros e sem nenhum tipo de distinção, para os registros tardios de nascimento.

123. Quanto ao artigo 3 da Convenção, o Estado argumentou que não violou o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, já que em nenhum momento impediu o registro das crianças.

124. O Estado não apresentou alegações específicas sobre o artigo 18 da Convenção.

#### *Considerações da Corte*

125. O artigo 20 da Convenção Americana determina que:

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

126. O artigo 24 da Convenção Americana dispõe que:

[t]odas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

127. O artigo 19 da Convenção Americana dispõe que:

[t]oda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

128. O artigo 3 da Convenção Americana estabelece que:

[t]oda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

129. O artigo 18 da Convenção Americana dispõe que:

[t]oda pessoa tem direito a um nome e aos sobrenomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

130. O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece que:

[o]s Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

131. O Tribunal terá em conta sua competência *ratione temporis* (pars. 4 e 100 a 108 *supra*) e os fatos do caso sub *judice* para determinar se a República Dominicana é responsável pela suposta violação aos referidos artigos da Convenção Americana, os quais são considerados neste capítulo de forma conjunta.
132. A Corte considera necessário ressaltar que, apesar de a denegação do pedido de registro tardio de nascimento no registro civil das crianças ter ocorrido em 5 de março de 1997 e da decisão do Promotor Público que confirmou esta denegação ter sido emitida em 20 de julho de 1998, ambos os fatos determinaram que as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico permanecessem sem nacionalidade até 25 de setembro de 2001. Consequentemente, esta denegação persistiu depois de 25 de março de 1999, data de reconhecimento da competência contenciosa da Corte pela República Dominicana, razão pela qual este Tribunal afirma sua competência para conhecer desta denegação (pars. 4 e 100 a 108 *supra*).
133. A Corte observa que no momento em que o Estado reconheceu a competência contenciosa da Corte, Dilcia Yean e Violeta Bosico eram crianças,<sup>84</sup> que nesta condição tinham direitos especiais aos quais correspondem deveres específicos por parte da família, da sociedade e do Estado e exigem uma proteção especial que é devida por este último e que deve ser entendida como um direito adicional e complementar.<sup>85</sup>
134. Este Tribunal indicou que os casos em que as vítimas de violações de direitos humanos são crianças se revestem de especial gravidade.<sup>86</sup> A prevalência do interesse superior da criança deve ser entendida como a necessidade de satisfação de todos os direitos dos menores, o que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção quando o caso se refira a menores de idade.<sup>87</sup> Além disso, o Estado deve prestar especial atenção às necessidades e aos direitos das supostas vítimas em consideração à sua condição de crianças, como mulheres que pertencem a um grupo em uma situação vulnerável.<sup>88</sup>
135. Em consideração ao indicado nos parágrafos anteriores, a Corte não se pronunciará sobre a suposta violação isolada do artigo 19 da Convenção Americana, mas incluirá sua decisão a respeito juntamente da análise dos demais artigos pertinentes a este caso.

\*\*\*

136. Com relação ao direito consagrado no artigo 20 da Convenção, a Corte entende que a nacionalidade é a expressão jurídica de um fato social de conexão de um indivíduo com um Estado.<sup>89</sup> A nacionalidade é um direito fundamental da pessoa humana que está consagrado na Convenção Americana, bem como em outros instrumentos internacionais,<sup>90</sup> e é inderrogável de acordo com o artigo 27 da Convenção.
137. A importância da nacionalidade reside no fato de que ela, como vínculo jurídico político que liga uma pessoa a um Estado determinado,<sup>91</sup> permite que o indivíduo adquira e exerça os direitos e responsabilidades próprias

84. A Corte observa que no momento de proferir a presente Sentença, Dilcia Yean tem 9 anos de idade e Violeta Bosico tem 20 anos de idade; entretanto, dado que em 25 de março de 1999 Dilcia e Violeta tinham, respectivamente, 2 e 14 anos de idade, a Corte se referirá às supostas vítimas como crianças, cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 42.

85. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, nota 84 *supra*, pars. 53, 54 e 60, e *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*. Sentença de 8 de julho de 2004, Série C Nº 110, par. 164.

86. Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales)*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 64 par. 146; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 85 *supra*, par. 162, e *Caso Bulacio*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C Nº 100, par. 133.

87. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, nota 84 *supra*, pars. 56, 57 e 60.

88. Cf. Nações Unidas, Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 24, aprovada durante o 20º período de sessões, 1999, sobre a aplicação do artigo 12 da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

89. Cf. *Caso Nottebohm* (Liechtenstein vs. Guatemala), segunda fase. Sentença de 6 de abril de 1955. Corte Internacional de Justiça, ICJ Reports 1955, pág. 23.

90. Cf., entre outros, Declaração Americana de Direitos Humanos, artigo XIX; Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 15; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 24.3; Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 7.1; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, artigo 29, e Convenção para Redução dos Casos de Apatridia, artigo 1.1.

91. Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 35.

de ser membro de uma comunidade política. Como tal, a nacionalidade é um pré-requisito para o exercício de determinados direitos.

138. A Corte estabeleceu que

[a] nacionalidade, conforme se aceita majoritariamente, deve ser considerada como um estado natural do ser humano. Tal estado não é apenas o próprio fundamento de sua capacidade política mas também de parte de sua capacidade civil. Daí que, não obstante o fato de que tradicionalmente se aceitou que a determinação e regulamentação da nacionalidade são competência de cada Estado, a evolução ocorrida nesta matéria nos demonstra que o Direito Internacional impõe certos limites à discricionariedade dos Estados e que, em seu estado atual, na regulamentação da nacionalidade não apenas concorrem competências dos Estados mas também as exigências da proteção integral dos direitos humanos. [...] com efeito, a perspectiva doutrinária clássica em que a nacionalidade podia ser concebida como um atributo que o Estado concedia a seus súditos, foi evoluindo para um conceito de nacionalidade no qual, em conjunto a ser competência do Estado, se reveste do caráter de um direito da pessoa humana.<sup>92</sup>

139. A Convenção Americana acolhe o direito à nacionalidade em um sentido duplo: o direito a ter uma nacionalidade desde a perspectiva de dotar o indivíduo de um mínimo de amparo jurídico no conjunto de suas relações, ao estabelecer sua vinculação com um Estado determinado, e o de proteger o indivíduo contra a privação de sua nacionalidade de forma arbitrária, porque desse modo estaria sendo privado da totalidade de seus direitos políticos e daqueles direitos civis que se sustentam na nacionalidade do indivíduo.<sup>93</sup>

140. A determinação de quem são nacionais continua sendo competência interna dos Estados. Entretanto, sua discricionariedade nessa matéria sofre um constante processo de restrição conforme a evolução do Direito Internacional, com vistas a uma maior proteção da pessoa diante da arbitrariedade dos Estados. Assim, na atual etapa de desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esta faculdade dos Estados está limitada, por um lado, por seu dever de oferecer aos indivíduos uma proteção igualitária e efetiva da lei e sem discriminação e, por outro lado, por seu dever de prevenir, evitar e reduzir a apatridia.<sup>94</sup>

141. A Corte considera que o princípio de direito imperativo de proteção igualitária e efetiva da lei e de não discriminação determina que os Estados, ao regulamentarem os mecanismos de concessão da nacionalidade, devem se abster de produzir regulamentações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercerem seus direitos.<sup>95</sup> Do mesmo modo, os Estados devem combater as práticas discriminatórias em todos os seus níveis, em especial nos órgãos públicos e, finalmente, devem adotar as medidas afirmativas necessárias para assegurar uma efetiva igualdade perante a lei de todas as pessoas.

142. Os Estados têm a obrigação de não adotar práticas ou legislação, em relação à concessão da nacionalidade, cuja aplicação favoreça o incremento do número de pessoas apátridas, condição que é derivada da falta de nacionalidade, quando um indivíduo não se qualifica sob as leis de um Estado para recebê-la, como consequência de sua privação arbitrária, ou ainda pela concessão de uma nacionalidade que não é efetiva na prática. A apatridia tem como consequência impossibilitar o gozo dos direitos civis e políticos de uma pessoa e produzir uma condição de extrema vulnerabilidade.

143. Por sua vez, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, que foi assinada pela República Dominicana em 5 de dezembro de 1961, ratificada por 26 Estados e que entrou em vigor em 13 de dezembro de 1975, em seu artigo 1º determina que os Estados devem conceder sua nacionalidade à pessoa nascida em seu território, que de outro modo ficaria em condição de ser apátrida. Esta Convenção afirma que a nacionalidade será concedida de pleno direito no momento do nascimento, ou ainda mediante pedido apresentado perante a autoridade competente pelo interessado ou em seu nome, conforme prescrito na legislação do Estado em questão, e que o referido pedido não poderá ser rechaçado, a menos que o interessado não cumpra a seguinte lista de condições às quais o Estado poderá subordinar a concessão de sua nacionalidade:

(a) que o requerimento seja apresentado dentro de um período fixado pelo Estado Contratante, que deverá começar não depois da idade de dezoito anos e terminar não antes da idade de vinte e um

92. Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização*, nota 91 *supra*, pars. 32 e 33.

93. Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização*, nota 91 *supra*, par. 34.

94. Cf., entre outros, Convenção para Redução dos Casos de Apatridia, artigo 1.1; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, artigo 29, e Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 7.1, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 24.3.

95. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 185; *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A Nº18, par. 88, e *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, nota 84 *supra*, par. 44.

- anos, de modo que o interessado disponha de um ano, no mínimo, durante o qual possa apresentar o requerimento sem ter de obter autorização judicial para fazê-lo;
- (b) que o interessado tenha residido habitualmente no território do Estado Contratante por período, fixado por este Estado, não superior a cinco anos imediatamente anteriores à apresentação do requerimento nem a dez anos ao todo;
- (c) que o interessado não tenha sido condenado por crime contra a segurança nacional nem tenha sido condenado em virtude de processo criminal, a cinco anos ou mais de prisão;
- (d) que o interessado sempre tenha sido apátrida.

\*\*\*

144. De acordo com os fatos do presente caso, as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico nasceram na República Dominicana em 15 de abril de 1996 e em 13 de março de 1985, respectivamente, e ali viveram e cresceram. Igualmente, suas mães, as senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi, são de nacionalidade dominicana e viveram na República Dominicana, e os pais das crianças são haitianos (pars. 109.6 e 109.7 supra).
145. Em 5 de março de 1997, quando Dilcia Yean tinha 10 meses de idade e Violeta Bosico tinha 12 anos de idade, as crianças solicitaram o registro tardio de seu nascimento perante o Cartório do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá. Este pedido de registro tardio foi rechaçado pela Oficial do Estado Civil, que considerou que os documentos apresentados pelas crianças eram insuficientes para proceder com o registro tardio, conforme uma lista de 11 requisitos (pars. 109.14, 109.17 e 109.18 supra). Em 11 de setembro de 1997, as crianças recorreram ao Promotor Público do Distrito Judicial de Monte Plata, que em 20 de julho de 1998 confirmou a decisão da Oficial do Estado Civil e denegou a demanda por “não estar amparada na documentação e no procedimento que rege a matéria”, com base em uma lista que contém 12 requisitos para o registro tardio de nascimento (pars. 109.19 e 109.20 supra).
146. Para proceder à inscrição no registro civil de nascimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, foram-lhes exigidos os 11 documentos que constam no anexo à comunicação do Estado dirigida à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999, ou ainda os 12 documentos indicados na Resolução emitida pelo Promotor Público do Distrito Judicial de Monte Plata em 20 de julho de 1998 (pars. 109.18 e 109.20 supra). Ou seja, as certidões de nascimento não foram concedidas pelo descumprimento por parte das crianças da apresentação dos 11 ou 12 documentos exigidos pelos funcionários do Estado antes mencionados. Entretanto, em suas alegações finais escritas, o Estado afirmou que os documentos que deveriam ser apresentados perante o Cartório do Estado Civil em 5 de março de 1997 eram três, que elas deveriam cumprir e não o fizeram (par. 109.16 supra). A partir do anteriormente exposto, conclui-se que o Estado adotou diferentes posturas durante o trâmite do caso perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, em relação aos requisitos que as crianças deveriam ter cumprido. Esta situação reflete o fato de que na República Dominicana não existe um critério uniforme para a exigência e aplicação dos requisitos para o registro tardio de nascimento dos menores de 13 anos de idade.
147. Depois da reunião celebrada pela Comissão em 24 de agosto de 2001, na República Dominicana, no exercício de suas faculdades, o Estado comunicou às senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi que havia realizado o registro de nascimento de suas filhas e, em 25 de setembro de 2001, a República Dominicana entregou as certidões de nascimento às crianças Yean e Bosico e, em consequência, nesta data concedeu-lhes a nacionalidade dominicana (pars. 109.32 e 109.33 supra).

\*\*\*

148. A nacionalidade na República Dominicana se encontra regulamentada na Constituição, promulgada em 14 de agosto de 1994, e vigente no momento dos fatos. O artigo 11 da Constituição consagra que são dominicanos:

[t]odas as pessoas que nascerem no território da República, com exceção dos filhos legítimos dos estrangeiros residentes no país em representação diplomática ou dos que nele estão em trânsito.

[...]

149. Igualmente, o Código Civil em seu artigo 9º dispõe que
- [s]ão dominicanos:

Primeiro – Todas as pessoas que tenham nascido ou nascerem no território da República, qualquer que seja a nacionalidade de seus pais.

Para os efeitos desta disposição não se considerarão como nascidos no território da República os filhos legítimos dos estrangeiros que residam nela em representação ou a serviço de sua pátria.

[...]

150. Como decorre da leitura do artigo 11 da Constituição, a República Dominicana estabelece o princípio do *ius soli* para determinar quem são os titulares da nacionalidade. Entretanto, para adquirir esta nacionalidade por nascimento, é preciso que a criança não se inclua em uma das exceções constitucionais, que se referem aos filhos de pessoas em representação diplomática ou em trânsito no país.

151. A Corte não analisará a aplicação da primeira exceção referente aos filhos de diplomatas, já que os fatos do presente caso não se relacionam a ela.

152. A respeito da exceção relacionada aos estrangeiros que se encontram em trânsito, tanto a Comissão como os representantes alegaram que as autoridades do Estado teriam tomado a posição, e a teriam tornado efetiva na prática, de que as crianças de ascendência haitiana nascidas na República Dominicana, como são as crianças Dília e Violeta, não seriam nacionais dominicanas, devido a seus pais serem trabalhadores migratórios haitianos e considerados em trânsito.

153. A Comissão Interamericana, em seu Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos da República Dominicana no ano de 1999, em relação à interpretação que as autoridades dominicanas fazem da condição de pessoa em trânsito, observou que

[...] na República Dominicana residem ao redor de 500.000 trabalhadores haitianos indocumentados. Em numerosos casos se trata de pessoas que residiram por 20 ou 40 anos e muitas delas nasceram em território dominicano. A maioria enfrenta uma situação de ilegalidade permanente que transmitem a seus filhos, que não podem obter a nacionalidade dominicana, porque de acordo com a interpretação restritiva feita pelas autoridades dominicanas do artigo 11 da Constituição, são filhos de 'estrangeiros em trânsito'. Não é possível considerar em trânsito pessoas que residiram por numerosos anos em um país onde desenvolveram inúmeros vínculos de todo tipo.<sup>96</sup>

154. A sentença nº 453 da Câmara Civil da Corte de Apelação do Distrito Nacional proferida em 16 de outubro de 2003, referente à inscrição no registro civil de dois menores cujos pais são haitianos e vivem na República Dominicana, estabeleceu que:

[...] não se pode assimilar à condição de ilegalidade do estrangeiro o conceito de trânsito, por se tratarem de figuras distintas e, ademais, nem no regulamento para a aplicação da lei sobre Migração nem no relatório elaborado pela Comissão [Interamericana de] [D]ireitos [H]umanos [sobre a Situação dos Direitos Humanos na República Dominicana no ano de 1999], se estabelece a condição de legalidade como requisito para ter direito à nacionalidade do lugar de nascimento; [...] que na espécie não há possibilidade de que se possa considerar em trânsito os pais dos menores que reclamam o registro de seu nascimento, em razão de que [d]os documentos depositados nos autos decorre que há vários anos vivem no país [...], e que, por outro lado, apesar de ser correto que os pais do menor vivem no país em um estado de ilegalidade, não é menos certo que este estado de ilegalidade não pode, de modo algum, afetar os menores, que podem se beneficiar da nacionalidade dominicana apenas demonstrando que nasceram no território dominicano e que seus pais não estão cumprindo função diplomática no país nem estão em trânsito nele [...].<sup>97</sup>

155. A Corte considera necessário indicar que o dever de respeitar e garantir o princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação é independente do status migratório de uma pessoa em um Estado. Isto é, os Estados têm a obrigação de garantir este princípio fundamental a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território, sem discriminação alguma em razão de sua estadia regular ou irregular, sua nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa.<sup>98</sup>

156. De acordo com o indicado acima, e levando consideração o direito à nacionalidade dos filhos de pessoas migrantes na República Dominicana em relação à norma constitucional pertinente e aos princípios internacionais de proteção dos migrantes, a Corte considera que:

96. Cf. Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc.49, rev. 1, de 7 de outubro de 1999, par. 363.

97. Cf. sentença nº 453 da Câmara Civil da Corte de Apelação do Distrito Nacional proferida em 16 de outubro de 2003 (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, tomo II, folhas 586 a 612).

98. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 95 *supra*, par. 118.

- a) o status migratório de uma pessoa não pode ser condição para a concessão da nacionalidade por parte do Estado, já que sua qualidade migratória não pode constituir, de nenhuma forma, uma justificativa para privá-la do direito à nacionalidade nem do gozo e do exercício de seus direitos;<sup>99</sup>
- b) o status migratório de uma pessoa não se transmite a seus filhos; e
- c) a condição do nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição da nacionalidade, no que se refere a pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, se não adquirem a nacionalidade do Estado onde nasceram.

157. Além do indicado anteriormente, o Tribunal considera oportuno referir-se à Seção V do Regulamento de Migração da República Dominicana nº 279, de 12 de maio de 1939, vigente no momento do pedido de registro tardio de nascimento no presente caso, a qual é clara ao estabelecer que o transeunte tem apenas a finalidade de passar pelo território, para o que é fixado um limite temporal de não mais de dez dias.<sup>100</sup> A Corte observa que, para considerar uma pessoa como transeunte ou em trânsito, independentemente da classificação que se utilize, o Estado deve respeitar um limite temporal razoável e ser coerente com o fato de que um estrangeiro que desenvolve vínculos em um Estado não pode ser equiparado a um transeunte ou a uma pessoa em trânsito.

158. Este Tribunal considera que não caberia, sob nenhuma circunstância, a possibilidade de que o Estado tivesse aplicado às crianças Yean e Bosico a exceção referente aos filhos de uma pessoa em trânsito, já que as mães das supostas vítimas são dominicanas e as crianças nasceram na República Dominicana, esta última sendo a condição estabelecida no artigo 11 da Constituição para a concessão da nacionalidade dominicana.

\*\*\*

159. A Corte passa a analisar a aplicação dos requisitos para o registro tardio de nascimento na República Dominicana e seus efeitos nas crianças Yean e Bosico no presente caso.

160. Na República Dominicana, o trâmite do registro de nascimento se encontra regulamentado por meio da Lei nº 659 Sobre atos do Estado Civil, de 17 de julho de 1944, nos artigos 39, 40 e 41.<sup>101</sup> Esta lei determina que

99. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 95 *supra*, par. 134.

100. A Seção V do Regulamento de Migração nº 279 de 12 de maio de 1939 define que “[a]os estrangeiros que tratem de entrar à República com o propósito principal de prosseguir através do país com destino ao exterior se lhes concederá privilégios de transeuntes. Estes privilégios serão concedidos ainda que o estrangeiro não seja admissível como imigrante se sua entrada não fosse contrária à saúde e à ordem pública. Ao estrangeiro será requerido declarar seu destino, os meios que tenha escolhido para seu transporte e a data e o lugar de saída da República. Um período de 10 dias se considerará ordinariamente suficiente para poder passar através da República; e] [a] um estrangeiro admitido com o propósito de prosseguir através do país, será concedida uma Permissão de Desembarque, válida por 10 dias [...]” (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 21, folhas 364 e 365).

101. A Lei nº 659 Sobre atos do Estado Civil de 17 de julho de 1944, estabelece:

Art. 39 – A certidão de nascimento será feita perante o Oficial do Estado Civil do lugar em que se verifique o parto, dentro dos trinta (30) dias que se sigam a este. Se no lugar do parto não houver, a certidão se fará dentro de sessenta (60) dias perante o Oficial do Estado Civil que corresponda à sua jurisdição.

Se o oficial do Estado Civil tiver alguma dúvida sobre a existência da criança cujo nascimento se declara, exigirá sua apresentação imediata, no caso em que tiver verificado o parto na mesma população, e se tiver ocorrido fora dela, bastará a declaração do (Prefeito), hoje Juiz de Paz, da Seção.

Art. 40–(Mod. pela Lei 90 de data 23/12/65, G.O. Nº 8963) se o registro de nascimento foi tardio, o Oficial do Estado Civil poderá, mediante prévia investigação sobre a veracidade de tal registro, inscrevê-lo ou não no registro correspondente, segundo o [artigo] 38 desta Lei, mas não expedirá cópia ao interessado até que a [c]ertidão produzida seja ratificada pelo Tribunal competente, de acordo com o [artigo] 41 desta mesma lei. Entretanto, não serão admitidos registros tardios até que seja apresentada pelo interessado uma certidão expedida [pel]o Oficial do Estado Civil da Jurisdição onde se presume ter nascido o declarado, na qual se fará constar que a pessoa em questão não foi registrada em tal jurisdição com anterioridade, requisito este que se anotarà à margem da certidão que será realizada para esse efeito. Apenas cumprindo este formalismo poderá receber a informação testemunhal ou certidão juramentada para tais fins. No caso de o nascimento ter ocorrido a partir de 1º de janeiro do ano de 1945, e que haja mais de um Cartório do Estado Civil no Município onde se presume ter nascido o declarado, a certidão poderá ser expedida pelo Diretor do Escritório Central do Estado Civil, mediante prévia revisão dos registros sob seu cuidado, e o registro tardio receberá o Oficial do Estado Civil da jurisdição a que corresponda. Tal certidão não será necessária quando o registro se faça no Cartório do Estado Civil correspondente ao lugar de nascimento do declarado quando existe uma única dependência, mediante prévia investigação de registros por parte deste funcionário, fazendo constar nesta certidão, a respeito da qual será responsável em caso de inobservância desta formalidade. Os documentos comprobatórios de que o beneficiário não foi registrado no lugar de nascimento, incluindo cópia certificada da sentença de ratificação, devem ser protocolizados e arquivados cuidadosamente pelo Oficial atuante.

Os funcionários encarregados de receber atos de informação testemunhal juramentados para suprir atos do Estado Civil deverão, assim mesmo, exigir a apresentação da certidão do Oficial do Estado Civil correspondente que indique que o interessado não se encontra inscrito nos registros de sua responsabilidade.

Art. 41 – (Mod. pela Lei 90 de data 23/12/[65], G.O. Nº 8963) O Oficial do Estado Civil que tenha recebido um registro tardio de nascimento remeterá imediatamente cópia certificada da certidão ao Promotor Público do Distrito Judicial correspondente, que mediante prévia investigação de lugar informará o Juízo de Primeira Instância, podendo este tomar todas as medidas de prova, inclusive consultar livros, documentos dos pais, mesmo falecidos, ouvir testemunhas e intimar as partes interessadas a fim de ratificar ou não

se o registro de nascimento for tardio, o Oficial do Estado Civil poderá, mediante prévia investigação sobre a veracidade de tal registro, inscrevê-lo ou não no registro correspondente. A prova de sua veracidade é feita por meio da apresentação de uma série de documentos que são considerados requisitos para o registro tardio de nascimento e que, segundo se infere do artigo 9º da Lei nº 659,<sup>102</sup> devem ser estabelecidos pela Junta Central Eleitoral.

161. Na República Dominicana as listas de requisitos se distinguiram de acordo com a idade do menor a ser registrado, mas também se diferenciaram sem seguir um critério objetivo, de acordo com cada autoridade competente que a aplica, quanto ao número e ao tipo de requisitos exigidos para uma mesma idade.
162. De acordo com os fatos do presente caso, no momento do pedido de registro tardio foram apresentadas tanto as declarações de nascimento das crianças, a saber: para Dilcia Yean, a declaração de seu nascimento emitida pelo “subcentro de saúde” de Sabana Grande de Boyá e, no caso de Violeta Bosico, a declaração de seu nascimento emitida pelo Prefeito “pedáneo” do Batey Las Charcas de Sabana Grande de Boyá; bem como as cédulas de identidade de cada uma das mães das crianças (par. 109.15 supra).
163. A Corte considera que ao se apresentar perante o Cartório do Estado Civil e realizar o pedido de registro tardio, as crianças fizeram exigível seu direito à nacionalidade, apresentaram a declaração de nascimento e a cédula de identidade de suas mães, que eram os dois requisitos que deveriam ser aplicados a elas, conforme a legislação interna pertinente e de acordo com suas idades (par. 109.16 supra). Em que pese o anterior, o Estado rejeitou o requerimento e negou a nacionalidade dominicana às supostas vítimas (pars. 109.17, 109.18, e 109.20 supra).
164. Este Tribunal observa que o requerimento de registro tardio de nascimento foi negado com fundamento no descumprimento da exigência de apresentação de 11 ou 12 documentos, os quais não eram exigíveis às crianças menores de 13 anos de idade, e que foram exigidos das crianças, apesar de que no momento do requerimento Dilcia Yean tinha 10 meses de idade e Violeta Bosico tinha 12 anos de idade (pars. 109.14, 109.17, 109.18 e 109.20 supra).
165. Deve-se fazer notar que a idade é o critério legal utilizado na República Dominicana para diferenciar a aplicação de requisitos para o pedido de registro tardio de nascimento. De acordo com a legislação aplicável, as crianças Yean e Bosico não apresentavam nenhuma condição que as diferenciasse das demais crianças dominicanas menores de 13 anos de idade que pudesse justificar o agravamento das exigências para o registro de seu nascimento. A aplicação às supostas vítimas dos requisitos que não lhes correspondiam como menores de 13 anos de idade foi violatória da regulamentação interna sobre a matéria e lhes impôs um ônus de prova desproporcional e indevido.
166. A Corte considera que ao ter aplicado às crianças outros requisitos distintos aos exigidos para os menores de 13 anos de idade para obter a nacionalidade, o Estado atuou de forma arbitrária, sem critérios razoáveis ou objetivos, e de forma contrária ao interesse superior da criança, o que constituiu um tratamento discriminatório em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico. Essa condição determinou que elas estivessem à margem do ordenamento jurídico do Estado e fossem mantidas como apátridas, o que as colocou em uma situação de extrema vulnerabilidade quanto ao exercício e gozo de seus direitos.<sup>103</sup>
167. Em atenção à condição de crianças das supostas vítimas, a Corte considera que a vulnerabilidade derivada da apatridia comprometeu o livre desenvolvimento de sua personalidade, já que o acesso aos direitos e à proteção especial de que são titulares se viu impossibilitado.
168. Ademais, este Tribunal considera que o tratamento discriminatório imposto pelo Estado às crianças Yean e Bosico se enquadra dentro da condição vulnerável da população haitiana e dominicana de ascendência haitiana na República Dominicana, à qual pertencem as supostas vítimas (par. 109.9 supra).
169. Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas expressou sua preocupação “pela

---

mediante sentença a certidão de registro tardio. O Promotor Público remeterá ao Oficial do Estado Civil cópia da sentença que seja emitida, devendo este Oficial fazer menção da mesma à margem da certidão de nascimento correspondente, com as objeções que forem necessárias, podendo então expedir cópia dessa certidão (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1, folhas 11 a 12).

102. A Lei nº 659 Sobre atos do Estado Civil de 17 de julho de 1944, estabelece em seu artigo 9º, o seguinte: “[O]s oficiais do Estado Civil deverão se conformar às instruções que recebam da Junta Central Eleitoral e do Escritório Central do Estado Civil e estarão sob a imediata e direta vigilância dos Promotores Públicos”.

103. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, nota 84 supra, par. 56.

discriminação das crianças de origem haitiana nascidas no território [da República Dominicana] ou filhos de famílias haitianas migrantes, em especial [por] seu limitado acesso a moradia, educação e serviços de saúde, e observ[ou], em particular, a falta de medidas específicas para resolver este problema”. O mesmo Comitê, especificamente em relação à inscrição no registro civil, afirmou que lhe “preocupa, em particular, a situação das crianças de origem haitiana ou de famílias haitianas migrantes cujo direito à inscrição no registro civil foi negado no Estado [... e que, como] consequência desta política, não puderam gozar plenamente de seus direitos, como o de acesso à atenção à saúde e à educação”.<sup>104</sup>

170. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio de uma especialista independente, publicou um relatório intitulado “[o]s direitos humanos e a extrema pobreza”, no qual se refere à situação dos haitianos na República Dominicana nos seguintes termos:

A questão do racismo [...] às vezes se manifesta entre os próprios dominicanos, mas sobretudo é patente diante dos haitianos ou pessoas de origem haitiana cuja[s] família[s] algumas vezes estão estabelecida[s] há várias gerações e que continuam circulando. [...] Raros são os haitianos, inclusive os que residem na República Dominicana desde 1957, [...] que obtêm sua naturalização. É a discriminação mais forte que a especialista independente encontrou ao longo da missão. As autoridades são muito conscientes deste problema [...]. O fato de que os haitianos não tenham existência legal na República Dominicana se baseia em um fenômeno muito profundo de ausência de reconhecimento [...].<sup>105</sup>

171. Em consideração ao dever do Estado de conceder a nacionalidade aos que nasceram em seu território, a República Dominicana deveria adotar todas as medidas positivas necessárias para garantir que Dilcia Yean e Violeta Bosico, como crianças dominicanas de ascendência haitiana, pudessem acudir ao procedimento de registro tardio em condições de igualdade e sem discriminação e exercer e gozar plenamente seu direito à nacionalidade dominicana. Os requisitos exigidos para provar o nascimento no território devem ser razoáveis e não podem representar um obstáculo para se ter acesso ao direito à nacionalidade.
172. Este Tribunal conclui que, em razão do tratamento discriminatório aplicado às crianças, o Estado lhes negou sua nacionalidade e as deixou apátridas, o que, por sua vez, lhes impôs uma situação de contínua vulnerabilidade que perdurou até 25 do setembro de 2001, isto é, depois da data de reconhecimento da competência contenciosa da Corte pela República Dominicana.
173. A Corte considera que a situação de extrema vulnerabilidade em que o Estado colocou as crianças Yean e Bosico, em razão da negação de seu direito à nacionalidade por razões discriminatórias, bem como da impossibilidade de receber proteção do Estado e de ter acesso aos benefícios dos quais eram titulares, e finalmente por viverem sob o temor fundado de que seriam expulsas do Estado do qual eram nacionais e serem separadas de sua família pela falta da certidão de nascimento, a República Dominicana descumpriu sua obrigação de garantir os direitos consagrados na Convenção Americana, que implica não apenas que o Estado deve respeitá-los (obrigação negativa), mas que, além disso, deve adotar todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva).<sup>106</sup>
174. A Corte conclui que, por razões discriminatórias e contrárias à normativa interna pertinente, o Estado deixou de conceder a nacionalidade às crianças, o que constituiu uma privação arbitrária de sua nacionalidade, e as deixou apátridas por mais de quatro anos e quatro meses, em violação aos artigos 20 e 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico.

\*\*\*

175. A situação de extrema vulnerabilidade em que se encontravam as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, pela falta de nacionalidade e pela condição de apátridas, teve consequências relacionadas com seus direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica e ao nome.

104. Cf. Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes de acordo com o Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de fevereiro de 2001, pars. 22 e 26.

105. Cf. Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, “Os direitos humanos e a extrema pobreza”, relatório apresentado pela especialista independente encarregada da questão dos direitos humanos e a extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de acordo com a resolução 2002/30 da Comissão de Direitos Humanos. Adição: MISSÃO À REPÚBLICA DOMINICANA. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, pars. 8 a 13.

106. Cf. *Caso Instituto de Reeducação do Menor*. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C Nº 112, par. 158; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 85 *supra*, par. 129, e *Caso 19 Comerciantes*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109, par. 153.

176. O artigo 3 da Convenção Americana, bem como outros instrumentos internacionais,<sup>107</sup> consagram o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, a respeito do qual a Corte Interamericana afirmou que
- toda pessoa tem direito a que se reconheça em qualquer parte como sujeito de direitos e de obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais. O direito ao reconhecimento da personalidade jurídica implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade e gozo) e de deveres; a violação àquele reconhecimento supõe desconhecer em termos absolutos a possibilidade de ser titular destes direitos e deveres.<sup>108</sup>
177. A respeito do exercício da titularidade de direitos humanos, a Corte indicou que
- [a] maioria implica a possibilidade do exercício pleno dos direitos, também conhecida como capacidade de atuar. Isso significa que a pessoa pode exercer de forma pessoal e direta seus direitos subjetivos, bem como assumir plenamente obrigações jurídicas e realizar outros atos de natureza pessoal ou patrimonial. Nem todos possuem esta capacidade: dela carecem, em grande medida, as crianças. Os incapazes se encontram sujeitos à autoridade parental ou, em sua falta, à tutela ou representação. Mas todos são sujeitos de direitos, titulares de direitos inalienáveis e inerentes à pessoa humana.<sup>109</sup>
178. Uma pessoa apátrida, ex definitione, não possui personalidade jurídica reconhecida, já que não estabeleceu um vínculo jurídico político com nenhum Estado, motivo pelo qual a nacionalidade é um pré-requisito para o reconhecimento da personalidade jurídica.
179. A Corte considera que a falta do reconhecimento da personalidade jurídica fere a dignidade humana, já que nega de forma absoluta sua condição de sujeito de direitos e torna o indivíduo vulnerável face à inobservância de seus direitos por parte do Estado ou de particulares.
180. No caso concreto, o Estado manteve as crianças Yean e Bosico em um limbo jurídico no qual, ainda que as crianças existissem e se encontrassem inseridas em um determinado contexto social, sua própria existência não estava juridicamente reconhecida, isto é, não tinham personalidade jurídica.
181. No que se refere à suposta violação ao direito ao nome, estabelecido no artigo 18 da Convenção Americana, é necessário indicar que, por mais que a Comissão Interamericana não a tenha alegado, a Corte estabeleceu que as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes, podem invocar direitos distintos dos incluídos na demanda da Comissão, sobre a base dos fatos apresentados por esta.<sup>110</sup>
182. Agora, o direito ao nome, consagrado no artigo 18 da Convenção Americana, constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa, sem o qual não pode ser reconhecida pela sociedade nem registrada perante o Estado. Este direito também se estabelece em diversos instrumentos internacionais.<sup>111</sup>
183. Os Estados, no âmbito do artigo 18 da Convenção, têm a obrigação não apenas de proteger o direito ao nome, mas também de oferecer as medidas necessárias para facilitar o registro da pessoa, imediatamente após seu nascimento.
184. Igualmente, os Estados devem garantir que a pessoa seja registrada com o nome escolhido por ela ou por seus pais, segundo seja o momento do registro, sem nenhum tipo de restrição ao direito nem interferência na decisão de escolher o nome. Uma vez registrada a pessoa, deve-se garantir a possibilidade de preservar e reestabelecer seu nome e seu sobrenome. O nome e os sobrenomes são essenciais para estabelecer formalmente o vínculo existente entre os diferentes membros da família com a sociedade e com o Estado, o que não foi garantido às crianças Yean e Bosico pela República Dominicana.
185. Além do anteriormente exposto, a Corte considera que a vulnerabilidade a que foram expostas as crianças, como consequência da carência de nacionalidade e de personalidade jurídica, para a criança Violeta Bosico também se refletiu no fato de que foi impedida de estudar durante o período escolar 1998-1999 no turno

107. Cf., entre outros, Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 6º; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 16; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo XVII, e Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, artigo 5.

108. Cf. *Caso Bámaca Velásquez*. Sentença de 25 de Novembro de 2000, Série C Nº 70, par. 179.

109. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, nota 84 *supra*, par. 41.

110. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 183; *Caso de La Cruz Flores*. Sentença de 18 de novembro de 2004. Série C Nº 115, par. 122, e *Caso "Instituto de Reeducação do Menor"*, nota 106 *supra*, par. 125.

111. Cf., entre outros, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 24.2; Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 7.1; *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, artigo 6.1, e Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, artigo 29. O Tribunal Europeu afirmou que o direito ao nome se encontra protegido pelo artigo 8 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, ainda que este não esteja especificamente mencionado, cf. *Stjerna v. Finland*, judgment of 25 November 1994, Series A, nº 299-B, p. 60, par. 37, e *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A nº 280-B, p. 28, par. 24.

diurno da Escola de Palavé. Precisamente por não contar com a certidão de nascimento, viu-se forçada a estudar durante esse período na escola noturna, para maiores de 18 anos. Este fato, por sua vez, agravou sua situação de vulnerabilidade, já que ela não recebeu a proteção especial que requeria como criança, de estudar no horário que lhe seria adequado, em companhia de crianças de sua idade, e não com pessoas adultas (pars. 109.34, 109.35 e 109.36 supra). Faz-se necessário ressaltar que, em conformidade com o dever de proteção especial das crianças consagrado no artigo 19 da Convenção Americana, interpretado à luz da Convenção dos Direitos da Criança e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em relação ao dever de desenvolvimento progressivo contido no artigo 26 da Convenção, o Estado deve prover educação primária gratuita a todos os menores, em um ambiente e em condições propícias para seu pleno desenvolvimento intelectual.

186. A Corte observa que a violação ao direito à nacionalidade das crianças Yean e Bosico, a condição de apátridas na qual foram mantidas, e o não reconhecimento de sua personalidade jurídica nem de seu nome, desnaturalizou e negou a projeção externa ou social de sua personalidade.
187. Em função do exposto acima, esta Corte considera que a privação de sua nacionalidade às crianças teve como consequência que a República Dominicana violou os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica e ao nome consagrados nos artigos 3º e 18 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico.

\*\*\*

188. Os representantes e a Comissão alegaram que a aplicação das leis internas da República Dominicana sobre a inscrição no registro civil e a concessão da nacionalidade ocorre de forma discricionária e produz efeitos discriminatórios em relação às crianças de ascendência haitiana, como as crianças Yean e Bosico.
189. O Estado, por sua vez, argumentou que tanto a Constituição quanto os estatutos de migração e de registro civil oferecem as garantias requeridas para proteger os direitos consagrados na Convenção Americana.
190. A este respeito, a Corte considera que a normativa interna que determina os requisitos para o registro tardio de nascimento deve ser coerente com o fundamento do direito à nacionalidade na República Dominicana, e com os termos da Convenção Americana e de outros instrumentos internacionais,<sup>112</sup> isto é, devem determinar que a pessoa nasceu no território desse Estado.
191. De acordo com a obrigação derivada do artigo 2 da Convenção Americana, a Corte considera que os requisitos para obter a nacionalidade devem ser estabelecidos com anterioridade, de forma objetiva e clara pela autoridade competente. No mesmo sentido, a lei não deve conceder uma discricionariedade ampla ao funcionário do Estado que a aplica, porque neste caso se criaria espaço para o surgimento de atos discriminatórios.
192. Os requisitos para o registro tardio de nascimento não podem representar um obstáculo para o gozo do direito à nacionalidade, em particular para os dominicanos de ascendência haitiana, que pertencem a um setor da população vulnerável na República Dominicana.

## X

### Artigo 17 da Convenção Americana (Proteção da Família)

#### *Alegações dos representantes*

193. Quanto à suposta violação ao direito à proteção da família, consagrado no artigo 17 da Convenção Americana, os representantes alegaram que:
- a) o Estado tem a obrigação de adotar medidas essenciais para proteger a unidade familiar. No presente caso, o Estado não realizou as medidas necessárias para garantir os direitos da criança, sobretudo quanto ao direito a não serem separadas forçadamente de sua família e de assegurar o

112. Cf., entre outros, Declaração Americana de Direitos Humanos, artigo 19; Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 15; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 24.3; Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 7.1; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, artigo 29, e Convenção para Redução dos Casos de Apátrida, artigo 1.1.

direito a residir no país. O Estado violou o direito à família das crianças Dilcia e Violeta, ao se negar a conceder as certidões de nascimento às crianças de ascendência haitiana; e

- b) apesar de a República Dominicana não ter tentado separar as crianças Dilcia e Violeta de suas famílias, a ameaça de uma separação é real, dado que o Estado realiza sistematicamente expulsões coletivas de haitianos e de dominicanos de ascendência haitiana.

#### *Alegações da Comissão*

194. A Comissão não apresentou argumentos sobre o artigo 17 da Convenção Americana.

#### *Alegações do Estado*

195. Quanto à suposta violação ao artigo 17 da Convenção Americana, o Estado afirmou que não pode ser acusado de uma violação ao direito à família quando não existe tal violação. Do mesmo modo, o Estado afirmou que a falta de registro das crianças Yean e Bosico foi responsabilidade de sua família.

#### *Considerações da Corte*

196. O artigo 17.1 da Convenção Americana dispõe:

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

[...]

197. A este respeito, este Tribunal considera que os fatos alegados sobre a suposta violação a este artigo, já foram examinados em relação à condição de vulnerabilidade das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico (pars. 172 e 173 supra).

## **XI**

### **Artigos 8 e 25 da Convenção Americana (Garantias Judiciais e Proteção Judicial)**

#### *Alegações da Comissão*

198. Quanto à suposta violação aos artigos 8 e 25 da Convenção, a Comissão argumentou que:

- a) as mães das crianças solicitaram diretamente ao Promotor Público do Distrito de Monte Plata que ordenasse a inscrição dos nascimentos de suas filhas no Registro Civil, já que o promotor é quem deve supervisionar e informar sobre erros cometidos pelos oficiais do Registro Civil. O Promotor Público descartou a “medida” promovida e ordenou que o processo regressasse ao Cartório do Registro Civil;
- b) a legislação do Estado estabelece duas vias processuais para a revisão das resoluções do Registro Civil sobre pedidos de registros tardios, a saber: a via administrativa que cabe ao Promotor Público e também pode ser revisada pela Junta Central Eleitoral; e a do juízo de primeira instância. Estas vias não oferecem um recurso de apelação contra uma decisão negativa do Registro Civil. A Junta Central Eleitoral não é uma autoridade judicial, nem é parte do sistema judicial de acordo com a legislação dominicana, e suas decisões tampouco podem ser apeladas, motivo pelo qual não se pode considerar que o recurso hierárquico constitua um recurso efetivo. As supostas vítimas careciam de legitimação para iniciar um processo judicial e seus pedidos nunca foram resolvidos por um tribunal competente;
- c) o recurso de amparo não existia legalmente no momento dos fatos e o recurso de inconstitucionalidade não seria procedente contra atos administrativos até o ano de 1998; e
- d) o Estado não investigou, puniu ou reparou as supostas violações cometidas por seus agentes no presente caso.

#### *Alegações dos representantes*

199. Quanto à suposta violação aos artigos 8 e 25 da Convenção os representantes afirmaram que:

- a) o Estado não estabeleceu um mecanismo ou procedimento que permita apelar de uma decisão de não registrar um indivíduo perante um juiz ou tribunal competente. A decisão desfavorável do Oficial do Estado Civil, apesar de várias tentativas razoáveis por parte das mães das crianças Dilcia e Violeta, nunca foi revisada por um tribunal competente e independente;
- b) existem duas vias para a revisão de decisões do Oficial do Estado Civil: 1) a revisão estabelecida pela Lei nº 659, e 2) a revisão pela autoridade administrativa responsável por realizar os registros, neste caso a Junta Central Eleitoral. A Junta Central Eleitoral não está regulamentada por procedimentos formais e não publicou regulamentos ou promulgou procedimentos mediante os quais os solicitantes possam pedir a revisão das decisões adversas dos Oficiais do Estado Civil. Deste modo, o Estado não oferece um recurso efetivo pelo qual as crianças Dilcia e Violeta possam impugnar a negativa do Oficial do Estado Civil;
- c) a resolução dos recursos de amparo e de inconstitucionalidade pode levar até dois anos, de forma que não existe na República Dominicana um recurso simples, o que constitui uma violação ao artigo 25 da Convenção, e
- d) o Estado privou as crianças das garantias processuais, consagradas no artigo 8 da Convenção, ao não lhes conceder o direito a serem ouvidas em um procedimento judicial pela negação das certidões de nascimento. De acordo com a antiga legislação e a nova Resolução da Junta Central Eleitoral, quando um oficial do registro civil nega uma certidão de nascimento, este funcionário deve imediatamente solicitar à Junta Central Eleitoral que revise o caso, sem entregar nenhum papel aos solicitantes.

#### *Alegações do Estado*

200. O Estado argumentou que não pode haver uma violação à proteção judicial quando as supostas vítimas nem sequer fizeram uso destes mecanismos. As crianças tinham à sua disposição uma série de garantias administrativas e judiciais que se omitiram de utilizar, alegando desconhecer seu funcionamento e existência, de modo que as supostas vítimas são responsáveis por não fazer uso destes recursos, o que não é atribuível ao Estado.

#### *Considerações da Corte*

201. Este Tribunal não se referirá às alegadas violações dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, devido a que carece de competência para se pronunciar sobre possíveis violações ocorridas em relação aos fatos ou atos sucedidos antes de 25 de março de 1999, data na qual a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana.

## XII

### **Artigos 5 e 12 da Convenção Americana (Direito à Integridade Pessoal e Liberdade de Consciência e de Religião)**

202. Na conclusão de suas alegações finais escritas, os representantes indicaram que o Estado havia violado, entre outros, os artigos 5 (Direito à Integridade Pessoal) e 12 (Liberdade de Consciência e Religião) da Convenção, a respeito dos quais não apresentaram alegações que fundamentassem estas supostas violações.

#### *Considerações da Corte*

203. A respeito das alegadas violações aos artigos 5º e 12 da Convenção Americana, indicadas pelos representantes unicamente na conclusão do escrito de alegações finais, e que não foram incluídas no escrito de petições e argumentos, este Tribunal considera que estas alegações são extemporâneas; entretanto, não possui impedimento para analisá-las, de acordo com o princípio *iura novit curia*.<sup>113</sup>

204. No presente caso, a Corte reconheceu a situação de vulnerabilidade em que se encontraram as crianças Yean e Bosico ao não obterem a nacionalidade dominicana. Além disso, a criança Violeta Bosico, ao carecer da certidão de nascimento não pôde se matricular na escola diurna, e se viu obrigada a se matricular na escola

113. Cf. *Caso Durand e Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C Nº 68, par. 76; *Caso Castillo Petruzzi e Outros*. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C Nº 52, par. 166, e *Caso Blake*. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C Nº 36, par. 112.

noturna, durante o período escolar 1998-1999. Isso lhe produziu sofrimento e insegurança, motivo pelo qual este Tribunal avaliará essas circunstâncias ao fixar as reparações pertinentes, e não se referirá à suposta violação ao artigo 5 da Convenção Americana em detrimento das crianças.

205. No que se refere aos familiares das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, a Corte, com base na Convenção Americana e à luz do referido princípio *iura novit curia*, considera que a situação de vulnerabilidade que o Estado impôs às crianças Yean e Bosico causou incerteza e insegurança às senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramen Bosico Cofi, mães das crianças, e à senhora Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta, em virtude do temor fundado de que seriam expulsas da República Dominicana, da qual eram nacionais, em razão da falta das certidões de nascimento e das diversas dificuldades que enfrentaram para obtê-las.
206. A partir do anteriormente exposto, a Corte considera que o Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das senhoras Leonidas Oliven Yean, Tiramen Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena.
207. No que se refere ao artigo 12 da Convenção Americana, a Corte considera que os fatos do presente caso não se referem ao mesmo, motivo pelo qual a Corte não se pronunciará sobre o tema.

### XIII Reparações Aplicação do artigo 63.1

#### *Obrigação de reparar*

208. De acordo com o exposto nos capítulos anteriores, o Estado é responsável pela violação aos direitos consagrados nos artigos 3, 18, 20 e 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico. Igualmente, o Estado é responsável pela violação ao direito consagrado no artigo 5 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 deste tratado, em detrimento das senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramen Bosico Cofi, mães das vítimas, e da senhora Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta Bosico. O artigo 63.1 da Convenção Americana prevê que:

[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

209. Este preceito reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Ao produzir-se um fato ilícito imputável a um Estado, surge imediatamente sua responsabilidade internacional pela violação à norma internacional em questão, com o conseqüente dever de reparar e fazer cessar as conseqüências da violação.<sup>114</sup>
210. A reparação do dano requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso não seja possível, como no presente caso, o tribunal internacional deve determinar as medidas que garantam os direitos violados, evitem novas violações e reparem as conseqüências produzidas pelas violações, bem como estabelecer a indenização que compense os danos ocasionados. O Estado obrigado não pode invocar disposições de direito interno para modificar ou descumprir a obrigação de reparar. Esta está sujeita, em todos seus aspectos (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários), ao Direito Internacional.<sup>115</sup>
211. Por meio das reparações, busca-se que cessem os efeitos das violações perpetradas. Sua natureza e seu montante dependem das características das violações cometidas, do bem jurídico afetado e dos danos material e imaterial ocasionados. Não devem implicar o enriquecimento ou o empobrecimento para a vítima ou seus sucessores.<sup>116</sup>

114. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 146; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 231, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 *supra*, par. 180.

115. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 147; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 232, e *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 *supra*, par. 123.

116. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 148; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 233, e *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 *supra*, par. 124.

212. De acordo com os elementos probatórios recolhidos durante o processo e à luz dos critérios anteriores, a Corte analisará as pretensões das partes em matéria de reparações e determinará as medidas que considere pertinentes.

A) Beneficiários

*Alegações da Comissão*

213. A Comissão argumentou que, em atenção à natureza do presente caso, e sem prejuízo do que os representantes pudessem determinar a respeito das supostas vítimas em sua devida oportunidade, as beneficiárias das reparações que a Corte venha a ordenar são: Dilcia Yean e Violeta Bosico, e suas mães, as senhoras Leonidas Yean e Tiramén Bosico Cofi.

*Alegações dos representantes*

214. Os representantes afirmaram que a República Dominicana deve reparar as crianças Dilcia e Violeta e seus familiares pelos danos sofridos pelas supostas violações cometidas em seu prejuízo.

*Alegações do Estado*

215. O Estado não realizou alegações a respeito.

*Considerações da Corte*

216. A Corte considera como “parte lesada” as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, em seu caráter de vítimas das violações dos direitos consagrados nos artigos 3, 18, 20 e 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, de maneira que serão beneficiárias das reparações determinadas pelo Tribunal a título de dano imaterial.

217. Além disso, as senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi, mães das vítimas, e a senhora Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta Bosico, em seu caráter de vítimas da violação ao direito consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 deste tratado, também são consideradas “parte lesada” no presente caso.

B) Danos Material e Imaterial

*Alegações da Comissão*

218. A Comissão não se referiu ao dano material e, quanto à indenização a título de dano imaterial, afirmou que:

- a) as reparações necessárias para que o Estado cumpra sua responsabilidade internacional incluem o pagamento de uma justa indenização para compensar os “danos morais ocasionados”;
- b) a incerteza das crianças sobre seu destino provocou angústia e temor nelas e em seus familiares. A preocupação de duas mães solteiras, com limitados recursos econômicos, de que suas filhas de 11 meses e 12 anos, respectivamente, fossem expulsas e enviadas ao Haiti, tem um valor que ultrapassa a reparação material; e
- c) no caso de Violeta Bosico, sua mãe experimentou um sentimento de frustração ao ver que, mediante a imposição de um requisito com o qual não podia contar, não por falta de direito mas pela aplicação discriminatória da lei por parte de vários funcionários estatais, os esforços realizados para que sua filha estudasse e se superasse foram obstaculizados e suspensos por um ano.

*Alegações dos representantes*

219. Os representantes não se referiram ao dano material e, quanto ao dano imaterial, afirmaram que:

- a) a sentença da Corte por si mesma é insuficiente para assegurar que as violações cometidas no presente caso não voltem a se repetir ou que se restitua às supostas vítimas o estado anterior;
- b) as violações cometidas pela República Dominicana submeteram as crianças Dilcia e Violeta a danos graves e irreparáveis que incluem consequências psicológicas negativas;
- c) as mães das crianças Dilcia e Violeta sofreram um dano quando o Estado negou às suas

filhas seus direitos à personalidade jurídica, à nacionalidade e ao nome, já que temiam que suas filhas fossem expulsas da República Dominicana. Ademais, tiveram que enfrentar a possibilidade de que suas filhas jamais fossem reconhecidas pelo Estado como pessoas e como dominicanas; e

- d) o medo e a incerteza causadas pelas passadas e contínuas violações do Estado criaram sentimentos de angústia e de incerteza para as crianças Dilcia e Violeta e para suas famílias. Por isso, solicitaram à Corte que ordene ao Estado a título de dano imaterial o pagamento de US\$8.000,00 (oito mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada criança; US\$4.000,00 (quatro mil dólares dos Estados Unidos da América) para suas mães, e US\$2.000,00 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) para Teresa Tucent Mena, irmã de Violeta.

#### *Alegações do Estado*

220. O Estado argumentou que:

- a) não procede o pagamento de nenhum tipo de indenização no presente caso, já que não se demonstrou uma relação causal entre o dano efetivo às supostas vítimas e as supostas condutas e omissões do Estado. Ao contrário, as mães das crianças foram quem deixaram de realizar as gestões e de utilizar os instrumentos jurídicos que o Estado põe à sua disposição para cumprir a obrigação de todo dominicano de registrar seus filhos, e
- b) existe uma impossibilidade econômica para cobrir estes gastos e, caso seja concedida a um solicitante, o Estado, com base no princípio de não discriminação, deveria restituir economicamente a todos os demais cidadãos que tenham realizado trâmites similares, o que constituiria um sério atentado à reserva patrimonial da República Dominicana.

#### *Considerações da Corte*

221. Este Tribunal não realizará um pronunciamento a título de dano material em favor das vítimas ou de seus familiares, dado que nem a Comissão nem os representantes solicitaram uma indenização por este quesito.

222. Por sua vez, o dano imaterial pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados às vítimas e a seus familiares, incluindo a deterioração de valores significativos para estas pessoas, como alterações de caráter não pecuniário nas condições de existência das vítimas ou de sua família.<sup>117</sup>

223. A jurisprudência internacional estabeleceu reiteradamente que a sentença constitui per se uma forma de reparação. Não obstante isso, tomando em conta as circunstâncias do presente caso, o sofrimento que os fatos causaram às crianças, a suas mães e à irmã da criança Violeta Bosico, esta Corte avaliará se é pertinente ordenar o pagamento de uma compensação a título de dano imaterial, conforme o princípio de equidade.<sup>118</sup>

224. Ao fixar a compensação a título de dano imaterial no caso sub judice, deve-se considerar que o Estado reconheceu a nacionalidade dominicana das crianças Dilcia e Violeta em 25 de setembro de 2001, isto é, mais de quatro anos e quatro meses depois de que estas solicitaram o registro tardio de seu nascimento. Ao não conceder às crianças a nacionalidade dominicana, o Estado lhes impôs uma situação de extrema vulnerabilidade e violou seu direito à nacionalidade por razões discriminatórias, bem como outros direitos, a saber: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, ao nome e à igualdade perante a lei, todos em relação aos direitos da criança. O Estado tampouco ofereceu a proteção especial que lhes era devida, impediu seu acesso aos benefícios dos quais eram titulares e causou o fato de que elas vivessem sob o temor fundado de serem expulsas do Estado do qual eram nacionais, e de serem separadas de sua família. As crianças Dilcia e Violeta não contaram com a proteção que a República Dominicana deveria lhes oferecer, de acordo com as obrigações internacionais assumidas convencionalmente.

225. Do mesmo modo, durante parte do período escolar 1998-1999, a criança Violeta Bosico frequentou a jornada noturna da escola, em virtude da falta da certidão de nascimento (pars. 109.34 e 109.35 supra). Por isso, o Estado impediu a criança de se matricular na escola diurna, a qual deveria ter frequentado de acordo com sua

117. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 supra, par. 158; *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 243, e *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 supra, par. 129.

118. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 supra, par. 159; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 200, e *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, par. 192.

idade, aptidões e segundo os programas escolares e a exigência adequados, juntamente com companheiros de sua idade. Esta situação causou incerteza e insegurança à criança.

226. Em função do exposto acima, este Tribunal considera que deve determinar o pagamento de uma compensação para as crianças. Para tanto, em consideração ao indicado pelos representantes (par. 219.d supra), fixa com base na equidade a quantia de US\$ 8.000.00 (oito mil dólares dos Estados Unidos da América), que deve ser paga à criança Dilcia Yean a título de dano imaterial, e a quantia de US\$ 8.000.00 (oito mil dólares dos Estados Unidos da América), que deve ser paga à criança Violeta Bosico por esse mesmo conceito.
227. Ademais, a situação de vulnerabilidade que o Estado impôs às crianças Yean e Bosico causou incerteza e insegurança aos familiares das vítimas, bem como um temor fundado de que seriam expulsas de seu país, em razão da falta das certidões de nascimento e pelas diversas dificuldades que enfrentaram para obtê-las. Assim expressou a senhora Leonidas Oliven Yean, mãe de Dilcia, em sua declaração prestada em 24 de julho de 1999, quando assinou que “tinha medo de que Dilcia [fosse] expulsa ao Haiti [...] já que na Sabana Grande de Boyá conheceu muitas pessoas de ascendência haitiana que não tinham as certidões de nascimento e pelo fato de não as terem, foram expulsas pela imigração”. Igualmente, Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta Bosico, com quem esta viveu, sofreu pelo fato de que sua irmã poderia ser expulsa pela falta da certidão de nascimento, bem como de que não poderia concluir sua educação pelo mesmo motivo.
228. Em razão do anterior, a situação das crianças Dilcia e Violeta produziu angústia e insegurança em suas mães e na irmã de Violeta Bosico.
229. No que se refere ao dano imaterial sofrido pelas senhoras Leonidas Oliven Yean, Tiramen Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena, esta Corte considera que a sentença per se constitui uma forma de reparação, como já se afirmou (par. 223 supra), como também as diversas medidas de satisfação e as garantias de não repetição estabelecidas na presente Sentença (pars. 234, 235 e 239 a 242 infra), as quais têm uma repercussão pública.

C) Outras Formas de Reparação

(Medidas de Satisfação e Garantias de não repetição)

230. A Corte passa a considerar outros efeitos lesivos dos fatos, que não possuem caráter econômico ou patrimonial, e que poderiam ser reparados mediante a realização de atos do poder público.

*Alegações da Comissão*

231. A Comissão argumentou que:

- a) é necessário que neste caso seja concedida uma reparação integral do dano causado às crianças que garanta a não repetição desse tipo de situações. Não se pode imaginar que com a entrega de documentos à margem da lei dominicana se repare uma violação que teve fortes efeitos nas vítimas, especialmente suscetíveis, que requeriam uma especial proteção estatal;

e solicitou que:

- b) o Estado efetue um reconhecimento público das violações cometidas em detrimento das crianças e ofereça uma desculpa pública;
- c) o Estado modifique o sistema de registro para assegurar que não se negue o direito a uma certidão de nascimento às crianças dominicanas de ascendência haitiana, seja por lei ou por sua aplicação discricionária por parte de funcionários estatais;
- d) o Estado modifique a legislação para adequá-la à Convenção Americana, o que implica não apenas a eliminação de requisitos que são arbitrários e discriminatórios, mas também em relação à existência de um recurso idôneo e efetivo que permita às pessoas recorrerem a órgãos adequados nos casos em que seja necessário; e
- e) o Estado inicie uma investigação séria e exaustiva sobre a atuação dos oficiais dominicanos do Registro Civil e da Promotoria Pública que violaram os direitos fundamentais das crianças Dilcia e Violeta.

*Alegações dos representantes*

232. Os representantes solicitaram que a Corte ordene ao Estado:

- a) reconhecer as violações aos direitos humanos das crianças Dilcia e Violeta e que lhes ofereça uma desculpa pública, a qual deverá ser realizada pelo Presidente da República. O reconhecimento público constituiria um indicativo para os Cartórios do Estado Civil na República Dominicana de que a discriminação não será tolerada. Este reconhecimento público é necessário para prevenir futuras violações;
- b) aplicar e difundir a sentença, utilizando dos meios de comunicação;
- c) modificar ou derogar todas as leis, práticas ou procedimentos que sejam contrários às normas estabelecidas pela Convenção Americana e a Constituição;
- d) estabelecer leis e procedimentos que protejam e assegurem os direitos das crianças dominicanas de ascendência haitiana. Nesse sentido, o Estado deve oferecer assistência adicional às comunidades dominicanos-haitianas para reparar o dano causado pela prática de não registrar as crianças dominicanas de ascendência haitiana e por em funcionamento campanhas de registro e outros programas;
- e) implementar uma campanha e uma política para que se garanta o direito das crianças ao registro imediato de seu nascimento;
- f) aceitar a apresentação de outros documentos de identificação dos pais, distintos à cédula de identidade e eleitoral, para o registro das crianças;
- g) enviar oficiais do Estado Civil para registrar as crianças nas comunidades em que vivem;
- h) reduzir os custos do registro civil;
- i) eliminar o requisito de apresentar as certidões de nascimento para a matrícula nas escolas, e todos os demais obstáculos que impeçam as crianças de exercerem seu direito à educação; e
- j) que estabeleça uma bolsa com fundos para que as crianças Dilcia e Violeta paguem o custo de seus estudos e os gastos de manutenção durante seus estudos primário, secundário e superior. Estes fundos permitiriam a Dilcia e a Violeta completar sua educação apesar do grave dano causado a seus planos de vida. O Estado também deve pagar os gastos com tutores para que as crianças possam obter o nível de educação adequado para sua idade e poder obter confiança em si mesmas e acreditar nas possibilidades de êxito educativo.

*Alegações do Estado*

233. O Estado afirmou que as petições efetuadas pela Comissão e pelos representantes de ordenar a adequação e simplificação dos requisitos legais para o acesso ao procedimento do registro tardio são improcedentes e desnecessárias. Ademais, assinalou, no momento de apresentação da contestação da demanda, que o Congresso da República estava conhecendo de um projeto de lei que agiliza este procedimento, criando Cartórios do Registro Civil em clínicas, hospitais, farmácias rurais e outras agências comunitárias, para o registro de toda pessoa nascida em solo dominicano.

*Considerações da Corte*

- a) Publicação das partes pertinentes da Sentença da Corte

234. A Corte considera, como o fez em outras oportunidades,<sup>119</sup> que o Estado deve publicar, como medida de satisfação, dentro de um prazo de seis meses contado a partir da notificação da presente Sentença, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional na República Dominicana, ao menos uma vez, tanto a Seção denominada “Fatos Provados” quanto os Pontos Resolutivos da presente Sentença, sem as notas de rodapé correspondentes.

- b) Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e em desagravo às crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico e seus familiares

235. No que se refere ao ato de desculpas públicas solicitado pelos representantes das vítimas e a Comissão,

119. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 164; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 252, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 *supra*, par. 227.

e como consequência das violações estabelecidas nesta Sentença, a Corte considera que o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional pelos fatos a que se refere a presente decisão e de pedido de desculpas às crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, e às senhoras Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença. Este ato deve contar com a participação das autoridades, das vítimas e de seus familiares, bem como dos representantes das vítimas, e deve contar com difusão nos meios de comunicação (rádio, imprensa e televisão). O referido ato terá efeitos de satisfação e servirá como garantia de não repetição.

c) Sobre a normativa referente ao registro tardio de nascimento de uma pessoa no registro civil

236. Os Estados devem adotar “as medidas legislativas ou de outro caráter que forem necessárias para fazer efetivos” os direitos reconhecidos pela Convenção Americana. Esta é uma obrigação que o Estado deve cumprir pelo fato de ter ratificado este instrumento legal.<sup>120</sup>

237. Dadas as particularidades do presente caso, esta Corte considera necessário referir-se ao contexto referente ao registro tardio de nascimento na República Dominicana. A este respeito, o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas recomendou que a República Dominicana

[...] fortaleça e aumente suas medidas para assegurar o registro imediato do nascimento de todas as crianças. Deve ser dada especial ênfase ao registro das crianças que pertencem aos grupos mais vulneráveis, entre eles as crianças de origem haitiana ou dos filhos de famílias haitianas migrantes.<sup>121</sup>

238. A Corte toma nota de que a República Dominicana efetuou modificações em sua legislação e, em particular, na normativa aplicável ao registro tardio de nascimento, durante o tempo em que o presente caso esteve sob o conhecimento dos órgãos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

239. Esta Corte considera que a República Dominicana deve adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, e de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para regulamentar o procedimento e os requisitos exigidos para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento. Este procedimento deve ser simples, acessível e razoável, em consideração de que, de outra forma, os solicitantes poderiam permanecer na condição de apátridas. Além disso, deve existir um recurso efetivo para os casos em que o requerimento seja negado.

240. Este Tribunal considera que o Estado, ao determinar os requisitos para o registro tardio de nascimento, deverá tomar em conta a situação especialmente vulnerável das crianças dominicanas de ascendência haitiana. Os requisitos exigidos não devem constituir um obstáculo para obter a nacionalidade dominicana e devem ser apenas aqueles indispensáveis para estabelecer que o nascimento ocorreu na República Dominicana. A este respeito, a identificação do pai ou da mãe da criança não pode estar limitada à apresentação da cédula de identidade e eleitoral, mas o Estado deve aceitar, para tal fim, outro documento público apropriado, já que a referida cédula é exclusiva dos cidadãos dominicanos. Ademais, os requisitos devem estar claramente determinados, ser uniformes e não deixar sua aplicação sujeita à discricionariedade dos funcionários do Estado, garantindo assim a segurança jurídica das pessoas que recorram a este procedimento e uma efetiva garantia dos direitos consagrados na Convenção Americana, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção.

241. Assim mesmo, o Estado deve adotar as medidas necessárias e permanentes que facilitem o registro antecipado e oportuno dos menores, independentemente de sua ascendência ou origem, com o propósito de reduzir o número de pessoas que recorrem ao trâmite de registro tardio de nascimento.

242. A Corte também considera necessário que o Estado implemente, em um prazo razoável, um programa para a formação e capacitação em direitos humanos dos funcionários estatais encarregados do registro de nascimento, com especial ênfase ao princípio de igualdade perante a lei e não discriminação, por meio do qual sejam instruídos sobre a especial situação dos menores de idade e seja promovida a cultura de tolerância e não discriminação.

120. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 254; *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 *supra*, par. 130.d, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 *supra*, par. 225.

121. Cf. Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes de acordo com o Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de fevereiro de 2001, par. 27.

\*\*\*

243. A Comissão e os representantes alegaram que a nacionalidade das crianças não está assegurada porque o Estado emitiu seus documentos de registro violando a regulamentação interna dessa matéria e poderia revogá-los a qualquer momento. Por sua vez, o Estado afirmou que as certidões de nascimento das crianças têm um caráter permanente, porque foram emitidas pela autoridade competente. A República Dominicana, no exercício de suas faculdades, em 25 de setembro de 2001, entregou as certidões de nascimento às crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico e, nessa data, concedeu-lhes a nacionalidade dominicana (pars. 109.32, 109.33 e 147 supra). Nesse sentido, a Corte considera a concessão da nacionalidade dominicana às crianças como uma contribuição positiva, mediante a qual passou a garantir seus direitos à nacionalidade, ao reconhecimento da personalidade jurídica e ao nome.

d) Sobre a educação

244. O Estado deve cumprir sua obrigação de garantir o acesso à educação primária e gratuita a todas as crianças, independentemente de sua ascendência ou origem, o que se deriva da especial proteção que se deve oferecer às crianças.

D) Custas e Gastos

#### *Alegações da Comissão*

245. A Comissão afirmou que, uma vez ouvidos os representantes, a Corte deve ordenar ao Estado o pagamento das custas originadas no âmbito nacional na tramitação dos processos judiciais seguidos pelas supostas vítimas, bem como as originadas na tramitação internacional do caso perante a Comissão e a Corte, e que sejam devidamente provadas pelos representantes.

#### *Alegações dos representantes*

246. Os representantes afirmaram que:

- a) têm direito ao reembolso dos gastos incorridos com diárias, custos de tradução, honorários de especialistas ou peritos, chamadas telefônicas, cópias, bem como honorários jurídicos;
- b) o MUDHA trabalhou neste caso desde 1997 e incorreu em gastos de US\$4.513,13 (quatro mil quinhentos e treze dólares dos Estados Unidos da América e treze centavos);
- c) o CEJIL trabalhou neste caso desde 1999 e realizou gastos de US\$37.995,94 (trinta e sete mil novecentos e noventa e cinco dólares dos Estados Unidos da América e noventa e quatro centavos);
- d) a Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos dedicou a este caso cinco anos do tempo de seu pessoal e alunos, motivo pelo qual solicitou o reembolso de US\$50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) como uma quantidade simbólica pelos gastos realizados; e
- e) a quantia detalhada pelos gastos das diferentes organizações não inclui aqueles que seriam realizados no restante do trâmite perante a Corte.

#### *Alegações do Estado*

247. O Estado solicitou à Corte que condene os “demandantes” ao pagamento de custas e honorários profissionais que surjam deste processo, em razão da improcedência de seu reclamo.

#### *Considerações da Corte*

248. A Corte indicou que as custas e os gastos estão incluídos no conceito de reparação, consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana, em vista de que a atividade realizada pelas vítimas, seus sucessores ou seus representantes para terem acesso à justiça internacional implica gastos e compromissos de caráter econômico que devem ser compensados.<sup>122</sup> Quanto ao reembolso, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente o seu alcance, que inclui os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna e aqueles realizados no curso do processo perante o sistema interamericano, tendo em conta a prova dos gastos feitos, as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos

122. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 264; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 231, e *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, par. 222.

direitos humanos. A estimativa se pode fazer com base no princípio de equidade e apreciando os gastos comprovados pelas partes, sempre que seu quantum seja razoável.<sup>123</sup>

249. As custas compreendem tanto a etapa de acesso à justiça nacional, como o procedimento internacional perante a Comissão e a Corte.<sup>124</sup>
250. O MUDHA incorreu em gastos pelas gestões efetuadas em representação das vítimas no âmbito interno. Ademais, MUDHA, CEJIL e Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos realizaram gastos ao representarem as vítimas no processo internacional. Por isso, o Tribunal considera equitativo ordenar ao Estado que reembolse a quantia de US\$6.000,00 (seis mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda da República Dominicana às senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi a título de custas e gastos, que realizarão os pagamentos ao MUDHA, ao CEJIL e à Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos para compensar os gastos realizados por eles.

E) Modalidade de Cumprimento

251. O Estado deverá pagar as indenizações e reembolsar as custas e gastos (par. 226 e 250 supra) dentro de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença. No caso das outras reparações ordenadas, deverá dar cumprimento às medidas em um prazo razoável (pars. 239 a 241 e 242 supra) ou no prazo indicado nesta Sentença (pars. 234 e 235 supra).
252. O pagamento das indenizações estabelecidas em favor das vítimas será feito diretamente a elas. Se alguma delas vier a falecer, o pagamento será feito a seus herdeiros.
253. No que se refere à indenização ordenada em favor da criança Dilcia Yean, o Estado deverá depositá-la em uma instituição dominicana solvente. O depósito será feito dentro do prazo de um ano, nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancárias, enquanto a beneficiária seja menor de idade. Poderá ser retirada por ela quando alcançar a maioridade, se for o caso, ou antes, se isso convier ao interesse superior da criança, quando estabelecido por determinação de uma autoridade judicial competente. Caso a indenização não seja reclamada, uma vez transcorridos dez anos contados a partir da maioridade, a soma será devolvida ao Estado, com os juros acumulados.
254. Se por causas atribuíveis às beneficiárias da indenização não for possível que estas a recebam dentro do prazo indicado de um ano, o Estado depositará estes montantes em favor delas em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição bancária dominicana solvente e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancárias. Se a indenização não for reclamada ao cabo de dez anos, a soma correspondente será devolvida ao Estado, com os juros acumulados.
255. Os pagamentos destinados a cobrir as custas e gastos dos representantes nos procedimentos interno e internacional serão feitos às senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi (par. 250 supra), que então realizarão os pagamentos correspondentes.
256. O Estado deve cumprir as obrigações econômicas indicadas nesta Sentença mediante o pagamento em moeda nacional da República Dominicana ou seu equivalente em dólares dos Estados Unidos da América.
257. Os montantes indicados na presente Sentença a título de indenizações, gastos e custas não poderão ser afetados, reduzidos ou condicionados por motivos fiscais atuais ou futuros. Consequentemente, deverão ser entregues aos beneficiários de forma íntegra conforme o estabelecido na Sentença.
258. Caso o Estado incorra em mora, pagará juros sobre o montante da dívida, correspondente ao juro bancário moratório na República Dominicana.
259. Como determinou e praticou em todos os casos sujeitos a seu conhecimento, a Corte supervisionará o cumprimento da presente Sentença em todos os seus aspectos, supervisão inerente às atribuições jurisdicionais do Tribunal e necessária para a devida observação, por parte da própria Corte, do artigo 65 da Convenção. O caso se dará por concluído uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na decisão. Dentro de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado apresentará à Corte um primeiro relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento.

123. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 231; *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, par. 222, e *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 85 supra, par. 242.

124. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 supra, par. 168; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 231, e *Caso Molina Theissen. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 3 de julho de 2004. Série C Nº 108, par. 96.

**XIV**  
**Pontos Resolutivos**

260. Portanto,

**A CORTE,**

**DECIDE:**

Por unanimidade,

1. Rejeitar as três exceções preliminares interpostas pelo Estado, de acordo com os parágrafos 59 a 65, 69 a 74, e 78 e 79 da presente Sentença.

**DECLARA:**

Por unanimidade, que:

2. O Estado violou os direitos à nacionalidade e à igualdade perante a lei, consagrados, respectivamente, nos artigos 20 e 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, nos termos dos parágrafos 131 a 174 da presente Sentença.
3. O Estado violou os direitos ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica, consagrados, respectivamente, nos artigos 3 e 18 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, nos termos dos parágrafos 131 a 135 e 175 a 187 da presente Sentença.
4. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento das senhoras Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena, nos termos dos parágrafos 205 a 206 da presente Sentença.
5. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 223 da mesma.

**E DISPÕE:**

Por unanimidade, que:

6. O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional na República Dominicana, ao menos uma vez, tanto a Seção denominada “Fatos Provados” quanto os Pontos Resolutivos da presente Sentença, sem as notas de rodapé correspondentes, nos termos do parágrafo 234 da mesma.
7. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e de pedido de desculpas às vítimas Dilcia Yean e Violeta Bosico, e a Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena, em um prazo de seis meses, com a participação de autoridades estatais, das vítimas e de seus familiares, bem como dos representantes e com difusão nos meios de comunicação (rádio, imprensa e televisão). O referido ato terá efeitos de satisfação e servirá como garantia de não repetição, nos termos do parágrafo 235 da presente Sentença.
8. O Estado deve adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para regulamentar o procedimento e os requisitos exigidos para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento. Este procedimento deve ser simples, acessível e razoável, em consideração de que, de outra forma, os solicitantes poderiam permanecer na condição de apátridas. Ademais, deve existir um recurso efetivo para os casos em que seja negado o requerimento, nos termos da Convenção Americana, de acordo com os parágrafos 239 a 241 da presente Sentença.
9. O Estado deve pagar, a título de indenização por dano imaterial, a quantia fixada no parágrafo 226 da presente Sentença, à criança Dilcia Yean, e a quantia fixada no mesmo parágrafo à criança Violeta Bosico.
10. O Estado deve pagar, a título de custas e gastos gerados nos âmbitos interno e internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a quantia fixada no parágrafo 250 da presente sentença às senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi, que então realizarão os pagamentos ao Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA), ao Centro

pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), e à International Human Rights Law Clinic, School of Law (Boalt Hall), University of California, Berkeley para compensar os gastos por eles realizados.

11. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao ordenado na mesma. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para dar-lhe cumprimento, nos termos do parágrafo 259 da presente Sentença.

O Juiz Caçado Trindade deu a conhecer à Corte seu Voto Fundamentado, o qual acompanha esta Sentença.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 8 de setembro de 2005.

Sergio García Ramírez  
Presidente

Alirio Abreu Burelli  
Antônio A. Caçado Trindade

Oliver Jackman  
Manuel E. Ventura Robles

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Sergio García Ramírez  
Presidente

### VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Ao votar a favor da adoção da presente Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso das Crianças Yeán e Bosico versus República Dominicana, com a qual estou basicamente de acordo, vejo-me na obrigação de agregar, no presente Voto Fundamentado, algumas breves reflexões pessoais sobre o tema central do caso de espécie, porquanto esta é a primeira vez em sua história que a Corte Interamericana se pronuncia, na resolução de um caso contencioso, sobre o direito à nacionalidade de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Permito-me, pois, abordar no presente Voto três pontos centrais,—aos quais atribuo particular relevância,—da matéria em questão, a saber: a) os avanços normativos em matéria de nacionalidade e a preocupante persistência das causas da apatridia; b) a reação do Direito à alarmante diversificação das manifestações da apatridia; e c) o amplo alcance dos deveres gerais de proteção (artigos 1(1) e 2º) da Convenção Americana.

#### **I. Os Avanços Normativos em Matéria de Nacionalidade e a Preocupante Persistência das Causas da Apatridia**

2. Ao longo das três últimas décadas, vim afirmando que não existe matéria que, por sua intrínseca natureza, pertença ao domínio reservado do Estado, ou à sua competência nacional exclusiva. O *locus classicus* para o exame da questão continua residindo no célebre *obiter dictum* da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional em seu Parecer Consultivo sobre os Decretos de Nacionalidade na Tunísia e no Marrocos (1923), segundo o qual a determinação de se um assunto recai unicamente ou não na jurisdição de um Estado é uma questão relativa, que depende do desenvolvimento das relações internacionais.<sup>1</sup> Em realidade, este desenvolvimento, em matéria do direito à nacionalidade, efetivamente subtraiu a matéria da competência nacional exclusiva e a alçou há muito tempo ao plano da ordem jurídica internacional.
3. Definitivamente, o tema da nacionalidade não pode ser considerado através da simples ótica da pura discricionariedade estatal, pois sobre ele incidem princípios gerais do Direito Internacional, bem como deveres que emanam diretamente do Direito Internacional, como, v.g., o dever de proteção. Encontram-se, pois, a meu juízo, inteiramente superadas certas construções em matéria de nacionalidade (original ou adquirida) da doutrina tradicional e estatocêntrica, tais como, v.g., a da possibilidade estatal ilimitada, a da vontade estatal exclusiva, a do interesse único do Estado, bem como a teoria contratualista (uma variante do voluntarismo). Para esta superação contribuíram decisivamente o aparecimento e o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
4. Ainda no plano do direito interno, a aquisição de nacionalidade é uma questão de ordem pública, que condiciona e regulamenta as relações entre os indivíduos e o Estado, mediante o reconhecimento e a observância de direitos e deveres recíprocos. A atribuição de nacionalidade, matéria de ordem pública, tem sempre presentes, no plano do direito interno, princípios e deveres emanados do Direito Internacional, como testemunho da interação ou interpenetração dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional.
5. Há mais de um quarto de século antes da adoção da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961), afirmou-se (ainda que em atenção apenas à necessidade de avanços no Direito Internacional convencional e deixando de tomar em conta também o Direito Internacional geral) que era urgente abordar o problema dos apátridas (tanto os sempre destituídos de nacionalidade como os que a tinham e a perderam) tendo presente que a própria organização da comunidade internacional pressupunha que a condição normal de todos os indivíduos era ter uma nacionalidade, e que a apatridia representava, portanto, uma anomalia com consequências desastrosas para os que se encontravam nesta situação.<sup>2</sup>
6. Ao fim e ao cabo, o Direito Internacional, o *jus gentium*, desde os escritos de seus “fundadores”, foi concebido como inclusivo não apenas dos Estados mas também dos indivíduos (titulares de direitos e portadores de obrigações emanados diretamente do direito de gentes), e já no Direito Internacional clássico o regime da nacionalidade passou a reger-se pelos princípios básicos do *jus soli* e do *jus sanguinis*<sup>3</sup> (às vezes combinados

1. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 413 e 475; e cf., para um estudo geral, A.A. Cançado Trindade, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations”, 25 *International and Comparative Law Quarterly*—Londres (1976) pp. 713-765.

2. Advertiu-se, também, para a tendência perversa (daquela época) de desnacionalização e desnaturalização (inclusive como pena), violatória aos “princípios fundamentais da organização da comunidade internacional”, e para a necessidade de enfrentar a apatridia mediante a supressão de suas próprias causas; J.-P.-A. François, “Le problème des apatrides”, 53 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International da Haye* (1935) pp. 371-372.

3. *Ibid.*, pp. 315 e 288.

de vários modos, sem excluir-se um ao outro). Este regime passou a proporcionar aos indivíduos um importante meio para proteger os direitos que lhes são inerentes, ao menos no âmbito do direito interno; trata-se de direitos de cada indivíduo (que é o dominus litis ao buscar sua proteção) e não do Estado, cuja *raison d'être* encontra-se em certos princípios básicos, como o da inviolabilidade da pessoa humana.<sup>4</sup>

7. Entretanto, com o passar do tempo, tornou-se evidente que o regime de nacionalidade nem sempre era suficiente a fim de proteger todas e quaisquer circunstâncias (como demonstrado, v.g., pela situação dos apátridas). Ao longo da segunda metade do século XX, e até a presente data, o Direito Internacional dos Direitos Humanos buscou remediar essa insuficiência ou lacuna, ao desnacionalizar a proteção (e incluir assim todo os seres humanos, inclusive os apátridas): como sinalizei há mais de duas décadas, a nacionalidade deixou aqui de ser o *vinculum juris* (distintamente da proteção diplomática), o qual passa a ser constituído pela condição de vítima das alegadas violações de direitos (no contexto fundamentalmente distinto da proteção internacional dos direitos humanos).<sup>5</sup>
8. O direito à nacionalidade é, efetivamente, um direito inerente à pessoa humana, consagrado como direito inderrogável de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 20 e 27), como ressaltado na presente Sentença (par. 136). Encontra-se, também, protegido no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nações Unidas de 1966 (artigo 24(3)), na Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança de 1989 (artigo 7º), e na Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e de Seus familiares de 1990 (artigo 29), e também está consagrado nas Declarações Universal (artigo 15) e Americana (artigo 19) de Direitos Humanos de 1948. Igualmente, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954) e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961) parecem retomar ainda maior relevância em nossos dias, dada a preocupante persistência das causas de perda de nacionalidade e de apatridia.
9. A primeira destas Convenções, de 1954, buscou precisamente proteger os apátridas, sem que com isso pretenda figurar como substituto para a atribuição e aquisição de nacionalidade. A segunda destas Convenções, de 1961, busca precisamente a atribuição e aquisição ou a retenção de nacionalidade, para reduzir ou evitar a apatridia; esta Convenção incorpora princípios gerais do Direito Internacional sobre a matéria, que serviram de fonte de inspiração tanto para novos instrumentos internacionais (como a Convenção Europeia sobre Nacionalidade de 1997) como para novas legislações nacionais em matéria de nacionalidade. Ao determinar, v.g., em seu artigo 1(1), que “todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade à pessoa nascida em seu território que de outro modo seria apátrida”, a referida Convenção de 1961 enuncia, a meu juízo, um daqueles princípios gerais, que é de Direito Internacional tanto convencional como geral.

## II. A Reação do Direito à Alarmante Diversificação das Manifestações da Apatridia

10. Apesar dos avanços normativos nesse domínio, lamentavelmente persistem as causas de apatridia, talvez agravadas em nossos dias, na medida em que se mostram às vezes misturadas com os deslocamentos de população da atualidade (próprios do mundo assim chamado “globalizado” e, certamente, brutalizado em que vivemos). Entre as causas de apatridia, figuram hoje em dia situações e práticas como as reveladas no presente caso das Crianças Yean e Bosico versus República Dominicana (no qual as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, cujas mães são dominicanas e cujos pais são haitianos, foram privadas de nacionalidade e permaneceram apátridas por mais de quatro anos e quatro meses), além de outras causas, como conflitos de leis em matéria de nacionalidade, leis sobre o matrimônio (particularmente em relação à mulher casada), situação de crianças não registradas e abandonados, práticas administrativas discriminatórias, entre outras.<sup>6</sup>
11. A persistência das causas de apatridia conforma um quadro preocupante, porquanto a posse de nacionalidade figura como um pré-requisito básico para o exercício de outros direitos individuais, como, v.g., os direitos políticos, o direito de acesso à educação e aos cuidados de saúde, entre tantos outros. Hoje em dia, aos apátridas de jure se somam os apátridas de facto, i.e., os incapazes de demonstrar sua nacionalidade, e os desprovidos de uma nacionalidade efetiva (para os efeitos de proteção). Os apátridas de facto—que muitas vezes têm seus documentos de registro confiscados ou destruídos pelos que os controlam e exploram—se

4. *Ibid.*, pp. 316 e 318. e, para um estudo geral subsequente, *cf.*, v. g., P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, London, Stevens, 1956, pp. 3ss.

5. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 16-17, 19-20, 33, 35-36, 301 e 311-312.

6. *V.g.*, transferências de território (em casos, *v.g.*, de dissolução ou sucessão de Estados, e de alterações fronteiriças), perda de nacionalidade por desnacionalização, perda de nacionalidade por renúncia sem prévia aquisição de outra nacionalidade.

multiplicam atualmente, com a barbárie contemporânea do tráfico “invisível” de seres humanos (sobretudo de crianças e de mulheres) em escala mundial.<sup>7</sup> Essa é uma tragédia contemporânea de amplas proporções.

12. Em realidade, a proteção internacional dos direitos humanos (imperativa) e a proteção diplomática (discricionária), operando de formas e em contextos fundamentalmente distintos, continuam coexistindo em nossos dias, mitigando assim a extrema vulnerabilidade de numerosas pessoas. A proteção diplomática está condicionada pela nacionalidade (efetiva) como *vinculum juris*, enquanto a proteção internacional dos direitos humanos realça a obrigação geral dos Estados Partes em tratados de direitos humanos como a Convenção Americana, de respeitar e assegurar o respeito dos direitos protegidos, em benefício de todos os indivíduos sob suas respectivas jurisdições, independentemente do vínculo de nacionalidade.
13. A este respeito, a presente Sentença da Corte constitui uma oportuna advertência para a proibição,—tendo presentes os deveres gerais dos Estados Partes na Convenção Americana estipulados nos artigos 1(1) e 2º da mesma,—de práticas administrativas e medidas legislativas discriminatórias em matéria de nacionalidade (a começar por sua atribuição e aquisição—pars. 141-142). A Sentença tem o cuidado de ressaltar a condição de crianças de Dilcia Yean e Violeta Bosico, a qual agravou sua vulnerabilidade, comprometendo o desenvolvimento de sua personalidade, além de ter impossibilitado a proteção especial devida a seus direitos (par. 167); a este respeito, a Corte acertadamente resgatou o importante legado de seu próprio Parecer Consultivo nº 17 (sobre a Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, 2002) quanto à intangibilidade da titularidade de direitos inalienáveis, que lhes são inerentes (par. 177).
14. No presente caso das Crianças Yean e Bosico, a Corte concluiu que a violação ao direito à nacionalidade e dos direitos da criança acarretou, igualmente, a lesão aos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, ao nome e à igualdade perante a lei, sob a Convenção Americana (pars. 174-175, 179-180 e 186-187). Significativamente, a Corte, na mesma linha de raciocínio lúcido—à altura dos desafios de nosso tempo—inaugurado em seu Parecer Consultivo nº 18, sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados (2003), de transcendência histórica, ponderou, esta vez no marco de um caso contencioso, que

“(…) o dever de respeitar e garantir o princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação é independente do status migratório de uma pessoa em um Estado. Isto é, os Estados têm a obrigação de garantir este princípio fundamental a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território, sem discriminação alguma em razão de sua estadia regular ou irregular, sua nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa.

De acordo com o indicado, (...) a Corte considera que:

- a) O status migratório de uma pessoa não pode ser condição para a concessão da nacionalidade por parte do Estado, já que sua qualidade migratória não pode constituir, de nenhuma forma, uma justificativa para privá-la do direito à nacionalidade nem do gozo e exercício de seus direitos;
- b) O status migratório de uma pessoa não se transmite a seus filhos; e
- c) A condição do nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição da nacionalidade, no que se refere a pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, se não adquirirem a do Estado onde nasceram” (pars. 155-156).

### **III. O Amplo Alcance dos Deveres Gerais de Proteção (Artigos 1(1) e 2º) da Convenção Americana**

15. Assim, o dever de respeitar e assegurar o respeito aos direitos protegidos (artigo 1(1) da Convenção Americana) reveste-se de caráter contínuo e permanente; se todas as medidas positivas de garantia não são tomadas pelo Estado, novas vítimas podem surgir, gerando per se (em função da própria inação estatal) violações adicionais, sem que seja necessário relacioná-las aos direitos originalmente violados. Meu entendimento discrepa, pois, inteiramente do argumento segundo o qual não poderia ocorrer uma violação ao artigo 1(1) da Convenção não acompanhada de uma violação paralela e concomitante de algum dos direitos protegidos pela mesma.
16. Este argumento, para mim inaceitável, corresponde a uma visão restritiva, atomizada e desagregadora de um dever geral de garantia sob a Convenção como um todo. Equivaleria — permitindo-me a metáfora—a ver apenas a árvore mais próxima, perdendo de vista a floresta que a circunda. Minha hermenêutica do artigo 1(1)—bem como do artigo 2—da Convenção é e sempre foi de muito mais amplitude, e certamente agregadora, maximizando a proteção sob a Convenção. A expus com clareza, no seio desta Corte, há mais de oito anos, em meu Voto Dissidente no caso *Caballero Delgado e Santana versus Colômbia* (Reparações, Sentença de

7. Cf., v.g., R. Piotrowicz, “Victims of Trafficking and *De Facto* Statelessness”, 21 *Refugee Survey Quarterly*—UNHCR/Geneva (2002) pp. 50-59.

29.01.1997), e permito-me aqui recapitulá-la resumidamente, como última linha de reflexão do presente Voto Fundamentado.

17. Ao destacar, naquele Voto Dissidente, o “amplo alcance” do dever geral dos Estados estipulado no artigo 1(1) da Convenção Americana, sinalizei que o cumprimento deste dever requer uma série de providências dos Estados Partes na Convenção

“No sentido de capacitar os indivíduos sob sua jurisdição ao exercício pleno de todos os direitos protegidos. Tais providências incluem a adoção de medidas legislativas e administrativas, no sentido de eliminar obstáculos ou lacunas e aperfeiçoar as condições de exercício dos direitos protegidos” (par. 3).

Desse modo,—acrescentei,—negar o “amplo alcance” do artigo 1(1) da Convenção significaria privá-la de seus efeitos, porque o artigo 1(1) “alcança todos os direitos” por ela protegidos (par. 4).

18. Em seguida, no mesmo Voto Dissidente no caso Caballero Delgado e Santana, busquei demonstrar que as duas obrigações gerais incluídas na Convenção Americana—artigos 1(1) e 2º — mostram-se “inexoravelmente interligadas” e me referi a situações hipotéticas para ilustrá-lo (par. 9). Mais adiante, acrescentei:

“Em meu entendimento, ainda que se afirme que não houve violação ao artigo 2 da Convenção, a constatação do descumprimento da obrigação geral do artigo 1.1 é per se suficiente para determinar ao Estado Parte a tomada de providências, inclusive de caráter legislativo, a fim de garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição o pleno exercício de todos os direitos protegidos pela Convenção Americana” (par. 19).

19. Pouco depois surgiram casos nos quais a própria Corte Interamericana se posicionou a respeito. No caso dos Cinco Pensionistas versus Peru (Sentença de 28.02.2003), a Corte concluiu que o Estado demandado havia cometido uma violação autônoma do dever geral consagrado no artigo 2 da Convenção (de harmonização do direito interno com a normativa convencional), em conexão com o dever geral do artigo 1(1) da mesma (pars. 164-168). Anteriormente, na mesma linha de pensamento, no caso Castillo Petrucci e outros versus Peru (Sentença de 30.05.1999), a Corte determinou, em separado, a ocorrência de uma violação aos artigos 1(1) e 2 da Convenção (pars. 204-208). Também no caso Baena Ricardo e outros versus Panamá (Sentença de 02.02.2001), a Corte determinou o descumprimento, por parte do Estado demandado, das obrigações gerais dos artigos 1(1) e (2) da Convenção, ao qual dedicou um capítulo inteiro (n. XIII) da Sentença (pars. 176-184).

20. A este respeito, no memorável caso Suárez Rosero versus Equador (Sentença de 12.11.1997), a Corte, pela primeira vez em sua história, determinou expressamente que uma norma de direito interno (do Código Penal equatoriano) violava per se o artigo 2 da Convenção Americana, “independentemente de que tenha sido aplicada no presente caso” (pars. 93-99, esp. par. 98). A mencionada Sentença da Corte no caso Suárez Rosero significativamente dedicou também um capítulo inteiro (n. XIV) ao estabelecimento da violação autônoma ao dever geral do artigo 2 da Convenção Americana.<sup>8</sup>

21. De acordo com esta mesma orientação, no caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros versus Trinidad e Tobago (Mérito, Sentença de 21.06.2002), a Corte, invocando o princípio *jura novit curia*, considerou que o Estado demandado havia incorrido em uma violação autônoma ao artigo 2 da Convenção Americana, pela simples existência de sua “Lei de Delitos contra a Pessoa”, independentemente de sua aplicação (pars. 110-118). Enfim, no presente caso das Crianças Yean e Bosico versus República Dominicana, a Corte, ao decidir sobre as reparações na Sentença que acaba de adotar, sublinhou o amplo alcance dos deveres gerais dos artigos 2º e 1(1) da Convenção, ao considerar que

“(…) A República Dominicana deve adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para regulamentar o procedimento e os requisitos exigidos para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento. Este procedimento deve ser simples, acessível e razoável, em consideração de que, de outra forma, os solicitantes poderiam permanecer na condição de apátridas. Ademais, deve existir um recurso efetivo para os casos em que seja negado o requerimento.

(…) O Estado, ao determinar os requisitos para o registro tardio de nascimento, deverá tomar em conta a situação especialmente vulnerável das crianças dominicanas de ascendência haitiana. Os requisitos

8. Pouco depois (em 24.12.1997), a Corte Suprema do Equador decidiu declarar a inconstitucionalidade da norma em questão; esta foi a primeira vez que uma disposição de direito interno (de exceção) foi prontamente modificada em consequência de uma decisão da Corte Interamericana.

exigidos não devem constituir um obstáculo para obter a nacionalidade dominicana e devem ser apenas aqueles indispensáveis para estabelecer que o nascimento ocorreu na República Dominicana. (...) Além disso, os requisitos devem estar claramente determinados, ser uniformes e não deixar sua aplicação sujeita à discricionariedade dos funcionários do Estado, garantindo assim a segurança jurídica das pessoas que recorram a este procedimento e para efetiva garantia dos direitos consagrados na Convenção Americana, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção.

Ademais, o Estado deve tomar as medidas necessárias e permanentes que facilitem o registro antecipado e oportuno dos menores, independentemente de sua ascendência ou origem, com o propósito de reduzir o número de pessoas que recorram ao trâmite de registro tardio de nascimento” (pars. 239-241).

22. A Corte, em suma, preservou na presente Sentença os padrões de proteção consagrados em sua jurisprudência constante. Utilizou-se da valiosa contribuição de seu Parecer Consultivo nº 18, sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados (2003), bem como do relevante legado de seu Parecer Consultivo nº 17 (sobre a Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, 2002); relacionou os direitos violados entre si (direito à nacionalidade e direitos da criança, direitos ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica e à igualdade perante a lei, e direito à integridade pessoal),<sup>9</sup> em lugar de tratá-los de modo indevidamente compartimentalizado;<sup>10</sup> e sublinhou o amplo alcance dos deveres gerais dos artigos 1(1) e 2 da Convenção Americana. Daria-me muita pena se, no futuro (tempus fugit), a Corte se afastasse dessa jurisprudência, que é aquela que maximiza a proteção dos direitos humanos de acordo com a Convenção Americana.

Antônio Augusto Cançado Trindade  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

---

9. No caso concreto, este último, em relação aos familiares.

10. Em meu recente Voto Fundamentado no caso *Acosta Calderón versus Equador* (Sentença de 24.06.2005), permiti-me reiterar meu entendimento de sempre, no sentido de que “a melhor hermenêutica em matéria de proteção dos direitos humanos é a que relaciona os direitos protegidos entre si, indivisíveis como são,—e não a que busca inadequadamente desagregá-los um do outro, fragilizando indevidamente as bases de proteção” (par. 16).



**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ**  
**SENTENÇA DE 23 DE NOVEMBRO DE 2010**  
**(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**

No caso *Vélez Loor*,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte Interamericana”, “Corte” ou “Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:

Diego García-Sayán, Presidente;  
Leonardo A. Franco, Vice-Presidente;  
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;  
Margarette May Macaulay, Juíza;  
Rhadys Abreu Blondet, Juíza;  
Alberto Pérez Pérez, Juiz, e  
Eduardo Vio Grossi, Juiz;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção” ou “Convenção Americana”) e com os artigos 30, 32, 38.6, 56.2, 58, 59 e 61 do Regulamento da Corte<sup>1</sup> (doravante denominado “Regulamento”), profere a presente Sentença que se estrutura na seguinte ordem:

---

1. Conforme o disposto no artigo 79.1 do Regulamento da Corte Interamericana que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010, “[o]s casos contenciosos que já houverem sido submetidos à consideração da Corte antes de 1º de janeiro de 2010 continuarão a tramitar, até que neles se profira sentença, conforme o Regulamento anterior”. Desse modo, o Regulamento da Corte aplicado no presente caso corresponde ao instrumento aprovado pelo Tribunal no XLIX Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 25 de novembro de 2000, reformado parcialmente pela Corte no LXXXII Período Ordinário de Sessões, realizado de 19 a 31 de janeiro de 2009, e que esteve em vigor de 24 de março de 2009 a 1º de janeiro de 2010.

	Parágrafos
I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA	1-6
II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE	7-12
III. EXCEÇÕES PRELIMINARES	13
1. Falta de esgotamento dos recursos da jurisdição interna	14-28
2. Falta de competência da Corte <i>ratione materiae</i> para conhecer de um alegado descumprimento da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura	29-36
IV. ASSUNTOS PRÉVIOS	37
1. Inadmissibilidade <i>ratione materiae</i> de novas pretensões por parte das representantes	38-51
2. A legitimação do CEJIL para atuar em representação da suposta vítima a respeito das supostas violações das obrigações incluídas na Convenção contra a Tortura	52-56
V. COMPETÊNCIA	57
VI. RECONHECIMENTO PARCIAL DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL	58-70
VII. PROVA	71
1. Prova documental, testemunhal e pericial	72-73
2. Admissibilidade da prova documental	74-80
3. Admissibilidade das declarações da suposta vítima, e da prova testemunhal e pericial	81-89
VIII. MÉRITO	90
VIII-1. DIREITOS À LIBERDADE PESSOAL, ÀS GARANTIAS JUDICIAIS, AO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE E PROTEÇÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS E AO DEVER DE ADOPTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO	91-101
a) Detenção inicial pela Polícia de Tupiza em 11 de novembro de 2002	102-111
b) Ordem de detenção 1.430 de 12 de novembro de 2002	112-118
c) Recursos efetivos para questionar a legalidade da detenção	119-139
d) Procedimento perante o Departamento Nacional de Migração e Naturalização entre 12 de novembro e 6 de dezembro de 2002	140-148
e) Direito à informação e acesso efetivo à assistência consular	149-160
f) Privação de liberdade em aplicação do artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960	161-172
g) Notificação da Resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002, e recursos a respeito da decisão sancionatória	173-181
h) Ilegalidade do local de reclusão de estrangeiros punidos em aplicação do Decreto-Lei 16, de 1960	182-188
i) Conclusão	189-191
j) Considerações sobre o artigo 2o da Convenção Americana	192-195
VIII-2. DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS E ÀS OBRIGAÇÕES DISPOSTAS NA CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR E PUNIR A TORTURA	196-205
a) Necessidade de que as pessoas detidas por sua situação migratória permaneçam em locais diferentes dos destinados às pessoas acusadas ou condenadas por cometer delitos penais	206-210
b) Condições de detenção na Prisão Pública de La Palma e no Centro Penitenciário La Joyita	211
1) Fornecimento de água em La Joyita	212-217
2) Assistência médica	218-227
c) Dever de iniciar de ofício e de imediato uma investigação a respeito dos alegados atos de tortura	228-245
VIII-3. NÃO DISCRIMINAÇÃO E IGUAL PROTEÇÃO PERANTE A LEI	246-254
IX. REPARAÇÕES	255-258
A. Parte lesada	259
B. Medidas de reabilitação, de satisfação, obrigação de investigar e garantias de não repetição	260-261
1. Medidas de reabilitação	262-264
2. Medidas de satisfação	265-266
3. Obrigação de investigar os alegados atos de tortura e outros danos cometidos contra o senhor Vélez Loor, e identificar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis	267-270
4. Garantias de não repetição	271-298
C. Indenizações compensatórias	
1. Dano material	299-307
2. Dano imaterial	308-314
D. Custas e gastos	315-320
E. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados	321-326
X. PONTOS RESOLUTIVOS	327

## I

**Introdução da Causa e Objeto da Controvérsia**

1. Em 8 de outubro de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão” ou “Comissão Interamericana”) apresentou, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção, uma demanda contra a República do Panamá (doravante denominado “Estado” ou “Panamá”), em relação ao caso 12.581, *Jesús Tranquilino Vélez Loor*, que teve origem na petição recebida na Comissão em 10 de fevereiro de 2004, registrada sob o nº P-92/04. Em 17 de março de 2005, o senhor José Villagrán foi constituído advogado do peticionário. Em 21 de outubro de 2006, a Comissão declarou admissível a petição mediante a aprovação do Relatório de Admissibilidade nº 95/06. Em 25 de maio de 2007, o senhor Vélez Loor mudou sua representação legal para o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominado “CEJIL”). Em 27 de março de 2009, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 37/09,<sup>2</sup> nos termos do artigo 50 da Convenção. Em 8 de abril de 2009, o referido Relatório foi notificado ao Estado, e foi concedido um prazo de dois meses para que informasse sobre as medidas adotadas para dar cumprimento às recomendações da Comissão.<sup>3</sup> Após considerar que o Panamá não havia adotado suas recomendações, a Comissão decidiu submeter o presente caso à jurisdição da Corte. A Comissão designou o senhor Paolo Carozza, então membro da Comissão, e seu Secretário Executivo, Santiago A. Cantón, como delegados, e as senhoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, Silvia Serrano Guzmán e Isabel Madariaga e o senhor Mark Fleming, como assessores jurídicos.
2. A demanda diz respeito à alegada detenção no Panamá do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidade equatoriana, posteriormente processado por delitos relacionados à sua situação migratória, sem as devidas garantias e sem a possibilidade de ser ouvido e de exercer seu direito de defesa; a alegada falta de investigação das denúncias de tortura apresentadas pelo senhor Vélez Loor às autoridades panamenhas; bem como as supostas condições desumanas de detenção às quais teria estado submetido em diferentes centros penitenciários panamenhos do momento de sua privação de liberdade, em 11 de novembro de 2002, até sua deportação à República do Equador em 10 de setembro de 2003.
3. A Comissão solicitou à Corte que declarasse o Estado responsável pela violação dos artigos 5 (Direito à integridade pessoal), 7 (Direito à liberdade pessoal), 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial), em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, assim como dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante denominada “Convenção contra a Tortura”), em detrimento de Jesús Tranquilino Vélez Loor. Por último, a Comissão solicitou ao Tribunal que ordenasse ao Estado a adoção de várias medidas de reparação e o pagamento das custas e gastos.
4. Em 9 de janeiro de 2010, as senhoras Viviana Krsticevic, Alejandra Nuño, Gisela De León e Marcela Martino, do CEJIL, organização representante da suposta vítima (doravante denominadas “representantes”), apresentaram à Corte seu escrito de petições, argumentos e provas, nos termos do artigo 24 do Regulamento. As representantes sustentaram que o Estado era responsável pela violação dos mesmos direitos alegados pela Comissão, ainda que relacionadas aos artigos 24, 1.1 e 2 da Convenção. Além disso, alegaram a violação do artigo 2 da Convenção contra a Tortura. Finalmente, solicitaram à Corte que ordenasse ao Estado que adotasse determinadas medidas de reparação.
5. Em 23 de abril de 2010,<sup>4</sup> o Estado apresentou seu escrito de contestação da demanda e observações sobre

2. Nesse relatório, a Comissão concluiu que o Estado panamenho era responsável pelas violações dos artigos 5 (Direito à integridade pessoal), 7 (Direito à liberdade pessoal), 8 (Garantias judiciais), 25 (Direito à proteção judicial), em relação aos artigos 2 e 1.1 da Convenção Americana, e que o Estado violou os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura por não investigar adequadamente as alegações de tortura do senhor Vélez Loor. A Comissão, entretanto, concluiu que os peticionários não apresentaram provas suficientes que corroborassem uma violação do artigo 21 da Convenção Americana. Por último, a Comissão sustentou que “não aborda[va] a nova alegação dos peticionários em relação à violação do artigo 9 da Convenção Americana, já que não [havia sido] apresentada na etapa de admissibilidade e os peticionários não proporcionara[m] fundamentos suficientes que corroborarem uma violação” (expediente de prova, tomo I, apêndice 1 da demanda, folhas 30 e 31).

3. No mencionado relatório, a Comissão recomendou ao Estado panamenho: reparar plenamente a vítima Jesús Vélez Loor, considerando tanto o aspecto moral como o aspecto material, pelas violações dos direitos humanos determinadas neste Relatório de Mérito; implementar medidas para prevenir o tratamento desumano nos presídios de La Joya-Joyita e La Palma, e adequar suas normas às normas interamericanas; informar a Comissão sobre a aplicação do Decreto-Lei nº 3, de 22 de fevereiro de 2008, pelo qual se elimina a pena de prisão pelo ingresso ilegal reincidente no Panamá, e do artigo 66 do Decreto nº 3; implementar leis que garantam que os procedimentos de imigração sejam de competência de uma autoridade jurídica, independente e imparcial, bem como as medidas necessárias para garantir que as denúncias de tortura do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor na jurisdição do Estado sejam adequadamente investigadas, de acordo com o estabelecido nos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

4. Mediante nota de 31 de maio de 2010, a Secretária fez constar que, no dia 22 de abril de 2010, este Tribunal teve problemas com o recebimento das comunicações remetidas via eletrônica, de maneira que entende que o escrito enviado pelo Estado em 23 de abril de 2010, sem os anexos, foi apresentado dentro do prazo concedido para esse efeito.

o escrito de petições, argumentos e provas. Nesse escrito o Estado interpôs duas exceções preliminares relacionadas à demanda da Comissão, a saber, (i) falta de esgotamento dos recursos da jurisdição interna e (ii) falta de competência da Corte *ratione materiae* para conhecer de um alegado descumprimento da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Capítulo III *infra*). Além disso, ao apresentar observações de maneira isolada sobre o escrito das representantes, o Estado apresentou as seguintes questões, que denominou assuntos prévios: (i) inadmissibilidade *ratione materiae* de novas pretensões por parte das representantes, e (ii) legitimação do CEJIL para atuar em representação da suposta vítima em relação às supostas violações das obrigações incluídas na Convenção contra a Tortura (Capítulo IV *infra*). Nesse escrito o Estado expressou também sua oposição e rejeição a determinadas petições da Comissão e das representantes, e reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional (Capítulo VI *infra*). O Estado solicitou à Corte que declarasse que o Panamá não tinha obrigação de reparar danos e custas, mas somente as violações que expressamente havia declarado aceitar. Em 11 de dezembro de 2009, o Estado nomeou a senhora Iana Quadri de Ballard sua Agente e o senhor Vladimir Franco Sousa seu Agente Assistente.

6. Em 30 de junho de 2010, as representantes e a Comissão remeteram suas alegações escritas sobre as exceções preliminares e o reconhecimento parcial de responsabilidade por parte do Estado, de acordo com o artigo 38.4 do Regulamento.

## II

### Procedimento perante a Corte

7. A demanda foi notificada ao Estado em 11 de novembro de 2000 e às representantes em 9 de novembro de 2009.
8. Mediante resolução de 30 de julho de 2010,<sup>5</sup> o Presidente da Corte ordenou o recebimento das declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por sete testemunhas e um perito, e convocou as partes para uma audiência pública para ouvir a declaração da suposta vítima, de uma testemunha e de três peritos propostos pela Comissão, pelas representantes e pelo Estado, bem como as alegações orais das partes sobre as exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas. Além disso, mediante resolução de 10 de agosto de 2010,<sup>6</sup> o Presidente, no exercício da faculdade que lhe é concedida pelo artigo 50.3 do Regulamento, dispôs que o perito Arturo Hoyos Phillips apresentasse seu laudo pericial perante agente dotado de fé pública (*affidavit*).
9. Em 13 e 15 de agosto de 2010, as representantes e o Estado remeteram as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública. Em 24 de agosto de 2010, as partes apresentaram suas observações sobre as declarações enviadas.
10. A audiência pública foi realizada nos dias 25 e 26 de agosto de 2010 na sede do Tribunal.<sup>7</sup>
11. Em 30 de setembro de 2010, a Comissão, as representantes e o Estado apresentaram suas alegações finais escritas. Em 3 de novembro de 2010, o Estado e as representantes remeteram suas observações sobre os anexos das alegações finais escritas apresentados pela outra parte, e mediante escrito recebido em 4 de novembro de 2010 a Comissão declarou que “não [tinha] observações a formular”.
12. O Tribunal recebeu um escrito apresentado pela Clínica de Interesse Público da Universidade Sergio Arboleda (Colômbia), na qualidade de *amicus curiae*,<sup>8</sup> sobre os temas discriminação, tortura, liberdade e condições carcerárias.

5. Ver <http://corteidh.or.cr/docs/assuntos/velez.pdf>.

6. Ver <http://corteidh.or.cr/docs/assuntos/velez1.pdf>.

7. A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: as senhoras María Silvia Guillén, Comissária, Delegada; Silvia Serrano e Karla Quintana, Assessoras; b) pelas representantes: as senhoras Alejandra Nuño, Gisela De León, Marcela Martino e Adeline Neau, do CEJIL; e c) pela República do Panamá: Iana Quadri de Ballard, Agente; Vladimir Franco Sousa, Agente Assistente; José Javier Mulino, Embaixador do Panamá na Costa Rica; Mariela Vega de Donoso, Diretora de Direitos Humanos; Sophia Lee, Advogada Assistente; Yariisa Montenegro, Advogada do Departamento de Assuntos Jurídicos e Tratados; Francisco Rodríguez Robles, Advogado Assistente; María de Lourdes Cabeza, Assessora Jurídica de Migração; e Luz Divina Arredondo, Representante da Embaixada do Panamá na Costa Rica. Além disso, foram recebidos a declaração do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loo como suposta vítima, o testemunho da senhora María Cristina González Batista, e as perícias da senhora Gabriela Elena Rodríguez Pizarro e do senhor Marcelo Flores Torrico.

8. Este escrito foi apresentado em 29 de julho de 2010, e está assinado por Luis Andrés Fajardo Arturo, Diretor da Clínica de Interesse Público da Universidade Sergio Arboleda, e José María del Castillo Abella, Decano da Escola de Direito da Universidade Sergio Arboleda.

### III Exceções Preliminares

13. Atendendo ao disposto no artigo 38.6, em concordância com o estabelecido nos artigos 56.2 e 58, todos de seu Regulamento, o Tribunal analisará as exceções preliminares interpostas, no entendimento de que não poderão limitar, contradizer ou esvaziar de conteúdo o reconhecimento parcial de responsabilidade realizado pelo Estado (Capítulo VI *infra*). Desse modo, a Corte passa a analisar as alegações apresentadas pelas partes.

#### 1. Falta de esgotamento dos recursos da jurisdição interna

##### a) Argumentos das partes

###### *i. Argumentos do Estado*

14. O Estado solicitou a este Tribunal que rejeitasse a demanda promovida pela Comissão *in limine litis*, oferecendo os seguintes argumentos: o peticionário nunca recorreu aos mecanismos disponíveis na jurisdição interna para reclamar seus direitos de liberdade pessoal, garantias judiciais e proteção judicial; o peticionário não esgotou os recursos existentes na jurisdição interna para reclamar seu direito de que se realizasse uma investigação a respeito dos alegados atos de tortura cometidos contra ele; a Comissão aplicou incorretamente a exceção contida no artigo 46.2(b) da Convenção; o Estado advertiu sobre o descumprimento do requisito de esgotamento dos recursos da jurisdição interna desde suas primeiras comunicações à Comissão, e a Comissão prejudicou o equilíbrio processual e o direito de defesa do Estado ao não informá-lo claramente do objetivo da audiência realizada em 13 de março de 2006; alguns dos motivos de fato considerados no Relatório de Admissibilidade foram apresentados pelo peticionário sem serem transmitidos ao Estado, violando a oportunidade de contradizê-los, e o parágrafo 46 do Relatório de Admissibilidade inclui uma clara “falta de coincidência entre os fatos descritos como base do Relatório e os que [...] levaram a Comissão a determinar o mérito da aplicação da exceção”.

15. Em particular, o Estado argumentou que a falta de esgotamento dos recursos internos se refere àqueles relacionados com: (a) a Resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002, emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça do Panamá (doravante denominado “Departamento Nacional de Migração”), mediante a qual se ordenou a aplicação da sanção de detenção à suposta vítima; e (b) a denúncia e investigação dos alegados atos de tortura cometidos contra ela. Quanto à Resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002, o Estado mencionou que os recursos existentes na legislação panamenha na época dos fatos, para a revisão deste ato administrativo, eram os recursos de Reconsideração e de Apelação, o recurso de Revisão Administrativa, o recurso de Proteção dos Direitos Humanos, o Mandado de Segurança (Ação de Amparo) de Garantias Constitucionais e a Ação de *Habeas Corpus*. Na opinião do Estado, todos os recursos mencionados estavam vigentes, eram efetivos para o exercício do direito de tutela judicial e estavam ao alcance do peticionário. Com respeito aos alegados atos de tortura, o Estado sustentou que o senhor Vélez Loor não interpôs denúncia ou queixa a respeito, embora tivesse tido acesso a meios e oportunidades para fazê-lo.

16. Além disso, quanto ao momento processual oportuno, o Estado informou que as advertências de descumprimento do requisito de esgotamento dos recursos internos foram realizadas nas primeiras etapas do procedimento perante a Comissão, e que dado que “nunca deixou de mencionar a falta de esgotamento dos recursos da jurisdição interna, [...] não se pode alegar que exista uma renúncia tácita ao seu direito de interpor [...] essa exceção”.

###### *ii. Argumentos da Comissão*

17. A Comissão argumentou a extemporaneidade dos argumentos do Estado. A esse respeito, afirmou que, embora na primeira resposta do Panamá, de 6 de março de 2006, apareça uma referência final ao artigo 46.1 a) da Convenção, “o Estado não apresentou nenhum argumento destinado a sustentar a falta de esgotamento dos recursos internos no caso concreto, nem a explicar quais recursos estavam disponíveis e podiam considerarse idôneos e efetivos diante dos fatos alegados na petição”. Além disso, informou que, na audiência realizada em 13 de março de 2006, o Estado “mencionou isoladamente alguns recursos ou ‘mecanismos’ aos quais a [suposta] vítima p[oderia] ter recorrido”, mas que “perante a Corte Interamericana [apresentou] uma lista de recursos mais ampla e com um grau de especificidade que não se pode considerar equivalente à apresentada perante a [Comissão]”.

iii. *Argumentos das representantes*

18. Por sua vez, as representantes alegaram que, “[c]om exceção do recurso de *habeas corpus*, o Estado não argumentou a existência dos recursos [mencionados na contestação da demanda] na etapa de admissibilidade no processo perante a Comissão Interamericana”. Além disso, sustentaram, “com respeito aos maus-tratos e atos de tortura de que o senhor Vélez [supostamente] foi vítima, [que] o Estado não se refe[riu] expressamente a quais recursos teriam sido idôneos e acessíveis”.

**b) Determinação da Corte**

19. A Corte avaliará, conforme sua jurisprudência, se no presente caso se verificam os pressupostos formais e materiais para que tenha lugar uma exceção preliminar de falta de esgotamento dos recursos internos. Quanto aos pressupostos formais, no entendimento de que essa exceção é uma defesa de que dispõe o Estado, o Tribunal analisará, em primeiro lugar as questões propriamente processuais, tais como o momento processual em que a exceção foi proposta (se foi alegada oportunamente); os fatos a que se refere, e se a parte interessada indicou se a decisão de admissibilidade se baseou em informações errôneas ou em algum prejuízo de seu direito de defesa. A respeito dos pressupostos materiais, cabe observar se foram interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, conforme os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos, em particular, se o Estado que apresenta essa exceção especificou os recursos internos que ainda não haviam sido esgotados, e será preciso demonstrar que esses recursos se encontravam disponíveis e que eram adequados, idôneos e efetivos. Tudo isso devido a que, por se tratar de uma questão de admissibilidade de uma petição perante o Sistema Interamericano, devem-se verificar os pressupostos dessa regra segundo a alegação apresentada, apesar de a análise dos pressupostos formais prevalecer sobre os de caráter material e, em determinadas ocasiões, esses últimos poderem ter relação com o mérito do assunto.<sup>9</sup>

20. Constitui jurisprudência reiterada deste Tribunal<sup>10</sup> que uma objeção ao exercício da jurisdição da Corte baseada na suposta falta de esgotamento dos recursos internos deve ser apresentada no momento processual oportuno, isto é, na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão; do contrário, o Estado terá perdido a possibilidade de apresentar essa defesa perante este Tribunal.

21. Dos autos perante este Tribunal se infere que, durante o trâmite de admissibilidade perante a Comissão, o Estado não foi claro nem explícito na invocação da exceção de falta de esgotamento dos recursos internos, pois não fez referência à lista detalhada de recursos que mencionou pela primeira vez na contestação da demanda (par. 15 *supra*). Sobre esse ponto, o próprio Estado aceitou que em sua primeira comunicação perante a Comissão, de 6 de março de 2006, apenas invocou a norma do artigo 46.1 da Convenção “sem uma descrição exaustiva dos recursos disponíveis e não esgotados neste caso [em] particular”. Do mesmo modo, o Estado reconheceu que “ainda que a informação prestada n[este escrito e na audiência de 13 de março de 2006 perante a Comissão] não fosse uma lista exaustiva dos recursos disponíveis na época, [sim] era suficiente para que a Comissão conhecesse da existência de recursos judiciais não utilizados, nem esgotados, por parte do peticionário”.

22. Quanto às alegações de suposto dano ao direito de defesa do Estado, a Corte afirmou que a Comissão Interamericana tem autonomia e independência no exercício de seu mandato conforme o estabelecido pela Convenção Americana<sup>11</sup> e, particularmente, no exercício das funções que lhe competem no procedimento relativo ao trâmite de petições individuais disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção.<sup>12</sup> Não obstante isso, entre as atribuições da Corte se encontra a de realizar o controle de legalidade das ações da Comissão em relação à tramitação de assuntos de que a própria Corte esteja conhecendo.<sup>13</sup> Isso não supõe necessariamente revisar

9. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1, par. 91; *Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C Nº 203, par. 46; e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C Nº 195, par. 42.

10. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 9 *supra*, par. 88; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C Nº 207, par. 19; e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de setembro de 2009. Série C Nº 204, par. 18.

11. Cf. *Controle de Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41 e 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-19/05 de 28 de novembro de 2005. Série A Nº 19, ponto resolutivo primeiro; *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C Nº 213, par. 31; e *Caso Garibaldi*, nota 9 *supra*, par. 35.

12. Cf. *Controle de Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 41 e 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, nota 11 *supra*, ponto resolutivo segundo; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 31; e *Caso Garibaldi*, nota 9 *supra*, par. 35.

13. Cf. *Controle de Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41 e 44 da Convenção*

- o procedimento levado a cabo perante a Comissão, a não ser que exista um erro grave que viole o direito de defesa das partes.<sup>14</sup> Por último, a parte que afirma que uma ação da Comissão durante o procedimento perante si mesma foi realizada de maneira irregular, afetando seu direito de defesa, deve demonstrar efetivamente tal prejuízo.<sup>15</sup> Por isso, a esse respeito, não é suficiente uma queixa ou discrepância de critérios em relação aos autos do processo por parte da Comissão Interamericana.<sup>16</sup>
23. Sobre esse aspecto, a Comissão argumentou que “apesar de o Estado ter inform[ado] não ter tido conhecimento da matéria que se debateria, no transcurso da audiência apresentou argumentos a respeito da admissibilidade da petição”, tendo constituído essa audiência uma oportunidade processual adicional às concedidas pela Comissão ao Estado para apresentar todos os argumentos sobre a admissibilidade. Por sua vez, as representantes não apresentaram alegações específicas a esse respeito.
24. Vale recordar que não cabe à Corte, nem cabia à Comissão, identificar *ex officio* quais os recursos internos a esgotar, mas compete ao Estado indicar oportunamente os recursos internos que devem ser esgotados e sua efetividade. Tampouco compete aos órgãos internacionais sanar a falta de precisão das alegações do Estado,<sup>17</sup> que apesar de ter contado com várias oportunidades processuais não interpôs devidamente a exceção de esgotamento de recursos internos.
25. Por outro lado, levando em conta as características do presente assunto e os argumentos expostos pelas partes a esse respeito, este Tribunal considera que a análise preliminar da disponibilidade e/ou efetividade da ação de *habeas corpus*, das investigações dos supostos atos de tortura, ou da assistência consular nas circunstâncias particulares do caso, implicaria uma avaliação das ações do Estado em relação a suas obrigações de respeitar e garantir os direitos reconhecidos nos instrumentos internacionais cuja violação se alega, questão que não se deve examinar em caráter preliminar, mas ao examinar o mérito da controvérsia.
26. Por conseguinte, o Tribunal entende que não se prejudicou o direito de defesa do Estado, e que, conseqüentemente, não há motivo algum para afastar-se do decidido pela Comissão no procedimento ante si mesma. Desse modo, a falta de especificidade por parte do Estado no momento processual oportuno perante a Comissão a respeito dos recursos internos adequados que alegadamente não teriam sido esgotados, bem como a falta de argumentação sobre sua disponibilidade, idoneidade e efetividade, fazem com que o argumento a esse respeito perante esta Corte seja extemporâneo.
27. Por último, é importante ressaltar que o Estado reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional (Capítulo VI *infra*), quando especificou e admitiu que o conteúdo da Resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002, não foi notificado ao senhor Vélez Loor, e que o processo que levou à pena de dois anos de prisão foi conduzido sem a garantia do direito de defesa. A esse respeito, o Tribunal considera que a interposição da exceção preliminar de falta de esgotamento dos recursos neste caso é incompatível com o referido reconhecimento,<sup>18</sup> no sentido de que a notificação da decisão constituía um pré-requisito para fazer uso de alguns dos recursos mencionados pelo Estado em sua contestação,<sup>19</sup> e que a falta de garantia do devido processo legal para acionar os recursos constitui um fator que justifica a jurisdição do sistema internacional de proteção.
28. Conseqüentemente, em virtude dos fundamentos expostos acima, a Corte rejeita a primeira exceção preliminar interposta pelo Estado.

*Americana sobre Direitos Humanos*), nota 11 *supra*, ponto resolutivo terceiro; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 31; e *Caso Garibaldi*, nota 9 *supra*, par. 35.

14. *Cf. Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C Nº 158, par. 66; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 31; e *Caso Garibaldi*, nota 9 *supra*, par. 35.

15. *Cf. Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros)*, nota 14 *supra*, par. 66; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 31; e *Caso Garibaldi*, nota 9 *supra*, par. 36.

16. *Cf. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C Nº 184, par. 42; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 31; e *Caso Garibaldi*, nota 9 *supra*, par. 36.

17. *Cf. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C Nº 197, par. 23; e *Caso Usón Ramírez*, nota 10 *supra*, par. 22.

18. *Cf. Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 7 de março de 2005. Série C Nº 122, par. 30; e *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 104.

19. Com efeito, o Estado afirmou que, embora “[a] resolução que ordenou a deportação do senhor Vélez Loor fosse suscetível de recursos de reconsideração e apelação perante o Ministro de Governo e Justiça[,] ao deixar o Departamento Nacional de Migração e Naturalização de cumprir a obrigação de comunicar formalmente o conteúdo da Resolução, pode-se entender que o interessado não estivesse, no momento da respectiva implementação, ciente ou em condições de fazer uso desses recursos”.

## 2. Falta de competência da Corte *ratione materiae* para conhecer de um alegado descumprimento da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

### a) Argumentos das partes

#### i. Argumentos do Estado

29. O Estado solicitou que se declarasse inadmissível a demanda apresentada pela Comissão, em razão da “falta de competência da Corte [...] para conhecer sobre o alegado descumprimento da obrigação de investigar estabelecida n[a Convenção contra a Tortura] e em função do conteúdo dos artigos 33 e 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que expressamente limitam a competência da Corte à interpretação ou aplicação desta [última]”. Nesse sentido, o Estado argumentou que “não poderia pretender que o reconhecimento de competência feito pelo Estado panamenho a respeito da Convenção Americana [...], possa aplicar-se para [...] outorgar competência à Corte a respeito da aplicação e interpretação da Convenção [contra a Tortura], sem que tal pretensão constitua uma atuação contrária ao princípio de consentimento”. Da mesma maneira, afirmou que este Tribunal não possui competência para conhecer de violações das obrigações incluídas na Convenção contra a Tortura neste caso, já que o Estado, além de dar seu consentimento para obrigar-se por esse instrumento, deve manifestar e aceitar de forma expressa a competência para que a Corte Interamericana possa aplicar e interpretar seu conteúdo. Finalmente, o Estado argumentou que é limitada a competência da Corte a respeito de instrumentos internacionais que “não lhe concedem expressamente a faculdade de determinar a compatibilidade dos atos e das normas dos Estados, como é o caso da [Convenção contra a Tortura]”.
30. Para o caso de indeferimento da exceção, o Estado solicitou à Corte que desenvolvesse de maneira mais ampla sua jurisprudência da última década a respeito deste assunto, dado que seu critério “se sustenta em causas de fato que são insuficientes para determinar, com total certeza, o alcance dessa jurisdição em relação à aplicação e à interpretação da [Convenção contra a Tortura]”.

#### ii. Argumentos da Comissão e das representantes

31. A Comissão recordou que tanto ela quanto a Corte haviam determinado a existência de violações dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura, no entendimento de que o parágrafo terceiro do artigo 8 desse mesmo instrumento incorporasse uma cláusula geral de competência aceita pelos Estados no momento de ratificar esse instrumento ou a ele aderir. Desse modo, não existiam, segundo a Comissão, motivos para que a Corte se afastasse de seu critério reiterado, o qual se encontra de acordo com o Direito Internacional. Por sua vez, as representantes solicitaram que, “de acordo com [a] jurisprudência consolidada [da Corte] na matéria, [se] declar[asse] sem fundamento a exceção preliminar interposta pelo Estado do Panamá”.

### b) Determinação da Corte

32. É pertinente recordar que, diante do argumento formulado por alguns Estados de que cada tratado interamericano requer uma declaração específica de aceitação de competência da Corte, esta determinou que pode exercer sua competência contenciosa a respeito de instrumentos interamericanos distintos da Convenção Americana, quando se trate de instrumentos que estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional.<sup>20</sup> Assim, a declaração especial de aceitação da competência contenciosa da Corte segundo a Convenção Americana, e de acordo com o artigo 62 do mesmo instrumento, permite que o Tribunal conheça tanto de violações da Convenção como de outros instrumentos interamericanos que lhe atribuam competência.<sup>21</sup>
33. Embora o artigo 8 da Convenção contra a Tortura<sup>22</sup> não mencione explicitamente a Corte Interamericana, este Tribunal se referiu à sua própria competência para interpretar e aplicar essa Convenção, com base num meio de interpretação complementar, como os trabalhos preparatórios, ante a possível ambiguidade da disposição.<sup>23</sup> Desse modo, em sua sentença no *Caso Villagrán Morales e outros Vs. Guatemala*, o Tribunal se referiu à razão

20. Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C Nº 67, par. 34; e *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 37.

21. Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, nota 20 *supra*, par. 37.

22. Esse preceito dispõe a respeito da competência para aplicá-la que, “[u]ma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado” ao qual se atribui a violação desse tratado.

23. Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, nota 20 *supra*, par. 51.

histórica desse artigo, isto é, que no momento de redigir a Convenção contra a Tortura ainda existiam alguns países membros da Organização dos Estados Americanos que não eram Partes na Convenção Americana, e salientou que “[c]om uma cláusula geral [de competência, que não fizesse referência expressa e exclusiva à Corte Interamericana,] se abriu a possibilidade de que ratifiquem a Convenção contra a Tortura, ou a ela adiram, o maior número de Estados. O que se considerou importante[, naquele momento,] foi atribuir a competência para aplicar a Convenção contra a Tortura a um órgão internacional, quer se trate de uma comissão, um comitê ou um tribunal existente, quer se trate de algum que seja criado no futuro”.<sup>24</sup>

34. Sobre esse ponto, é necessário destacar que o sistema de proteção internacional deve ser entendido como um todo, princípio disposto no artigo 29 da Convenção Americana, o qual impõe um marco de proteção que sempre dá preferência à interpretação ou à norma que mais favoreça os direitos da pessoa humana, objetivo angular de proteção de todo o Sistema Interamericano. Nesse sentido, a adoção de uma interpretação restritiva quanto ao alcance da competência deste Tribunal não apenas iria contra o objeto e fim da Convenção, mas também afetaria o efeito útil do próprio Tratado e da garantia de proteção que este estabelece, com consequências negativas para a suposta vítima no exercício de seu direito de acesso à justiça.<sup>25</sup>
35. Em razão das considerações anteriores, a Corte reitera sua jurisprudência constante,<sup>26</sup> no sentido de que é competente para interpretar e aplicar a Convenção contra a Tortura e declarar a responsabilidade de um Estado que tenha dado consentimento para se obrigar por esta Convenção, e tenha aceitado, além disso, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com esse entendimento, o Tribunal já teve a oportunidade de aplicar a Convenção contra a Tortura e declarar a responsabilidade de diversos Estados em virtude de sua violação.<sup>27</sup> Dado que o Panamá é Parte na Convenção contra a Tortura e reconheceu a competência contenciosa deste Tribunal (Capítulo V *infra*), a Corte tem competência *ratione materiae* para pronunciar-se neste caso sobre a alegada responsabilidade do Estado pela violação desse instrumento, o qual se encontrava em vigência quando ocorreram os fatos.
36. Em função dos argumentos acima expostos, o Tribunal declara improcedente a segunda exceção preliminar interposta pelo Estado.

#### IV Assuntos Prévios

37. A seguir, a Corte se referirá às duas questões apresentadas pelo Estado, atribuindo-lhes o caráter de assuntos prévios, em relação ao escrito de petições e argumentos das representantes.

24. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito.* Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, pars. 247 e 248; e *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 10 de julho de 2007. Série C Nº 167, nota de rodapé 6.

25. *Cf. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C Nº 209, par. 24.

26. *Cf. Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, nota 24 *supra*, pars. 247 e 248; *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, nota 20 *supra*, par. 51; *Caso Las Palmeras*, nota 20 *supra*, par. 34; e *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz*, nota 24 *supra*, nota de rodapé 6.

27. A Corte aplicou a Convenção contra a Tortura nos seguintes casos: *Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito.* Sentença de 8 de março de 1998. Série C Nº 37, par. 136; *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito.* Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, pars. 248 a 252; *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Mérito.* Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C Nº 69, pars. 185 e 186; *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares.* Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C Nº 67, par. 34; *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito.* Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C Nº 70, pars. 218 e 219; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C Nº 103, par. 98; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyaury Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 8 de julho de 2004. Série C Nº 110, pars. 117 e 156; *Caso Tibi Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C Nº 114, par. 159; *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C Nº 132, par. 54; *Caso Blanco Romero e outros Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C Nº 138, par. 61; *Caso Baldeón García Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 6 de abril de 2006. Série C Nº 147, par. 162; *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 155, par. 86; *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160, par. 266; *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 10 de julho de 2007. Série C Nº 167, nota de rodapé 6; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C Nº 186, par. 53; *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C Nº 187, par. 89; *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C Nº 211, par. 54; *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 51; *Caso Fernández Ortega e outros Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C Nº 215, par. 131; e *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216; par. 131.

## 1. Inadmissibilidade *ratione materiae* de novas pretensões por parte das representantes

### a) Argumentos das partes

#### i. Argumentos do Estado

38. O Estado argumentou que o escrito apresentado pelas representantes “busca introduzir neste processo novas pretensões que não estão incluídas na demanda apresentada pela Comissão [e que essas] pretensões novas variam e alteram o alcance do presente caso”, razão pela qual não devem ser admitidas pela Corte como objeto do presente litígio.
39. As pretensões que o Estado considera terem sido introduzidas no presente processo pelas representantes se referem, a juízo da Corte, tanto a fatos como a direitos, a saber, os supostos atos de tortura, a alegada violação dos artigos 2 da Convenção contra a Tortura e 24 da Convenção Americana, e a alegada responsabilidade do Estado por não ter tipificado adequadamente a tortura, as quais solicitou que não sejam admitidas por este Tribunal.
40. O argumento do Estado se refere às afirmações das representantes de que, enquanto esteve sob a custódia do Estado no Panamá, o senhor Vélez Loor sofreu maus-tratos, abusos sexuais e torturas. Especificamente, as representantes sustentaram que o senhor Vélez Loor “foi vítima de múltiplos vexames e maus-tratos enquanto permaneceu sob a custódia das autoridades panamenhas, os quais devem ser considerados como tortura”. A esse respeito, salientaram que em 1º de junho de 2003, depois de fazer uma greve de fome e costurar a boca, o senhor Vélez foi transferido para o Pavilhão 12 de segurança máxima no Centro Penitenciário La Joyita, onde, “o espancaram”, lhe jogaram gás lacrimogêneo no rosto e nos olhos, “lhe atiraram pó de gás lacrimogêneo nas genitais” e “foi violentado sexualmente por um policial que lhe introduziu um lápis com pó de gás lacrimogêneo no ânus”.

#### ii. Resposta aos argumentos do Estado

41. As representantes alegaram que em seu escrito desenvolveram amplamente os fatos e as pretensões de direito, e as reparações propostas, orientando-se pelo marco fático estabelecido na demanda da Comissão, sem propor fatos distintos e limitando-se a explicar ou contextualizar as violações alegadas, motivo pelo qual solicitaram que esse assunto prévio seja desconsiderado. Além disso, especificaram que “a descrição dos atos de tortura sofridos pelo senhor Jesús Vélez Loor enquanto esteve sob a custódia das autoridades panamenhas não fazem nada mais que desenvolver os fatos expostos pela Comissão em seu escrito de demanda [, e] dele fazem parte integral”. Assim, consideraram que cabe à Corte, em virtude da maior prova apresentada, avaliar e pronunciar-se sobre a responsabilidade do Estado pelos alegados atos de tortura. Do mesmo modo, as representantes sustentaram que, embora a Comissão não tenha feito referência à “violação do direito à integridade pessoal por tortura”, “[a] Corte reconheceu expressamente que [as representantes podem introduzir novas pretensões]”.
42. A Comissão não apresentou considerações específicas relacionadas a esse tema.

### b) Determinação da Corte

43. É jurisprudência reiterada da Corte que a suposta vítima, seus familiares ou representantes nos processos contenciosos perante este Tribunal podem invocar a violação de outros direitos distintos dos já incluídos na demanda, na medida em que não aleguem fatos novos aos nela já compreendidos,<sup>28</sup> demanda esta que constitui o marco fático do processo.<sup>29</sup> Por sua vez, a suposta vítima ou seus representantes podem referir-se a fatos que permitam explicar, contextualizar, esclarecer ou rejeitar os que foram mencionados na demanda, ou ainda responder às pretensões do demandante,<sup>30</sup> em função do que aleguem e da prova que apresentem. Essa possibilidade tem o propósito de tornar efetiva a faculdade processual de *locus standi in*

28. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C Nº 98, par. 155; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C Nº 217, par. 228; e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C Nº 214, par. 237.

29. Cf. *Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 134, par. 59; *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 28 *supra*, par. 237; e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 49.

30. Cf. *Caso “Cinco Aposentados”*, nota 28 *supra*, par. 153; *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 28 *supra*, par. 237; e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 49.

*judicio* que lhes reconhece o Regulamento do Tribunal, sem desvirtuar com isso os limites convencionais de sua participação e do exercício da competência da Corte, nem prejuízo ou violação do direito de defesa do Estado,<sup>31</sup> o qual conta com as oportunidades processuais para responder às alegações da Comissão e das representantes em todas as etapas do processo. Além disso, fatos que se qualificam como supervenientes poderão ser remetidos ao Tribunal em qualquer etapa do processo antes do proferimento da sentença.<sup>32</sup> Sem dúvida, compete à Corte decidir em cada caso sobre a procedência de alegações de tal natureza em defesa do equilíbrio processual das partes.<sup>33</sup>

44. À luz dos critérios expostos, cabe ao Tribunal determinar se os fatos que se postula sejam qualificados como tortura se encontram dentro do marco fático estabelecido pela Comissão em sua demanda.
45. O Tribunal ressalta que, no Relatório de Admissibilidade nº 95/06, a Comissão Interamericana considerou que no caso do senhor Vélez Loor os supostos atos de tortura descritos na petição e a inexistência de informação sobre investigações e sanções penais em relação a esses fatos caracterizavam uma possível violação dos artigos 5, 8 e 25 da Convenção Americana, e 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura.<sup>34</sup> Ao analisar os fatos levados a seu conhecimento como possíveis atos de tortura, a Comissão considerou no Relatório de Mérito nº 37/09 aprovado neste caso, que não dispunha “de provas suficientes de que o senhor Vélez Loor tivesse sido torturado durante o tempo que esteve sob custódia panamenha”,<sup>35</sup> apesar de ter responsabilizado o Estado “por não realizar uma investigação recente adequada sobre as alegações de tortura do senhor Vélez Loor”.<sup>36</sup>
46. Em sua demanda perante esta Corte, a Comissão se referiu, em geral, unicamente às denúncias de tortura realizadas no contexto do presente caso, mas sem fazer uma relação dos fatos ou atos que constituiriam tortura nem nenhum tipo de alusão às circunstâncias de modo, tempo e lugar em que estas ocorreram. Além disso, referiu-se a um exame médico e psicológico realizado no senhor Vélez Loor na Bolívia, em junho de 2008, e observou que esse exame concorda em alguns aspectos com as denúncias de tortura apresentadas pelo senhor Vélez Loor no âmbito de outra petição contra o Equador, que também tramita perante a Comissão.
47. As representantes, em seu escrito de petições e argumentos, e a suposta vítima, em sua declaração perante esta Corte, referiram-se detalhadamente a fatos que constituiriam os alegados atos de tortura. O Tribunal considera que esses fatos não podem ser considerados autonomamente como constitutivos de violação, na medida em que não figuram na demanda apresentada pela Comissão; não obstante isso, a informação apresentada pelas representantes e pela própria suposta vítima a respeito dos alegados atos de tortura quanto ao modo, tempo e lugar em que teriam ocorrido é complementar ao marco fático da demanda, pois esclarece fatos sobre os quais recairia o dever de investigar (par. 43 *supra*). Portanto, a Corte fará alusão aos fatos que constituiriam tortura, segundo as representantes da suposta vítima, unicamente com o objetivo de proceder à análise da alegada obrigação de investigar esses atos, incluída pela Comissão em sua demanda.
48. Por conseguinte, de acordo com o marco fático do presente caso, não é viável analisar como violação autônoma os fatos apresentados como tortura em relação aos artigos 5.2 da Convenção Americana e 2 da Convenção contra a Tortura. No entanto, esses fatos serão levados em conta, na medida em que dão conteúdo ao dever do Estado de iniciar de ofício e de imediato uma investigação a respeito dos supostos atos de tortura.
49. Sem prejuízo disso, ao analisar os fatos da demanda relativos às condições sob as quais teve lugar a privação de liberdade do senhor Vélez Loor, o Tribunal poderá se pronunciar sobre outros aspectos jurídicos referentes à integridade pessoal estabelecida no artigo 5 da Convenção.
50. Quanto aos argumentos das representantes relacionados à alegada violação do artigo 24 da Convenção Americana, o Tribunal considera que, no atual estágio de evolução do sistema de proteção de direitos

31. Cf. *Caso Perozo e outros*, nota 9 *supra*, par. 32; e *Caso Reverón Trujillo*, nota 17 *supra*, par. 135.

32. Cf. *Caso “Cinco Aposentados”*, nota 28 *supra*, par. 154; *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 28 *supra*, par. 237; e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 49.

33. Cf. *Caso do “Massacre de Mampiripán”*, nota 29 *supra*, par. 58; *Caso do Massacre de Las Dos Erres*, nota 27 *supra*, par. 165; e *Caso Reverón Trujillo*, nota 17 *supra*, par. 135.

34. Cf. Relatório nº 95/06, Admissibilidade, Petição 92/04 Jesús Tranquilino Vélez Loor–Panamá, emitido pela Comissão Interamericana em 21 de outubro de 2006 (expediente de prova, tomo I, anexo 2 da demanda, folha 50).

35. Nesse sentido, concluiu que “dada a natureza das alegações contraditórias com respeito às alegações de tortura e a ausência de informação mais concreta das partes, a Comissão não dispõe de informação suficiente para atribuir responsabilidade ao Estado por violar a proibição da tortura. [...] Consequentemente, sem provas suficientes de tortura, a Comissão conclui que o Estado não violou o artigo 2 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em relação às alegações de tortura do senhor Vélez Loor”. Relatório nº 37/09, Mérito, Caso 12.581, Jesús Tranquilino Vélez Loor–Panamá, 27 de março de 2009 (expediente de prova, tomo I, anexo 1 da demanda, folha 31).

36. Relatório nº 37/09, nota 35 *supra*.

humanos, a faculdade da representação da suposta vítima compreende a incorporação de pretensões jurídicas diferentes das da Comissão, desde que seja sobre a base fática da demanda. Além disso, o Estado contou com todas as oportunidades processuais para apresentar seus argumentos de defesa quanto a esses pedidos perante este Tribunal.<sup>37</sup> Portanto, essas alegações serão examinadas pela Corte no mérito da presente Sentença (Capítulo VIII-3 *infra*).

51. Desse modo, este Tribunal aceita parcialmente o primeiro assunto prévio ao processo interposto pelo Estado.

## **2. A legitimação do CEJIL para atuar em representação da suposta vítima a respeito das supostas violações das obrigações incluídas na Convenção contra a Tortura**

52. O Estado argumentou que o CEJIL carece de legitimação “para atuar n[esta] etapa [...] em representação da suposta vítima [...] a respeito das alegadas violações das obrigações incluídas na [Convenção contra a Tortura]”, em virtude de que a procuração do senhor Vélez Loor lhes faculta “exercer sua representação [...] unicamente quanto à [...] violação de ‘alguns direitos contemplados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (sic)’, e não para exercer sua representação quanto a supostas violações [...] contid[a]s em outras Convenções Internacionais”.

53. As representantes argumentaram que a procuração reúne todas as formalidades que a Corte previamente estabeleceu como indispensáveis, e que reflete de “maneira inequívoca [a vontade da suposta vítima] de que o CEJIL realize todos os atos e gestões relativos ao processo [...] impetrado contra o Estado [...] ‘zelando pela correta tramitação do caso mencionado’”, razão pela qual é válida e efetiva em relação a todas as gestões e ações pertinentes no âmbito deste processo. Por sua vez, a Comissão não apresentou considerações específicas a esse respeito.

54. Anteriormente, a Corte salientou que não é indispensável que as procurações outorgadas pelas supostas vítimas para serem representadas no processo perante o Tribunal cumpram as mesmas formalidades regulamentadas pelo direito interno do Estado demandado.<sup>38</sup> Além disso, embora a prática constante desta Corte com respeito às regras de representação tenha sido flexível, existem certos limites ao aceitar os instrumentos constitutivos estabelecidos pelo objeto útil da própria representação. Primeiramente, essas procurações devem identificar de maneira unívoca o outorgante e refletir uma manifestação de vontade livre de vícios. Devem, ademais, individualizar com clareza o outorgado e, por último, devem indicar com precisão o objeto da representação. Os instrumentos que cumpram os requisitos mencionados são válidos e adquirem plena efetividade ao serem apresentados perante o Tribunal.<sup>39</sup>

55. A Corte verifica que não existe na procuração conferida ao CEJIL<sup>40</sup> limitação expressa sobre os artigos que poderiam ser alegados pelas representantes no procedimento perante esta Corte, já que a menção à Convenção Americana foi realizada de forma genérica, e não se infere da redação da referida procuração uma intenção de limitar a função ou a capacidade das representantes em sua atuação perante este Tribunal. Pelo contrário, nessa procuração se expressa que os outorgados devem “zelar pela correta tramitação do caso [indicado]”,<sup>41</sup> em virtude do que a Corte entende que gozam de amplitude para formular as alegações que à luz do direito considerem pertinentes ou procedentes no caso específico.

56. Em razão do acima exposto, a Corte considera que se indicou com precisão o objeto da procuração, cumprindo os requisitos previamente estabelecidos por este Tribunal, e que a procuração outorgada às representantes não possui em seu objeto nenhuma limitação que os impeça de alegar a violação de certos artigos da Convenção contra a Tortura perante este Tribunal, motivo pelo qual se declara improcedente a segunda questão prévia.

37. Cf. *Caso Garibaldi*, nota 9 *supra*, par. 39.

38. Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C Nº 42, pars. 97 e 98; *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C Nº 144, par. 145; e *Caso Yatama Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C Nº 127, par. 94.

39. Cf. *Caso Loayza Tamayo*, nota 38 *supra*, pars. 98 e 99; *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 38 *supra*, par. 145; e *Caso Yatama*, nota 38 *supra*, par. 94.

40. Cf. Procuração outorgada por Jesús Tranquilino Vélez Loor em favor do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) por meio das senhoras Viviana Krsticevic e Marcela Martino mediante o instrumento público nº 367/2.009, em 29 de abril de 2009 (expediente de prova, tomo III, anexo 33 da demanda, folhas 1544 e 1545).

41. Procuração outorgada por Jesús Tranquilino Vélez, nota 40 *supra*.

## V Competência

57. A Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção. O Estado do Panamá ratificou a Convenção Americana em 22 de junho de 1978, a qual entrou em vigência para o Estado em 18 de julho de 1978 e, em 9 de maio de 1990, reconheceu “como obrigatória de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana [...]”. Além disso, em 28 de agosto de 1991, o Panamá depositou o instrumento de ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a qual entrou em vigência para o Estado em 28 de setembro de 1991.

## VI Reconhecimento Parcial de Responsabilidade Internacional

58. No presente caso o Estado reconheceu parcialmente os fatos e sua responsabilidade internacional por várias das alegadas violações dos direitos reconhecidos na Convenção. Assim, em sua contestação à demanda, o Estado assumiu parcialmente sua responsabilidade:

- Pela violação do direito à liberdade pessoal, consagrado nos artigos 7.1, 7.3, 7.4, e 7.5 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, com respeito ao senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, nos seguintes termos:
  - i) violação do artigo 7.1 da Convenção em virtude de não ter observado parcialmente o cumprimento das garantias incluídas no artigo 7.3, 7.4, 7.5 e 7.6 da Convenção a respeito da detenção ordenada pela Resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002;
  - ii) violação do artigo 7.3 da Convenção em virtude de não ter notificado o senhor Vélez Loor sobre o conteúdo da Resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002, emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização;
  - iii) violação do artigo 7.4 da Convenção em virtude de não ter procedido à notificação formal das acusações que seriam consideradas pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização para a aplicação da pena de dois anos de prisão; e
  - iv) violação do artigo 7.5 da Convenção em virtude de não ter apresentado o senhor Vélez Loor perante o funcionário do Departamento Nacional de Migração e Naturalização para os efeitos da determinação de sua responsabilidade pela alegada violação dos termos de sua deportação ordenada em janeiro de 2002.
- Pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 e 5.2 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em relação ao senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, quanto às condições de detenção limitadas à época dos fatos, excluindo especificamente os alegados maus-tratos e atos de tortura, assim como a alegada falta de atenção médica durante sua detenção no Panamá.
- Parcialmente, pela violação do direito às garantias judiciais, consagrado nos artigos 8.1 e 8.2, alíneas b), c), d) e f), e 25 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, a respeito da aplicação da pena de dois anos de prisão ordenada mediante a Resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002, emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização.

59. Durante a audiência pública, o Estado reiterou sua aceitação parcial de responsabilidade, considerou os aspectos reconhecidos quanto às condições de detenção, e especificou que tal reconhecimento não se estende (i) ao artigo 2 da Convenção Americana, na medida em que o ordenamento jurídico interno panamenho estabelece mecanismos de proteção suficientes para garantir a liberdade pessoal; (ii) aos alegados atos de tortura mencionados pelas representações; e (iii) à alegada violação do direito de recorrer da sentença contemplada na alínea h do artigo 8.2 da Convenção.

60. Em suas alegações finais escritas, o Estado reiterou que “mantém o reconhecimento parcial de responsabilidade”,

- Quanto ao direito à liberdade pessoal, “aceit[ou] a responsabilidade pela aplicação da sanção prevista no artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960 [...], sem que, no presente caso, tenha sido garantida ao senhor Vélez a possibilidade de preparar sua defesa antes da aplicação dessa sanção. Essa medida resultou na violação dos direitos de liberdade pessoal, consagrados nos artigos 7.1, 7.3, 7.4, 7.5, e 7.6 da [Convenção Americana] em relação à obrigação geral contida no artigo 1.1 do [mesmo instrumento]”.

- A respeito do artigo 7.1 da Convenção Americana, “declarou sua aceitação de responsabilidade pelo descumprimento parcial da obrigação constante do artigo 1.1 da mesma Convenção, na medida em que a detenção ordenada pela Resolução de 6 de dezembro atendeu de maneira parcial às garantias incluídas nos artigos 7.3, 7.4 e 7.5, o que constitui, por sua vez, um descumprimento da obrigação geral de respeito às normas da Convenção”.
- Quanto ao artigo 7.3 da Convenção Americana, “[o] Estado aceit[ou], a respeito da Resolução 7.306, a responsabilidade pela violação do direito consagrado no artigo 7.3, em relação ao artigo 1.1 da Convenção, em vista do descumprimento da obrigação de ter notificado de maneira imediata o senhor Vélez Loo das causas da privação de liberdade à que foi submetido a partir da emissão da mencionada Resolução 7.306[,] no dia 6 de dezembro de 2002”.
- Em relação ao artigo 7.4 da Convenção Americana, o Estado manifestou que “[e]mbora seja certo afirmar que as causas pelas quais se impôs a referida sanção foram comunicadas verbalmente ao senhor Vélez, desde o momento de sua detenção e, apesar de que o senhor havia sido deportado no mês de janeiro do mesmo ano de 2002, com a imposição da sanção contida no artigo 67 do [Decreto-Lei] 16, o Estado admit[iu] que, à luz de seu ordenamento jurídico interno e à luz de suas obrigações internacionais, essas medidas não eram suficientes para cumprir adequadamente a obrigação de notificação formal das acusações específicas que seriam consideradas pelo Departamento Nacional de Migração e pelas quais Jesús Vélez poderia ser punido conforme o Decreto-Lei 16. Nesse sentido, informou que não consta a notificação formal por escrito das acusações que enfrentava Vélez Loo”.
- Com respeito ao direito à integridade pessoal, “[o] Estado assum[iu] sua responsabilidade por não ter garantido ao senhor Vélez condições de detenção adequadas, na medida em que as condições gerais que apresentavam os centros penitenciários do Sistema Penitenciário Nacional do Panamá nos quais esteve recolhido durante sua detenção (La Palma e La Joyita) não cumpriam as normas para garantir e preservar o direito à integridade pessoal, o que result[ou] na violação dos artigos 5.1 e 5.2 da [Convenção Americana]”.
- O Estado aceitou “a responsabilidade pela violação do direito às garantias judiciais e à proteção judicial dispostos nos artigos 8.1, 8.2 e 25 da Convenção Americana e em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, a respeito da aplicação da pena de detenção por um período de dois anos ordenada contra Jesús Vélez mediante a Resolução nº 7.306[,] de 6 de dezembro de 2002”. Afirmou que “[a] a Resolução nº 7.306[,] apesar de ser formalmente um ato administrativo, estava obrigada a atender e oferecer, com efeito, as garantias processuais inerentes aos processos penais, na medida em que sua aplicação afetava o direito fundamental de liberdade. Não há evidência de que essa obrigação tenha sido cumprida adequadamente na etapa de tramitação do processo administrativo no qual se determinou a sanção aplicada. [Assim,] a aplicação da pena privativa de liberdade foi decidida sem ouvir a parte [...]. A omissão descrita igualmente resulta em uma violação das garantias contempladas no parágrafo 2 do artigo 8”. Portanto, o Estado “aceit[ou] responsabilidade pela violação do artigo 8.1 e 8.2, alíneas b), c), d) e f), em relação ao artigo 1.1 da Convenção [A]mericana, uma vez que não existiu uma comunicação formal escrita e detalhada ao acusado sobre a acusação formulada contra ele; não se concedeu ao senhor Vélez o tempo nem os meios adequados para a preparação de sua defesa; o senhor Vélez não foi assistido por um defensor, nem se permitiu seu direito à defesa durante a tramitação do processo administrativo que resultou na privação de sua liberdade”.

61. A Comissão avaliou o reconhecimento do Estado, mas observou que em “alguns aspectos a linguagem utilizada [...] reveste certa ambiguidade que dificulta uma determinação inequívoca do alcance do reconhecimento de responsabilidade”, motivo pelo qual pediu a este Tribunal que proceda a uma “descrição pormenorizada dos fatos e [das] [alegadas] violações de direitos humanos ocorridas, em atenção ao efeito reparador da [presente sentença] em favor da [suposta] vítima, assim como de sua contribuição para a não repetição de fatos similares”.

62. As representantes sustentaram que “o reconhecimento de responsabilidade apresentado pelo Estado panamenho é sumamente confuso e ambíguo”, já que se limita a indicar os artigos que considera violados, sem estabelecer claramente quais foram os fatos que geraram essas violações, ou faz referência a causas diferentes das alegadas pela Comissão e pelas representantes. Além disso, ressaltaram determinadas contradições nos argumentos estatais. Por conseguinte, informaram que a falta de clareza das manifestações estatais impede que se estabeleça o verdadeiro alcance do reconhecimento de responsabilidade, razão pela qual solicitaram à Corte que “examine a totalidade de fatos, pretensões e petições que são objeto desta controvérsia”.

63. De acordo com os artigos 56.2 e 58 do Regulamento,<sup>42</sup> e no exercício de seus poderes de tutela judicial internacional

42. A esse respeito, os artigos 56.2 e 58 do Regulamento da Corte estabelecem que:  
Artigo 56. Desistência do caso

[...]

2. Se o demandado comunicar à Corte seu acatamento às pretensões da parte demandante e às das supostas vítimas, ou seus representantes, a Corte, ouvido o parecer das partes no caso, resolverá sobre a procedência do acatamento e seus efeitos jurídicos. Nesse contexto, a Corte determinará, se for o caso, as reparações e as custas correspondentes.

Artigo 58. Prosseguimento do exame do caso

de direitos humanos, questão de ordem pública internacional que ultrapassa a vontade das partes, compete ao Tribunal zelar para que os atos de acatamento sejam aceitáveis para os fins que o sistema interamericano busca cumprir. Nessa tarefa não se limita unicamente a constatar, registrar ou tomar nota do reconhecimento do Estado, ou a verificar as condições formais dos mencionados atos, mas deve confrontá-los com a natureza e a gravidade das violações alegadas, as exigências e o interesse da justiça, as circunstâncias particulares do caso concreto e a atitude e posição das partes,<sup>43</sup> de maneira que possa precisar, tanto quanto seja possível e no exercício de sua competência, a verdade sobre o acontecido.

64. A Corte observa que o Estado não descreveu de maneira clara e específica os fatos da demanda que dão sustento ao seu reconhecimento parcial de responsabilidade. Não obstante isso, verifica-se que se opôs explicitamente a determinados fatos mencionados na demanda.<sup>44</sup> Portanto, ao ter acatado as alegadas violações dos artigos 7.1, 7.3, 7.4, 7.5, 5.1, 5.2, 8.1, e 8.2 b), c), d) e f) da Convenção Americana, em relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 do mesmo instrumento, este Tribunal entende que o Panamá também reconheceu os fatos que, segundo a demanda — marco fático deste processo—, configuram essas violações, com exceção dos mencionados anteriormente.
65. Consequentemente, o Tribunal decide aceitar o reconhecimento formulado pelo Estado e qualificá-lo como uma admissão parcial de fatos e um acatamento parcial das pretensões de direito constantes da demanda da Comissão Interamericana.
66. A respeito do artigo 25 da Convenção, a Corte entende que não se depreende do acatamento do Estado o alcance preciso de seu reconhecimento,<sup>45</sup> posto que o próprio Estado manifestou que subsiste a controvérsia a respeito do direito de recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sem demora sobre a legalidade da detenção (artigo 7.6); do direito de recorrer da sentença perante o juiz ou tribunal superior (artigo 8.2.h); e do direito à proteção judicial (artigo 25), todos da Convenção Americana.
67. Finalmente, o Tribunal observa que se mantém a controvérsia entre as partes quanto às alegadas violações:
- dos artigos 7.2 e 7.5 da Convenção Americana, com respeito à detenção inicial, por não ter posto o senhor Vélez Loor à disposição de algum juiz ou autoridade legalmente autorizada a exercer funções judiciais e por não ter sido notificado por escrito sobre as condições para sair do país;
  - do artigo 7.3 da Convenção Americana, com respeito à ordem de detenção 1.430, de 12 de novembro de 2002;
  - do artigo 7.3 da Convenção Americana, com respeito à sanção ordenada por meio da Resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002;
  - do artigo 7.4 da Convenção Americana, quanto à notificação ao senhor Vélez Loor sobre o direito à assistência consular;
  - dos artigos 7.6 e 25 da Convenção Americana, a respeito do direito de recorrer a um juiz que analisasse a legalidade da detenção do senhor Vélez Loor;
  - dos artigos 8.2.h e 25 da Convenção Americana, quanto ao direito de recorrer da decisão;
  - do artigo 8.2.e da Convenção Americana, em relação à assistência jurídica, assim como à informação e acesso à assistência do Consulado do Equador;
  - do artigo 25 da Convenção Americana, quanto ao direito à proteção judicial;
  - do artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, quanto às condições de privação de liberdade relacionadas

---

A Corte, levando em conta as responsabilidades que lhe cabem em matéria de proteção dos direitos humanos, poderá decidir pelo prosseguimento do exame do caso, mesmo em presença das situações indicadas nos artigos precedentes.

43. Cf. *Caso Kimel Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C Nº 177, par. 24; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 28 *supra*, par. 34; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 22.

44. O Estado se opôs “à afirmação feita na demanda da Comissão Interamericana que afirma que o senhor Vélez Loor não teve acesso a um advogado oferecido pelo Estado, e que tampouco lhe foi oferecida a oportunidade de colocar-se em contato com o [C]onsulado equatoriano” e “ao fato afirmado a respeito da ausência de atenção médica especializada de que o Senhor Vélez necessitava em virtude da aparente fratura craniana que apresentava por tal lesão”. Sustentou que “[n]ão é verdadeiro que nenhum pedido de deportação tenha sido apresentado ao [Departamento Nacional de Migração] pela Defensoria do Povo a favor do senhor Vélez Loor”; não “é exata a afirmação de que o [C]onsulado do Equador apenas soube da exigência de pagamento de custos de passagens para conseguir a comutação da pena aplicada a Vélez Loor” no mês de fevereiro, e que “nega o fato mencionado a respeito da ausência de uma investigação sobre os fatos de tortura denunciados pelo petionário”.

45. A esse respeito, em sua contestação da demanda, o Estado especificou que apesar de “ter aceito a responsabilidade parcial pelo descumprimento de seu dever de conceder garantias judiciais em relação à sanção imposta ao senhor Vélez Loor, não aceitou sua responsabilidade sobre a violação da obrigação de oferecer recursos efetivos perante juízes e tribunais (controle jurisdicional) que o amparem diante dos atos que, contrariando a ordem jurídica interna, violaram o direito do petionário”.

com a alegada falta de atenção médica durante a detenção do senhor Vélez Loor no Panamá e ao fornecimento de água potável no Centro Penitenciário La Joyita;

- da obrigação de garantir o artigo 5 da Convenção Americana, bem como dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura, por não ter realizado uma investigação séria e diligente sobre as denúncias de tortura efetuadas pelo senhor Vélez Loor;
- do artigo 2 da Convenção Americana, por não ter harmonizado sua lei interna com os artigos 7, 8 e 25 da Convenção na aplicação do Decreto-Lei 16, de 30 de junho de 1960;
- dos artigos 24, 1.1 e 2 da Convenção Americana, quanto à violação do princípio de igualdade e não discriminação, e
- dos artigos 2 da Convenção Americana e 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura, pela alegada falta de tipificação adequada do delito de tortura.

68. A respeito das pretensões sobre reparações, o Estado reconheceu a determinação da suposta vítima, aceitou seu dever de reparar as violações reconhecidas pela violação dos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 5, 7, 8 e 25 da Convenção, e salientou algumas medidas que adotou ou que pretende adotar, as quais serão analisadas no capítulo oportuno. Não obstante isso, opôs-se a que se ordene ao Estado panamenho realizar uma investigação séria e diligente sobre as denúncias de tortura supostamente cometidas sob sua jurisdição em prejuízo do senhor Vélez Loor; garantir que a legislação interna em matéria migratória e sua aplicação sejam compatíveis com as garantias mínimas estabelecidas nos artigos 7 e 8 da Convenção Americana; adotar medidas destinadas a assegurar que os centros de detenção panamenhos respeitem os padrões mínimos compatíveis com um tratamento humano e que permitam às pessoas privadas de liberdade ter uma vida digna; adotar medidas para que as autoridades panamenhas conheçam sua obrigação de iniciar investigações de ofício sempre que exista denúncia ou razão fundada para crer que foi cometido um ato de tortura sob sua jurisdição, e a ela deem cumprimento; e pagar a totalidade das custas e gastos legais incorridos na tramitação do presente caso perante a Comissão e a Corte Interamericanas. Por sua vez, a Comissão e as representantes questionaram alguns alcances dos resultados invocados pelo Estado, razão pela qual subsiste a controvérsia em relação às outras formas de reparação por elas solicitadas. Consequentemente, o Tribunal resolverá sobre a matéria.
69. No presente caso, o Tribunal considera que a admissão parcial de fatos e o acatamento de algumas pretensões de direito e de reparações por parte do Estado constituem uma contribuição positiva para o desenvolvimento deste processo e para a vigência dos princípios que inspiram a Convenção,<sup>46</sup> e em parte para o atendimento das necessidades de reparação das vítimas de violações de direitos humanos.
70. Sem prejuízo disso, a Corte considera que é necessário determinar os fatos e todos os elementos subsistentes do mérito e eventuais reparações, bem como as respectivas consequências, para fins da jurisdição interamericana sobre direitos humanos.<sup>47</sup>

## VII Prova

71. Com base no estabelecido nos artigos 46, 47 e 49 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência relativa à prova e sua apreciação,<sup>48</sup> a Corte procederá a examinar os elementos probatórios remetidos pelas partes em diversas oportunidades processuais, as declarações prestadas mediante *affidavit* e as recebidas em audiência pública, assim como as provas para melhor resolver solicitadas pelo Tribunal. Para isso, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, no âmbito normativo correspondente.<sup>49</sup>

46. Cf. *Caso do Caracazo Vs. Venezuela. Mérito*. Sentença de 11 de novembro de 1999. Série C Nº 58, par. 43; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 37; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 25.

47. Cf. *Caso do "Massacre de Mapiripán"*, nota 29 *supra*, par. 69; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 18; e *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C Nº 190, par. 22.

48. Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C Nº 79, par. 86; *Caso "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C Nº 76, par. 50; e *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 15. Ver também *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, nota 27 *supra*, pars. 183 e 184; *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154, pars. 67, 68 e 69; e *Caso Servellón García e outros Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C Nº 152, par. 34.

49. Cf. *Caso "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros)*, nota 27 *supra*, par. 76; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 39; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 27.

### 1. Prova documental, testemunhal e pericial

72. Foram recebidas as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pelas seguintes testemunhas e peritos:<sup>50</sup>

- 1) *Leoncio Raúl Ochoa Tapia*, testemunha proposta pelas representantes, declarou sobre os fatos que são de seu conhecimento a respeito da alegada detenção do senhor Jesús Vélez Loor; o tratamento que a suposta vítima teria recebido por parte das autoridades panamenhas durante sua alegada detenção na Prisão de La Palma, e as condições de detenção às que o senhor Vélez Loor teria estado submetido na Prisão de La Palma.
- 2) *Sharam Irasema Díaz Rodríguez*, testemunha proposta pelas representantes, prestou declaração sobre as condições carcerárias na República do Panamá, e em particular, na Prisão de La Palma e no Complexo Penitenciário de La Joya-La Joyita, tanto na época dos fatos como no presente; sobre as causas identificadas pela Defensoria do Povo do Panamá em relação às alegadas violações dos direitos humanos nas prisões panamenhas; e sobre as causas interpostas pela Defensoria do Povo do Panamá para abordar esses aspectos.
- 3) *Ricardo Julio Vargas Davis*, testemunha proposta pelo Estado, declarou sobre as atribuições legais da Defensoria do Povo do Estado do Panamá, suas funções e respectivo caráter constitucional e alcance, e os procedimentos e gestões da Defensoria do Povo do Panamá em relação aos fatos do presente caso.
- 4) *Luis Adolfo Corró Fernández*, testemunha proposta pelo Estado, declarou sobre o processo que levou à modificação do Decreto-Lei 16 de 1960, e sobre o procedimento de consulta e discussão da Lei 3 de 2008.
- 5) *Alfredo Castellero Hoyos*, testemunha proposta pelo Estado, prestou declaração sobre as políticas públicas do Estado do Panamá para a defesa dos direitos humanos, e os planos executados pelo Estado para a regularização da migração no Panamá.
- 6) *Carlos Benigno González Gómez*, testemunha proposta pelo Estado, declarou sobre os procedimentos de deportação e notificação consular no Panamá, e as alegadas gestões de notificação realizadas no caso do senhor Vélez Loor junto ao Consulado do Equador no Panamá.
- 7) *Roxana Méndez de Obarrio*, testemunha proposta pelo Estado, declarou sobre a reestruturação administrativa do antigo Ministério de Governo e Justiça em virtude da promulgação da Lei 19, de 3 de maio de 2010, e sua relação com as condições de detenção das pessoas privadas de liberdade nas instalações da Prisão de La Palma e La Joya-La Joyita.
- 8) *Andrés Gautier Hirsch*, psicólogo psicoterapeuta, perito proposto pelas representantes, apresentou um laudo pericial sobre os resultados psicológicos obtidos da perícia realizada na suposta vítima; as sequelas que o senhor Vélez Loor apresentaria na atualidade como consequência dos fatos matéria do presente caso, e as medidas necessárias para reparar as alegadas violações.
- 9) *Arturo Hoyos Phillips*, ex-presidente da Corte Suprema de Justiça da República do Panamá (1994-2000), perito proposto pelo Estado, apresentou um laudo pericial sobre a jurisprudência e antecedentes da justiça panamenha em matéria de proteção dos direitos humanos, e os meios de defesa vigentes à época dos fatos no Panamá relacionados com os fatos do caso.

73. Além disso, a Corte ouviu em audiência pública as declarações das seguintes pessoas:

- 1) *Jesús Tranquilino Vélez Loor*, suposta vítima proposta pela Comissão e pelas representantes, prestou declaração sobre os fatos relacionados com sua alegada detenção no Estado do Panamá; as condições de detenção a que teria sido submetido na Prisão de La Palma e no Centro Penitenciário La Joya-La Joyita; os alegados danos a sua integridade pessoal ou a outros direitos durante sua detenção no Panamá; as gestões que teria realizado para conseguir sua repatriação e para impulsionar a investigação dos atos alegados, entre eles, os maus-tratos e atos de tortura; e a forma pela qual o Estado deveria reparar as violações alegadas.
- 2) *María Cristina González Batista*, testemunha proposta pelo Estado, declarou sobre a aplicação da lei migratória no Panamá vigente na época dos fatos; a legislação migratória vigente atualmente no Panamá; e as modificações que em matéria de proteção aos direitos humanos contempla atualmente a norma.

50. Mediante resolução de 10 de agosto de 2010, o Presidente dispôs que o perito Arturo Hoyos Phillips apresentasse seu laudo pericial perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) (par. 8 *supra*, ponto resolutivo segundo).

- 3) *Gabriela Elena Rodríguez Pizarro*, ex-Relatora Especial das Nações Unidas para os Direitos dos Migrantes e atual Chefe de Missão da Organização Internacional para as Migrações, perita proposta pela Comissão, apresentou um laudo pericial sobre as garantias mínimas que, de acordo com os padrões internacionais de direitos humanos, devem reger todo processo penal ou de outra natureza que implique a determinação da condição migratória de uma pessoa ou que possa resultar em punição como consequência dessa condição.
- 4) *Marcelo Flores Torrico*, médico, perito proposto pelas representantes, apresentou um laudo pericial sobre os resultados médicos obtidos mediante a perícia realizada na suposta vítima; as sequelas que o senhor Vélez Loor apresentaria na atualidade como consequência dos fatos matéria do presente caso, e as medidas necessárias para reparar as alegadas violações.

## 2. Admissibilidade da prova documental

74. Neste caso, como em outros, o Tribunal admite o valor probatório dos documentos apresentados oportunamente pelas partes que não foram questionados nem objetados, e cuja autenticidade não foi posta em dúvida.<sup>51</sup>
75. O Estado objetou à utilização como prova “das investigações independentes, de relatórios da Defensoria do Povo[, com exceção daqueles que contêm informação estatística correspondente aos anos 2002-2003,] e de relatórios de organizações que monitoraram a situação nas prisões[, em particular os anexos 24,<sup>52</sup> 27<sup>53</sup> e 32<sup>54</sup> da demanda,] já que em sua totalidade foram elaborados cinco anos depois do fim da detenção do [s]enhor Vélez Loor em centros penitenciários panamenhos”, e a seu juízo carecem de valor probatório e apenas podem ser consideradas quanto a seu valor investigativo em um contexto geral. O Estado se referiu especificamente ao Relatório da Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard, denominado “—*Del Portón para Acá se Acaban los Derechos Humanos: Injusticia y Desigualdad en las Cárceles Panameñas*”, publicado em março de 2008; ao “*Informe alternativo sobre la situación de los Derechos Humanos en Panamá*” da rede de Direitos Humanos/Panamá, apresentado ao Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em março de 2008; à Perícia Médica Psicológica realizada em Jesús Tranquillino Vélez Loor no mês de julho de 2008, e às comunicações da Comissão Interamericana relacionadas com um pedido de medidas cautelares datadas de janeiro de 2008. Além disso, o Panamá não considerou pertinentes as referências a trâmites realizados pelo peticionário no Estado do Equador e perante autoridades desse país para sustentar acusações contra o Panamá. A esse respeito, a Corte toma nota das observações do Estado, e decide admitir esses documentos e oportunamente avaliá-los no que sejam pertinentes, levando em conta o conjunto do acervo probatório, as observações do Estado e as regras da crítica sã.
76. Quanto às notas de imprensa remetidas pela Comissão e pelas representantes, este Tribunal considerou que poderão ser apreciadas quando reúnam fatos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado, ou quando corroborem aspectos relacionados ao caso.<sup>55</sup> A Corte constatou que em alguns desses documentos não pôde identificar a data de publicação. Não obstante isso, nenhuma das partes contestou tais documentos por esse fato nem questionou sua autenticidade. Consequentemente, o Tribunal decide admitir os documentos que se encontrem completos ou que ao menos permitam constatar a fonte e data de publicação, e os avaliará levando em conta o conjunto do acervo probatório, as observações das partes e as regras da crítica sã.
77. Além disso, o Tribunal agrega outros documentos ao acervo probatório, em aplicação do artigo 47.1 do Regulamento, por considerá-los úteis para a resolução do presente caso.<sup>56</sup>

51. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 140; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 42; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 31.

52. Identificado como “Perícia Médica Psicológica de possível tortura e/ou maus-tratos emitida em julho de 2008 pelos doutores Marcelo Flores Torrico (Perito Médico) e Andrés Gautier (Perito Psicólogo)”.

53. Identificado como “Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard, ‘*Del Portón para Acá se Acaban los Derechos Humanos: Injusticia y Desigualdad en las Cárceles Panameñas*’, março de 2008”.

54. Identificado como “Carta de 11 de janeiro de 2008 da CIDH ao Estado panamenho no âmbito de um pedido de medidas cautelares relacionado com as condições de detenção em La Joya-Joyita”.

55. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 51 *supra*, par. 146; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 43; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 35.

56. CIDH, Segundo Relatório de Progresso da Relatoria sobre Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias no Hemisfério, OEA/Ser./L/V/II.1111doc. 20 rev; 16 de abril de 2001 (<http://www.cidh.oas.org/Migrantes/migrantes.00sp.htm#DETENCI%C3%93N>); Código Penal, vigente a partir do mês de junho de 2009, Adotado pela Lei 14 de 2007, com as modificações e acréscimos introduzidos pela Lei 26, de 2008, promulgada em 9 de junho de 2008 (<http://www.assembleia.gob.pa/busca/legislacion.html>); Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, *Background Document, “Refugee Protection and International Migration in the Americas: Trends, Protection Challenges and Responses”*, 2009 (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c59329b2.html>), e Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, Segundo Relatório Geral, 1992 (<http://www.cpt.coe.intlen/annual/rep-02.htm>).

78. Além disso, juntamente com suas alegações sobre as exceções preliminares, a Comissão anexou um disco compacto com a gravação da audiência realizada perante esse órgão em 13 de março de 2006. Além disso, o Estado remeteu, com sua lista definitiva de declarantes, cópia da Lei 19, de 3 de maio de 2010, sobre o Regime de Organização do Ministério de Governo. No transcurso da audiência pública, o perito Flores Torrico apresentou seu relatório pericial e entregou cópias de sua perícia, as quais foram distribuídas às partes. Por considerá-los úteis para a resolução do presente caso, de acordo com os artigos 46.2, 46.3 e 47 do Regulamento, o Tribunal decide incorporar essas provas ao acervo probatório do presente caso.
79. Finalmente, as representantes e o Estado remeteram diversos documentos como prova, os quais haviam sido solicitados pelo Tribunal com fundamento no disposto no artigo 47.2 do Regulamento da Corte,<sup>57</sup> razão pela qual também os incorpora, e serão apreciados na medida em que sejam pertinentes, e levando em conta o conjunto do acervo probatório, as observações das partes e as regras da crítica são.
80. Quanto aos documentos remetidos pelas representantes sobre custas e gastos, o Tribunal apenas considerará aqueles apresentados com as alegações finais escritas que se refiram às novas custas e gastos em que tenham incorrido por ocasião do procedimento perante esta Corte, ou seja, aqueles realizados posteriormente ao escrito de petições e argumentos.

### 3. Admissibilidade das declarações da suposta vítima, e da prova testemunhal e pericial

81. A Corte apreciará os testemunhos prestados e os pareceres apresentados pelas testemunhas e peritos em audiência pública e mediante declarações juramentadas, quanto se ajustem ao objeto definido pelo Presidente na Resolução que ordenou recebê-los e ao objeto do presente caso, levando em conta as observações das partes.
82. Quanto à declaração da suposta vítima, é útil na medida em que pode proporcionar mais informação sobre as violações e suas consequências.<sup>58</sup> Não obstante isso, por ter um interesse direto no presente caso será apreciada dentro do conjunto das provas do processo.<sup>59</sup>
83. A Corte observa que as representantes e o Estado apresentaram suas observações sobre os *affidavit* em 24 de agosto de 2010. Por sua vez, nessa mesma data a Comissão declarou que não tinha observações a apresentar sobre as declarações juramentadas remetidas.
84. Quanto à declaração testemunhal da senhora Sharam Irasema Diaz, o Estado afirmou que, “além de se referir a fatos que são de seu conhecimento por avaliação própria, e sobre os quais detém informação em função de suas responsabilidades, a declaração apresentada contém uma série de opiniões e considerações que, mais que a uma declaração testemunhal, caberiam numa declaração pericial, já que correspondem a opiniões decorrentes do especial saber ou experiência da declarante”.
85. Por sua vez, as representantes afirmaram que “no momento de apreciar as declarações das testemunhas Carlos Benigno González Gómez, Alfredo Castillero Hoyos e Roxana Méndez[, a Corte] deve levar em conta que são funcionários públicos”. Ademais, salientaram que a declaração da testemunha Luis Adolfo Corró Fernández “não possui nenhuma relação com os fatos estabelecidos na demanda e [...] tampouco apresenta elementos relevantes para a determinação ou alcance das medidas de reparação que eventualmente ordenará a [...] Corte, em virtude de versar sobre diversas iniciativas de reforma da legislação migratória que, em sua maioria, nunca foram aprovadas e, portanto, não chegaram a ser parte do ordenamento jurídico panamenho”. Quanto à declaração da testemunha Alfredo Castillero Hoyos, observaram que “a imensa maioria dos assuntos expostos pela testemunha não possuem vinculação alguma com os fatos do caso, com as violações cometidas, nem

57. Especificamente, foi pedido que citassem e, quando cabível, remetessem documentação de prova sobre:

a) o alegado “contexto generalizado de discriminação e criminalização da migração com o propósito de procurar a diminuição dos fluxos migratórios no Panamá, especialmente dos irregulares”;

b) os lugares onde eram colocados no ano 2002, em todo o país, os migrantes detidos em virtude do Decreto-Lei 16, de 1960, e os lugares onde se colocam, na atualidade, as pessoas detidas por questões migratórias;

c) a eficácia real dos recursos existentes na época dos fatos em relação às condições concretas da detenção do senhor Vélez Loor;

d) as possibilidades de disponibilidade real de um telefone, ou outro meio de comunicação gratuito, e da informação sobre os consulados existentes na República do Panamá no momento dos fatos, tanto na Prisão Pública de La Palma como no Complexo Penitenciário de La Joya-Joyita.

e) a decisão emitida pela Corte Suprema de Justiça do Panamá em 26 de dezembro de 2002 na qual dispôs a legalidade de albergar estrangeiros sancionados em aplicação do artigo 67 do Decreto Lei 16 de 1960 em centros do sistema penitenciário nacional distintos da Ilha Penal de Coiba.

58. Cf. *Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros)*, nota 48 *supra*, par. 70; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 47, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 52.

59. Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C Nº 33, par. 43; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 47, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 52.

com aspectos que poderiam ter ilustrado o Tribunal sobre o alcance das reparações que deveria ordenar”. Além disso, ressaltaram que a testemunha Carlos Benigno González Gómez teceu considerações que excederam o objeto determinado, “ao referir-se não apenas ao processo de deportação do senhor Vélez Loor, em janeiro de 2002, mas a gestões realizadas pelo Consulado do Equador no Panamá, quando devia limitar-se unicamente às supostas gestões de notificação realizadas”. Finalmente, em relação à declaração da testemunha Roxana Méndez de Obarrio, afirmaram que “não tinha relação com as condições de detenção nos centros nos quais esteve privado de liberdade o senhor Vélez Loor”.

86. A esse respeito, a Corte toma nota das objeções e observações apresentadas pelo Estado e pelas representantes, mas considera que se referem a questões de valor probatório e não de admissibilidade da prova.<sup>60</sup> Consequentemente, a Corte admite as declarações mencionadas, sem prejuízo de que seu valor probatório seja considerado unicamente a respeito daquilo que efetivamente se ajuste ao objeto delimitado oportunamente pelo Presidente da Corte (par. 8 *supra*), levando em conta o conjunto do acervo probatório, as observações das partes e as regras da crítica sã.
87. Com relação ao parecer do perito Gautier Hirsch, o Estado afirmou que a prova pericial oferecida é improcedente e como tal não deve ser admitida, uma vez que “[a] demanda interposta contra o Estado não inclu[ía] uma acusação pela prática de atos de tortura contra o senhor Vélez Loor”. Além disso, salientou que esse relatório pericial “constitu[ía] uma ampliação da prova originalmente apresentada pela Comissão Interamericana, prova que foi oportunamente contestada pelo Estado, na medida em que não existe correlação que permita determinar de maneira inequívoca que as patologias e sequelas físicas que Jesús Vélez apresentaria[,] efetivamente correspond[iam] a situações ocorridas no Panamá e que poderiam ser consideradas responsabilidade de agentes do Estado panamenho”. Finalmente, o Estado afirmou que “[o] perito, em seu relatório, faz referência a fatos sobre os quais não tem informação, e que não decorrem de seu especial conhecimento, como é o caso da descrição das condições de vida do senhor Vélez, que a justiça nacional não lhe deu resultados positivos, etc. [F]atos que, em todo caso, apenas poderiam ser mencionados mediante uma declaração testemunhal, na medida em que correspondem a fatos conhecidos por percepção própria e não decorrem de um especial conhecimento ou experiência”.
88. A respeito do parecer do perito oferecido pelo Estado, Hoyos Phillips, as representantes salientaram que o conteúdo da perícia excedia o objeto determinado pelo Presidente da Corte, no entendimento de que o perito abordou em “reiteradas ocasiões os fatos do caso e inclusive se refe[riu] especificamente às resoluções através das quais a [suposta] vítima foi punida e encer[rou] sua perícia com conclusões específicas sobre os recursos que, a seu juízo, a [suposta] vítima teve a seu alcance”. Além disso, afirmaram que o parecer “torn[ava] evidente que o perito não conhecia todos os fatos do caso, apesar de insist[ir] em fazer referência a eles sem explicação alguma sobre como teve conhecimento a respeito do que afirma[va]”. Finalmente, observaram que o parecer “é muito superficial e não proporciona à Corte informação relevante para que [...] possa avaliar a idoneidade e a efetividade dos recursos a que faz referência”.
89. O Tribunal considera pertinente ressaltar que, diferentemente das testemunhas, que devem evitar emitir opiniões pessoais, os peritos proporcionam opiniões técnicas ou pessoais na medida em que se relacionem com seu especial saber ou experiência. Ademais, os peritos podem se referir tanto a pontos específicos da *litis* como a qualquer outro ponto relevante do litígio, desde que se circunscrevam ao objeto para o qual foram convocados<sup>61</sup> e suas conclusões estejam suficientemente fundamentadas. A Corte observa que o Estado impugnou a declaração do perito Gautier Hirsch, oferecido pelas representantes, em razão de que em sua declaração foram apresentados fatos que não se encontravam na base fática da demanda, e salientou que esse relatório constituía uma ampliação da prova apresentada pela Comissão, e que o perito se referiu a fatos sobre os quais não tinha informação e que não decorriam de seu especial conhecimento. Por sua vez, as representantes declararam que o conteúdo da perícia do senhor Hoyos Phillips excedia o objeto determinado pelo Presidente da Corte. Na seção respectiva da Sentença, este Tribunal apreciará o conteúdo dos pareceres dos peritos, na medida em que se ajustem ao objeto definido oportunamente pelo Presidente do Tribunal (par. 8 *supra*), de acordo com o objeto do litígio, levando em conta o conjunto do acervo probatório, as observações das partes e as regras da crítica sã.

60. Cf. *Caso Reverón Trujillo*, nota 17 *supra*, par. 43; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 57, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C Nº 202, par. 28.

61. Cf. *Caso Reverón Trujillo*, nota 17 *supra*, par. 42; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 68; e *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 27 *supra*, par. 61.

## VIII Mérito

90. Tendo resolvido as exceções preliminares (Capítulo III *supra*) e as duas questões propostas pelo Estado como assuntos prévios (Capítulo IV *supra*), assim como observado os termos do reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado, o Tribunal passa a considerar e resolver o mérito da controvérsia.

### VIII-1

#### **Direitos à Liberdade Pessoal, às Garantias Judiciais, ao Princípio de Legalidade e Proteção Judicial, em relação às Obrigações de Respeitar e Garantir os Direitos e ao Dever de Adotar Disposições de Direito Interno**

91. Uma vez estabelecido o alcance do reconhecimento parcial de responsabilidade por parte do Estado (Capítulo VI *supra*), o Tribunal passa a avaliar os aspectos sobre os quais subsiste a controvérsia com respeito aos artigos 7,<sup>62</sup> 8<sup>63</sup> e 25<sup>64</sup> da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1<sup>65</sup> e 2<sup>66</sup> do mesmo instrumento, de acordo com os fatos do presente caso, as provas apresentadas e as alegações das partes.

92. É fato não controvertido que o senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidade equatoriana, foi detido no Posto Policial de Tupiza, na Província de Darién, República do Panamá, em 11 de novembro de 2002, por “não portar a documentação necessária para permanecer n[aquele] país”.<sup>67</sup> A zona na qual o senhor Vélez Loor foi detido é uma área de fronteira e de selva. A falta de autoridades de migração na zona faz com que os controles

62. O artigo 7 da Convenção Americana dispõe que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. 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.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa..

63. O artigo 8 da Convenção estipula, em sua parte pertinente:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
  - [...]
  - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
  - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
  - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
  - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
  - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
  - [...]
  - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

64. O artigo 25.1 da Convenção prevê:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

65. O artigo 1.1 estabelece que:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

66. O artigo 2 da Convenção dispõe que:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

67. Ofício nº ZPD/SDIIP 192-02, emitido pela Subdireção de Informação e Investigação Policial da Zona de Polícia de Darién, do Ministério de Governo e Justiça do Panamá, em 12 de novembro de 2002 (expediente de prova, tomo VI, anexo 2 da contestação da demanda, folha 2482).

migratórios estejam a cargo da Polícia Nacional.<sup>68</sup> Naquele dia, o encarregado do Posto da Nueva Esperanza elaborou um relatório de novidades, dirigido ao Diretor da Zona Policial de Darién,<sup>69</sup> comunicando “a captura de dois estrangeiros” às 2:13 horas daquele dia, entre eles o senhor Vélez Loor.

93. O senhor Vélez Loor foi, segundo consta no ofício nº ZPD/SDIIP 192-02, “enviado” ao Departamento de Migração e Naturalização de Darién em 12 de novembro de 2002.<sup>70</sup> No povoado de Metetí foi preenchido um formulário de migração, denominado “filiação”, com informação do senhor Vélez Loor<sup>71</sup> e, posteriormente, a Diretora Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça (doravante denominada “Diretora Nacional de Migração”) emitiu a ordem de detenção 1.430,<sup>72</sup> e o senhor Vélez Loor foi transferido para a Prisão Pública de La Palma, segundo consta, já que “o Departamento Nacional de Migração não d[ispunha] de celas especiais para alojar os indocumentados”.<sup>73</sup>
94. Mediante a resolução 7.306, em 6 de dezembro de 2002, a Diretora Nacional de Migração, depois de constatar que o senhor Vélez Loor havia sido deportado previamente da República do Panamá por meio da resolução 6.425, de 18 de setembro de 1996, por encontrar-se “ilegal” no território nacional,<sup>74</sup> resolveu aplicar-lhe “a pena de dois anos de prisão em um dos Centros Penitenciários do País” por ter “feito caso omissos das advertências [...] sobre a proibição de entrada que exist[ia] contra ele” e, conseqüentemente, ter infringido as disposições do Decreto-Lei Número 16 sobre Migração, de 30 de junho de 1960 (doravante denominado “Decreto-Lei 16, de 1960” ou “Decreto-Lei 16”).<sup>75</sup> A referida resolução não foi notificada ao senhor Vélez Loor (par. 60 *supra* e par. 175 *infra*). Posteriormente, o senhor Vélez Loor foi transferido para o Centro Penitenciário de La Joyita.<sup>76</sup>
95. Em 8 de setembro de 2003, a Diretora Nacional de Migração, mediante a resolução 8.230, resolveu tornar sem efeito a pena imposta ao senhor Vélez Loor, já que apresentou uma passagem para abandonar o país,<sup>77</sup> e no dia seguinte foi transferido do Centro Penitenciário La Joyita para as instalações do Departamento Nacional

68. O Estado sustentou que “Tupiza, povoado da Província de Darién, onde ocorreu a detenção do senhor Vélez, não conta com posto migratório, [de modo que] os controles migratórios são realizados pela Polícia Nacional”. Ver também Wing, Fernando. “*Los Refugiados y la Legislación sobre el Derecho al Asilo en la República de Panamá*”, publicado em *Asilo y Refugio en las Fronteras de Colombia*, PCS, Bogotá, 2003 (expediente de prova, tomo IV, anexo 17 do escrito de petições, argumentos e provas, folhas 1621 a 1622).

69. Cf. Relatório de novidade emitido pela Polícia Nacional localizada na Zona Policial de Darién, Panamá em 11 de novembro de 2002 (expediente de prova, tomo III, anexo 8 da demanda, folha 1211); Nota nº AL-0874-04, emitida pela Direção de Assessoria Jurídica da Polícia Nacional do Ministério de Governo e Justiça do Panamá em 30 de março de 2004 (expediente de prova, tomo III, anexo 6 da demanda, folha 1206); Nota nº 208-DGSP.DAL emitida pela Subdiretora-Geral do Sistema Penitenciário do Ministério de Governo e Justiça, dirigida à Diretora-Geral de Assuntos Jurídicos e Tratados do Ministério de Relações Exteriores em 22 de fevereiro de 2006 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 25 à contestação da demanda, folhas 3192 a 3194); Relatório do Diretor Geral da Polícia Nacional do Panamá dirigido à Diretora-Geral de Assuntos Jurídicos e Tratados em 24 de fevereiro de 2006 (expediente de prova, tomo IV, anexo 5 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 1572); Nota nº 268-DGSP.DAL emitida pelo Departamento Geral do Sistema Penitenciário do Panamá dirigida à Diretora-Geral de Assuntos Jurídicos e Tratados em 12 de abril de 2007 (expediente de prova, tomo IV, anexo 13 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 1605).

70. Cf. Ofício nº ZPD/SDIIP 192-02, nota 67 *supra*; Nota nº DNMYN-AL-32-04 emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça do Panamá em 17 de fevereiro de 2004 (expediente de prova, tomo III, anexo 5 da demanda, folha 1203); Relatório do Diretor-Geral da Polícia Nacional do Panamá, nota 69 *supra*, e ordem de detenção nº 1.430-DNMYN-SI emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça em 12 de novembro de 2002 (expediente de prova, tomo VI, anexo 2 da contestação da demanda, folhas 2480 a 2481).

71. Cf. Filiação do senhor Vélez Loor no Registro de Imigrantes do Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça de 12 de novembro de 2002 (expediente de prova, tomo VI, anexo 2 da contestação da demanda, folha 2456).

72. Cf. Ordem de detenção nº 1.430-DNMYN-SI, nota 70 *supra*.

73. Nota nº 208-DGSP.DAL, nota 69 *supra*, e Nota nº 268-DGSP.DAL, nota 69 *supra*. Ver também, Wing, Fernando. “*Los Refugiados y la Legislación sobre el Derecho al Asilo en la República de Panamá*”, nota 68 *supra*, folha 1619.

74. Apesar de o senhor Vélez Loor ter sido deportado do Panamá também em janeiro de 2002, não se infere da resolução que essa circunstância tenha sido considerada para fins de imposição da pena. Cf. Resolução nº 6.425 emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça do Panamá em 18 de setembro de 1996 (expediente de prova, tomo III, anexo 3 da demanda, folha 1197); e Resolução nº 0185 emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça do Panamá em 9 de janeiro de 2002 (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folha 2396).

75. Cf. Resolução nº 7.306 emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça do Panamá em 6 de dezembro de 2002 (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folhas 2394 a 2395); Relatório do Diretor-Geral da Polícia Nacional do Panamá, nota 69 *supra*, folha 1573, e Nota nº 268-DGSP.DAL, nota 69 *supra*.

76. Cf. Comunicação nº DNMYN-SI-1265-02 emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça, dirigida ao Diretor da Zona de Polícia de Darién da Polícia Nacional em 12 de dezembro de 2002 (expediente de prova, tomo VI, anexo 2 da contestação da demanda, folha 2483); Comunicação nº DNMYN-SI-1264-02 emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça dirigida ao Supervisor de Migração em Metetí, Província de Darién em 12 de dezembro de 2002 (expediente de prova, tomo VI, anexo 2 da contestação da demanda, folha 2484); Comunicação nº DNMYN-SI-1266-02 emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça, dirigida ao Diretor do Centro Penitenciário La Joya em 12 de dezembro de 2002 (expediente de prova, tomo VI, anexo 2 da contestação da demanda, folha 2485), e Ofício nº 2778 T emitido pela Diretora-Geral do Sistema Penitenciário, dirigido ao Departamento Nacional de Migração e Naturalização em 11 de dezembro de 2002 (expediente de prova, tomo VI, anexo 2 da contestação da demanda, folha 2486).

77. Cf. Resolução nº 8.230 emitida pelo Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça em 8 de setembro de 2003 (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folhas 2398 a 2399) e Nota nº 268-DGSP.DAL, nota 69 *supra*.

de Migração na Cidade do Panamá.<sup>78</sup> Em 10 de setembro de 2003, o senhor Vélez Loor foi deportado para a República do Equador.<sup>79</sup>

96. A norma que deu fundamento à privação da liberdade do senhor Vélez Loor foi o Decreto-Lei 16, de 30 de julho de 1960, sobre Migração,<sup>80</sup> o qual foi revogado por meio do artigo 141 do Decreto-Lei nº 3, de 22 de fevereiro de 2008,<sup>81</sup> isto é, posteriormente aos fatos que motivaram o presente caso, foram introduzidas reformas no marco normativo panamenho em matéria migratória. No entanto, cabe ao Tribunal pronunciar-se sobre a lei migratória que estava vigente no Panamá na data em que sucederam os fatos do presente caso, e que foi aplicada ao senhor Vélez Loor em relação às obrigações do Panamá em virtude da Convenção Americana.
97. Este Tribunal já declarou que, no exercício de sua faculdade de definir políticas migratórias,<sup>82</sup> os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingresso em seu território e de saída dele, com respeito a pessoas que não sejam seus nacionais, desde que essas políticas sejam compatíveis com as normas de proteção dos direitos humanos estabelecidas na Convenção Americana.<sup>83</sup> Com efeito, embora os Estados possuam um espaço de discricionariedade ao determinar suas políticas migratórias, os objetivos a que visam devem respeitar os direitos humanos das pessoas migrantes.<sup>84</sup>
98. Nesse sentido, a Corte estabeleceu que das obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos decorrem deveres especiais, determináveis em função das necessidades especiais de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontra.<sup>85</sup> A esse respeito, os migrantes indocumentados ou em situação irregular foram identificados como um grupo em situação de vulnerabilidade,<sup>86</sup> pois “são os mais expostos às violações potenciais ou reais de seus direitos”<sup>87</sup> e experimentam, em consequência de sua situação, um nível elevado de desproteção de seus direitos e “diferenças no acesso [...] aos recursos públicos administrados pelo Estado [com relação aos nacionais ou residentes]”.<sup>88</sup> Evidentemente, essa condição de vulnerabilidade implica “uma dimensão ideológica e se apresenta num contexto histórico que é distinto para cada Estado, e é mantida por situações *de jure* (desigualdades entre nacionais e estrangeiros nas leis) e *de facto* (desigualdades estruturais)”.<sup>89</sup> Do mesmo modo, as discriminações culturais em relação aos

78. Cf. Ficha de saída do Centro Penitenciário da Joyita de Jesús Vélez Loor em 9 de setembro de 2003 (expediente de prova, tomo VI, anexo 3 da contestação da demanda, folha 2536), e Relatório do Diretor-Geral da Polícia Nacional, nota 69 *supra*, folha 1574.

79. Cf. Nota A.J. nº 551 emitida pelo Ministério de Relações Exteriores do Panamá à Embaixadora do Panamá no Equador em 10 de março de 2004 (expediente de prova, tomo IV, anexo 3 do escrito de petições, argumentos e provas, folhas 1567 a 1568); Salvo-conduto nº 59/03 emitido pelo Consulado Geral do Equador no Panamá em 10 de setembro de 2003 (expediente de prova, tomo III, anexo 21 da demanda, folha 1254); Nota nº DNMYN-AL-32-04, nota 70 *supra*; Nota nº 4-2-105/2009 emitida pela Embaixada do Equador no Panamá, dirigida ao Ministério de Relações Exteriores do Panamá em 15 de setembro de 2009 (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folha 2437).

80. Cf. Decreto-Lei nº 16, de 30 de junho de 1960, publicado na *Gaceta Oficial* em 5 de julho de 1960 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 54 da contestação da demanda, folhas 3619 a 3635) e Decreto-Lei nº 16 de 30 de junho de 1960 sobre Migração, texto integrado, com as respectivas modificações, sub-rogações, derrogações e acréscimos (expediente de prova, tomo III, anexo 1 da demanda, folhas 1145 a 1155).

81. Cf. Decreto-Lei nº 3, de 22 de fevereiro de 2008, que cria o Serviço Nacional de Migração, a Carreira Migratória e promulga outras disposições, publicado na *Gaceta Oficial Digital* em 26 de fevereiro de 2008 (expediente de prova, tomo VII, anexo 10 da contestação da demanda, folha 2895).

82. A política migratória de um Estado é constituída por todo ato, medida ou omissão institucional (leis, decretos, resoluções, diretrizes, atos administrativos, etc...) que versa sobre a entrada, saída ou permanência de população nacional ou estrangeira dentro de seu território. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. Série A Nº 18, par. 163.

83. Cf. *Assunto Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana a respeito da República Dominicana. Medidas Provisórias*. Resolução da Corte Interamericana, de 18 de agosto de 2000, Considerando quarto.

84. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 168. Do mesmo modo, o Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes tem argumentado que “[a]inda que todos os Estados tenham o direito soberano de proteger suas fronteiras e regulamentar suas políticas de migração, ao promulgar e aplicar a legislação nacional em matéria de imigração, também devem assegurar o respeito dos direitos humanos dos migrantes”. Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, “Promoção e proteção de todos os direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento”, Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/7/12, 25 de fevereiro de 2008, par. 14 (expediente de prova, tomo V, anexo 24 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 2017).

85. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C Nº 140, par. 111; *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, nota 20 *supra*, par. 243; e *Caso Anzualdo Castro*, nota 60 *supra*, par. 37.

86. Do mesmo modo, a Assembleia Geral das Nações Unidas ressaltou “a situação de vulnerabilidade em que costumam se encontrar os migrantes, em virtude de, entre outros aspectos, não viverem em seus Estados de origem e das dificuldades que enfrentam por causa de diferenças de idioma, costumes e culturas, bem como as dificuldades econômicas e sociais e os obstáculos para regressar a seus Estados de origem a que devem fazer frente os migrantes sem documentação ou em situação irregular”. Nações Unidas, Assembleia Geral, Resolução sobre “Proteção dos Migrantes”, A/RES/54/166, 24 de fevereiro de 2000, Preâmbulo, par. quinto, citado em *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 114.

87. Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, “Grupos específicos e indivíduos: Trabalhadores migrantes. Direitos humanos dos migrantes”, Relatório apresentado pela Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de acordo com a Resolução 1999/44 da Comissão de Direitos Humanos, E/CN.4/2000/82, 6 de janeiro de 2000, par. 28.

88. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 112.

89. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 112.

migrantes permitem a reprodução das condições de vulnerabilidade, dificultando a integração dos migrantes à sociedade.<sup>90</sup> Finalmente, cumpre salientar que as violações de direitos humanos cometidas contra os migrantes permanecem muitas vezes na impunidade devido, *inter alia*, à existência de fatores culturais que justificam esses fatos, à falta de acesso às estruturas de poder em uma sociedade determinada e a impedimentos normativos e fáticos que tornam ilusório o efetivo acesso à justiça.<sup>91</sup>

99. Em aplicação do princípio do efeito útil e das necessidades de proteção em casos de pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade,<sup>92</sup> este Tribunal interpretará e dará conteúdo aos direitos reconhecidos na Convenção, de acordo com a evolução do *corpus juris* internacional existente em relação aos direitos humanos dos migrantes, levando em conta que a comunidade internacional reconheceu a necessidade de adotar medidas especiais para garantir a proteção dos direitos humanos desse grupo.<sup>93</sup>
100. Isso não significa que não se possa iniciar nenhuma ação contra as pessoas migrantes que não cumpram o ordenamento jurídico estatal, mas que, ao adotar as medidas cabíveis, os Estados devem respeitar seus direitos humanos e garantir seu exercício e gozo a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição, sem discriminação alguma por sua estadia regular ou irregular, nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa.<sup>94</sup> A evolução dessa área do Direito Internacional desenvolveu certos limites à aplicação das políticas migratórias, que impõem um apego estrito às garantias do devido processo e ao respeito da dignidade humana,<sup>95</sup> qualquer que seja a condição jurídica do migrante.
101. Em razão do acima exposto, a Corte considera pertinente realizar uma análise diferenciada em relação aos atos e diversos momentos nos quais a liberdade pessoal do senhor Vélez Loor foi restringida, de acordo com as alegações apresentadas pelas partes, e sobre as quais o Estado não aceitou sua responsabilidade internacional. Nesse sentido, a Corte se referirá às seguintes questões: a) detenção inicial pela Polícia de Tupiza em 11 de novembro de 2002; b) ordem de detenção 1.430, de 12 de novembro de 2002; c) recursos efetivos para questionar a legalidade da detenção; d) procedimento perante o Departamento Nacional de Migração e Naturalização entre 12 de novembro e 6 de dezembro de 2002; e) direito à informação e acesso efetivo à assistência consular; f) privação de liberdade em aplicação do artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960; g) notificação da resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002, e recursos a respeito da decisão sancionatória, e h) ilegalidade do local de reclusão de estrangeiros punidos em aplicação do Decreto-Lei 16, de 1960.

**a) Detenção inicial pela Polícia de Tupiza em 11 de novembro de 2002**

102. As representantes alegaram que, em virtude de o senhor Vélez Loor nunca ter sido conduzido à presença da Diretora Nacional de Migração e nunca ter sido notificado por escrito sobre as condições para sair do país, a detenção não foi legal e, conseqüentemente, foi contrária ao artigo 7.2 da Convenção. Além disso, sustentaram que o senhor Vélez Loor nunca foi levado perante um juiz que pudesse exercer um controle sobre os termos e condições de sua detenção. Portanto, solicitaram à Corte que declarasse que o senhor

90. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 113.

91. Cf. Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, "Grupos específicos e indivíduos: Trabalhadores migrantes. Direitos humanos dos migrantes", Relatório apresentado pela Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de acordo com a Resolução 1999/44 da Comissão de Direitos Humanos, E/CN.4/2000/82, 6 de janeiro de 2000, par. 73, e *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 112.

92. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C Nº 146, par. 189; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 90; e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 28 *supra*, par. 250.

93. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 117, citando Nações Unidas, Relatório da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, de 6 a 12 de março de 1995, A/CONF.166/9, de 19 de abril de 1995, Anexo II Programa de Ação, pars. 63, 77 e 78, disponível em: <http://www.inclusion-ia.org/espa%F101/Norm/copsanish.pdf>; Nações Unidas, Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, de 5 a 13 de setembro de 1994, A/CONF.171/13, de 18 de outubro de 1994, Programa de Ação, Capítulo X.A. 10. 2 a 10.20, disponível em: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>; e Nações Unidas, Assembleia Geral. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, Áustria, de 14 a 25 de junho de 1993, A/CONF. 157/23, de 12 de julho de 1993, Declaração e Programa de Ação, I.24 e II.33-35, disponível em: <http://www.cinu.org.mx/temas/dh/decvienapaccion.pdf>.

94. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 118.

95. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 119. Além disso, a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos indicou que "[...] não pretende questionar nem tampouco questiona o direito de um Estado de tomar medidas legais contra os imigrantes ilegais tais como deportá-los a seus países de origem, caso os tribunais competentes assim o decidam. No entanto, a Comissão considera que é inaceitável deportar indivíduos sem lhes conceder a possibilidade de argumentar sobre seu caso perante as cortes nacionais competentes, já que isso é contrário ao espírito e ao texto da Carta [Africana dos Direitos Humanos e dos Povos] e do Direito Internacional". *African Commission of Human and Peoples' Rights, Communication No: 159/96- Union Inter Africaine des Droits de l' Homme, Federation Internationale des Liges des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola*, decision of 11 November, 1997, para. 20.

Vélez Loor não foi apresentado perante um juiz competente posteriormente a sua detenção e que não se exerceu um efetivo controle judicial sobre a detenção praticada em violação do artigo 7.5 da Convenção.

103. Nesse sentido, a Comissão sustentou que “[a]inda que o senhor Vélez Loor houvesse sido posto à disposição do Departamento Nacional de Migração e Naturalização, a violação do artigo 7.5 da Convenção se manteria incólume, tendo em vista que essa autoridade não possui caráter judicial nem cumpre funções judiciais”, e que durante os dez meses em que o senhor Vélez Loor permaneceu detido sob custódia do Estado panamenho nunca foi colocado à disposição de algum juiz ou autoridade legalmente autorizada a exercer funções judiciais, razão pela qual a detenção administrativa ordenada em 12 de novembro de 2002 não contou com nenhum controle judicial.
104. O Estado questionou essas alegações argumentando que no dia seguinte à sua detenção, o senhor Vélez Loor foi fisicamente apresentado à autoridade migratória competente para a verificação de sua condição migratória, e para a aplicação das medidas legais correspondentes, e que nesse momento lhe foram expostas as causas de sua detenção, e foi ouvido pelo funcionário do Departamento Nacional de Migração encarregado dos escritórios dessa instituição em Metetí, que comprovou o descumprimento de requisitos legais para a entrada do senhor Vélez Loor no Panamá.
105. Anteriormente o Tribunal ressaltou, em relação ao artigo 7.5 da Convenção, que cabe ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o acusado de maneira consequente com a presunção de inocência,<sup>96</sup> como uma garantia destinada a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções,<sup>97</sup> bem como para garantir os direitos à vida e à integridade pessoal.<sup>98</sup>
106. Em casos anteriores, o Tribunal se referiu, inclusive, a privações de liberdade levadas a cabo no âmbito de processos penais perante o foro ordinário<sup>99</sup> ou militar,<sup>100</sup> como medida cautelar e como medida punitiva,<sup>101</sup> a detenções coletivas e programadas,<sup>102</sup> e àquelas realizadas fora de toda legalidade, as quais constituíram o primeiro ato para a prática de uma execução extrajudicial<sup>103</sup> ou um desaparecimento forçado.<sup>104</sup> No presente caso, é de se notar que o titular de direitos é uma pessoa estrangeira, que foi detida porque não se encontrava autorizada a ingressar e a permanecer no Panamá, de acordo com as leis desse Estado, ou seja, as medidas restritivas da liberdade pessoal aplicadas ao senhor Vélez Loor não estavam relacionadas ao cometimento de um delito penal, mas eram uma reação a sua situação migratória irregular decorrente do ingresso no Panamá por uma zona não autorizada, sem portar os documentos necessários e infringindo uma ordem prévia de deportação. Do mesmo modo, a Corte considera pertinente considerar que, da prova e das alegações das partes, não se infere que o senhor Vélez Loor solicitasse uma medida de proteção internacional,<sup>105</sup> nem que ostentasse alguma outra condição a respeito da qual pudessem ser aplicáveis, como *lex specialis*, outros ramos do Direito Internacional.
107. Diferentemente da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais,<sup>106</sup>

96. Cf. *Caso Tibí*, nota 27 *supra*, par. 114; *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de novembro de 2009. Série C Nº 206, pars. 119 a 121; e *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, par. 63.

97. Cf. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C Nº 99, par. 83; *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, par. 63; e *Caso Yvon Neptune Vs. Haiti. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C Nº 180, par. 107.

98. Cf. *Caso Tibí*, nota 27 *supra*, par. 118; *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C Nº 141, par. 87; e *Caso Palamara Iribarne*, nota 100 *supra*, par. 221.

99. Cf. *Caso García Asto e Ramírez Rojas Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2005. Série C Nº 137, pars. 115 e 134; *Caso Yvon Neptune*, nota 97 *supra*, par. 100; e *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, pars. 66, 73, 86 e 87.

100. Cf. *Caso Loayza Tamayo*, nota 59 *supra*, par. 61; *Caso Usón Ramírez*, nota 10 *supra*, par. 148; e *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C Nº 135, pars. 195 e 228.

101. Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C Nº 35, pars. 70, 74 e 75; *Caso Barreto Leiva*, nota 96 *supra*, pars. 121 a 123; e *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, pars. 75 a 77.

102. Cf. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C Nº 100, par. 38; e *Caso Servellón García*, nota 48 *supra*, par. 96.

103. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, nota 24 *supra*, pars. 132 e 143; *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 165, par. 86; e *Caso La Cantuta Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C Nº 162, par. 109.

104. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 51 *supra*, par. 186; *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C Nº 212, par. 121; e *Caso Anzualdo Castro*, nota 60 *supra*, par. 79.

105. Incluindo com essa expressão o estatuto de refugiado segundo os instrumentos pertinentes das Nações Unidas e as respectivas leis nacionais, e o asilo territorial conforme as diversas convenções interamericanas sobre a matéria.

106. Na Convenção Europeia o direito de ser levado prontamente perante um juiz ou outro funcionário, previsto no parágrafo 3 do artigo

a Convenção Americana não estabelece uma limitação ao exercício da garantia disposta no artigo 7.5 da Convenção com base nas causas ou circunstâncias pelas quais a pessoa é retida ou detida. Portanto, em virtude do princípio *pro persona*, essa garantia deve ser cumprida sempre que exista uma retenção ou detenção de uma pessoa por causa de sua situação migratória, conforme os princípios de controle judicial e imediação processual.<sup>107</sup> Para que constitua um verdadeiro mecanismo de controle diante de detenções ilegais ou arbitrárias, a revisão judicial deve-se realizar sem demora e de forma tal que garanta o cumprimento da lei e o gozo efetivo dos direitos do detido, levando em conta sua especial vulnerabilidade.<sup>108</sup> Desse modo, o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção Arbitrária estabeleceu que “[t]odo [...] imigrante retido deverá comparecer o quanto antes perante um juiz ou outra autoridade”.<sup>109</sup>

108. Este Tribunal considera que, para atender à garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção em matéria migratória, a legislação interna deve assegurar que o funcionário autorizado pela lei para exercer funções jurisdicionais preencha as características de imparcialidade e independência que devem orientar todo órgão encarregado de determinar direitos e obrigações das pessoas. Nesse sentido, o Tribunal já estabeleceu que essas características não apenas devem corresponder aos órgãos estritamente jurisdicionais, mas que as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam também às decisões de órgãos administrativos.<sup>110</sup> Uma vez que, em relação a essa garantia, cabe ao funcionário a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias,<sup>111</sup> é imprescindível que esse funcionário esteja autorizado a colocar em liberdade a pessoa, caso sua detenção seja ilegal ou arbitrária.
109. O Tribunal observa que o Decreto-Lei 16, de 1960, estabelecia que o estrangeiro seria colocado à disposição do Diretor do Departamento de Migração do Ministério de Governo e Justiça.<sup>112</sup> Conforme se depreende dos fatos e da prova do caso, o senhor Vélez Loor, depois de sua detenção em Tupiza, foi “enviado” ou posto à disposição do Departamento de Migração e Naturalização de Darién, pela Polícia Nacional de Darién, por meio do ofício nº ZPD/SDIIP 192-02.<sup>113</sup> A Corte entende que colocar à disposição não necessariamente equivale a levar à presença do Diretor de Migração. Certamente, como já foi estabelecido, para atender à exigência do artigo 7.5 de “ser levado” sem demora perante um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei a exercer funções judiciais, o detido deve comparecer pessoalmente perante a autoridade competente, a qual deve ouvi-lo pessoalmente e avaliar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação de liberdade.<sup>114</sup>
110. Por outro lado, a Corte observa que, uma vez que o senhor Vélez Loor foi transferido para o povoado de Metetí, foi preenchido um formulário de migração denominado “filiação”, com os dados pessoais e as razões pelas quais se encontrava no Panamá.<sup>115</sup> Desse ato não se infere que se tenha notificado por escrito o senhor Vélez

5, se relaciona exclusivamente com a categoria de detidos mencionados no parágrafo 1.c deste artigo, isto é, os que estão à espera de ser levados perante a autoridade judicial competente, quando existam indícios racionais de que cometeram uma infração ou quando se considere necessário para impedi-los de cometer uma infração ou de fugir depois de tê-la cometido.

107. Cf. *Caso Tibi*, nota 27 *supra*, par. 118; *Caso López Álvarez*, nota 98 *supra*, par. 87, e *Caso Palamara Iribarne*, nota 100 *supra*, par. 221.

108. Cf. *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, par. 67. No mesmo sentido, *Eur. Court HR, Iwanczuk v. Poland* (Application nº 25196/94) Judgment of 15 November 2001, para. 53.

109. Nações Unidas. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, Anexo II, Deliberação nº 5: Situação relativa aos imigrantes ou solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Princípio 3.

110. Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 71; *Caso Escher e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C Nº 200, par. 208; e *Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C Nº 151, par. 119.

111. Cf. *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, par. 67.

112. A esse respeito, os artigos 58 e 60 dispunham:

Artigo 58. “Sem prejuízo do estabelecido no Artigo 22 deste Decreto-Lei, todo estrangeiro que for encontrado por qualquer autoridade sem documentos válidos que demonstrem seu ingresso, residência ou permanência no país será posto à disposição do Diretor do Departamento de Migração do Ministério de Governo e Justiça. Esse funcionário notificará por escrito o estrangeiro da obrigação de legalizar sua permanência ou abandonar o país por seus próprios meios, dentro de um prazo prudente que não poderá ser inferior a três dias nem superior a trinta, sem prejuízo das demais sanções que estabelece este Decreto-Lei”.

Artigo 60. “Os funcionários de Migração terão autorização para deter qualquer estrangeiro que, em sua presença ou sob sua vista, pretenda ingressar no território da República violando os preceitos do presente Decreto-Lei, ou que seja detido no território nacional sem documentos que demonstrem sua entrada legal, residência ou permanência no país, de acordo com os requisitos legais. Esse estrangeiro será posto à disposição do Diretor do Departamento de Migração do Ministério de Governo e Justiça dentro das 24 horas seguintes”.

Cf. Decreto-Lei nº 16, de 30 de junho de 1960, nota 80 *supra*, folha 1152.

113. Cf. Ofício nº ZPD/SDIIP 192-02, nota 67 *supra*; Nota nº DNMYN-AL-32-04, nota 70 *supra*; Relatório do Diretor-Geral da Polícia Nacional do Panamá, nota 69 *supra*; ordem de Detenção nº 1.430-DNMYN-SI, nota 70 *supra*.

114. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 99 *supra*, par. 85; e *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, par. 65.

115. Cf. Filiação do senhor Vélez Loor, nota 71 *supra*.

Loor das alternativas que estabelecia o artigo 58 do referido Decreto-Lei, quanto à obrigação que tinha de legalizar sua permanência ou abandonar o país por seus próprios meios, num prazo prudente que não podia ser inferior a três dias nem superior a 30, sem prejuízo das demais sanções estabelecidas. Tampouco se depreende o cargo do funcionário que registrou o documento e, conseqüentemente, se teria avaliado todas as explicações que o senhor Vélez Loor estava em condições de proporcionar a fim de decidir se procedia a liberação ou a manutenção da privação de liberdade, ou se tinha a faculdade de decidir sobre a continuidade da detenção ou sua colocação em liberdade.

111. Em razão das considerações expostas, o Tribunal considera que o Estado não apresentou elementos suficientes que demonstrem que cumpriu as disposições do artigo 7.5 da Convenção.

**b) Ordem de detenção 1.430 de 12 de novembro de 2002**

112. A Comissão argumentou que a detenção do senhor Vélez Loor foi arbitrária, do momento em que se emitiu o auto de detenção, em 12 de novembro de 2002, até que se efetivou sua deportação, em 10 de setembro de 2003. A critério da Comissão, a detenção só é admissível com base numa avaliação individualizada, e para dar cumprimento a um interesse estatal legítimo, “como assegurar o comparecimento de uma pessoa ao trâmite de determinação de condição migratória e possível deportação”. Além disso, sustentou que o argumento da “ameaça para a segurança pública” apenas poderia se fundamentar em “circunstâncias excepcionais nas quais existam sérios indícios do risco que representa uma pessoa”. A esse respeito, a Comissão afirmou que não consta na decisão de 12 de novembro de 2002 nenhuma referência à “situação individualizada da [suposta] vítima, às razões pelas quais procedia a detenção e não outra medida menos lesiva, nem aos motivos pelos quais o senhor Jesús Vélez Loor implicava um risco para a segurança ou à ordem pública [razão pela qual] a detenção foi arbitrária”. A única motivação da detenção foi mostrar que o senhor Vélez Loor se encontrava “ilegal” por razões de “segurança e ordem pública”.
113. O Estado afirmou que a ordem de detenção tinha caráter preventivo e foi emitida enquanto a autoridade migratória examinava o caso. Argumentou que o gozo do direito à liberdade pessoal do senhor Vélez foi suspenso de acordo com as formas prescritas na lei, por um motivo nela previsto com anterioridade, foi ordenado por autoridade competente, não foi arbitrário, e ele foi informado das razões de sua detenção e apresentado perante o funcionário autorizado.
114. O Tribunal observa que na ordem de detenção 1.430 (par. 93 *supra*) se menciona que o senhor Vélez Loor havia sido posto à disposição do Departamento Nacional de Migração “[p]or ter sido detido, porque não porta[va] seus documentos legais para permanecer no território nacional, e porque estava proibida sua entrada no território nacional”.<sup>116</sup> Com base nessas considerações é que se resolve ordenar a detenção “por encontrar-se ilegal e por razões de segurança e de ordem pública no território nacional, a fim de que lhe sejam aplicadas quaisquer das medidas estabelecidas no Decreto-Lei nº 16, de 1960”.<sup>117</sup>
115. A Corte verifica que a autoridade migratória que emitiu a referida ordem de detenção, e que estava autorizada para isso, mencionou como fundamento jurídico para estabelecer a procedência dessa medida vários artigos do Decreto-Lei nº 16.<sup>118</sup> A esse respeito, a Corte observa que as normas citadas como fundamento da ordem de detenção dispunham, *inter alia*, o seguinte: 1) o Ministro de Governo e Justiça poderá negar a entrada no país ou o trânsito em seu território a qualquer estrangeiro que se encontre residindo nele, sempre que isso seja necessário ou conveniente por razões de segurança, de salubridade ou de ordem pública (artigo 36); 2) fica proibida a imigração ao país dos estrangeiros que tiverem sido deportados da República do Panamá (artigo 37, inciso f); 3) os funcionários de migração terão autorização para deter qualquer estrangeiro que, em sua presença ou sob sua vista, pretenda ingressar no território da República violando os preceitos do Decreto-Lei, ou que seja surpreendido no território nacional sem documentos que demonstrem sua entrada legal, residência ou permanência no país, de acordo com os requisitos legais; o detido será posto à disposição do Diretor do Departamento de Migração do Ministério de Governo e Justiça dentro das 24 horas seguintes (artigo 60); 4) os estrangeiros em trânsito ou os imigrantes que forneçam dados falsos, a fim de obter os benefícios do presente Decreto-Lei, serão obrigados a sair do país assim que seja comprovado esse delito (artigo 61); 5) se os estrangeiros não puderem apresentar os documentos que devem portar de acordo com o Decreto-Lei por justa causa, deverá ser dado aviso imediato ao Diretor do Departamento de Migração do Ministério de Governo

116. Ordem de Detenção nº 1.430-DNMYN-SI, nota 70 *supra*.

117. Ordem de Detenção nº 1.430-DNMYN-SI, nota 70 *supra*.

118. Cf. Decreto Lei nº 16 de 30 de junho de 1960, nota 80 *supra*.

e Justiça e colocá-los a sua disposição para os fins apropriados (artigo 62); 6) os estrangeiros que tiverem chegado ao país sem terem preenchido os requisitos legais de ingresso ou que permanecerem no mesmo depois de vencer seus vistos, serão postos à disposição do Ministério de Governo e Justiça para serem deportados ou para que se tome, a respeito deles, qualquer outra medida que seja oportuna (artigo 65, primeiro parágrafo); 7) os estrangeiros condenados à deportação que iludam essa pena, permanecendo no país clandestinamente, ou a burlem regressando a ele, serão destinados a trabalhos agrícolas na Colônia Penal de Coiba, por dois anos, e obrigados a sair do país ao cumprir esse prazo (artigo 67); e 8) o Diretor do Departamento de Migração despachará e decidirá em primeira instância os assuntos relacionados com a migração em geral (artigo 85).

116. Mesmo que a detenção ocorra por razões de “segurança e ordem pública” (par. 114 *supra*), deverá cumprir todas as garantias do artigo 7 da Convenção. Desse modo, não decorre de forma clara da resolução adotada pela Diretora Nacional de Migração qual era o fundamento jurídico fundamentado e objetivo sobre a procedência e necessidade dessa medida. A mera menção a todas as normas que poderiam ser aplicáveis não satisfaz o requisito de motivação suficiente que permita avaliar se a medida é compatível com a Convenção Americana.<sup>119</sup> A esse respeito, a Corte estabeleceu em sua jurisprudência que são arbitrárias as decisões que os órgãos internos adotem, que possam afetar direitos humanos, tal como o direito à liberdade pessoal, que não se encontrem devidamente fundamentadas.<sup>120</sup>
117. Da mesma forma, não decorre das normas invocadas nem da resolução adotada que tenha sido estabelecido um prazo de duração dessa medida. Sobre esse aspecto, o Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária estabeleceu que, em caso de detenção de uma pessoa em virtude de situação migratória irregular, “[a] lei deverá prever um prazo máximo de detenção, que em nenhum caso poderá ser indefinido nem ter uma duração excessiva”.<sup>121</sup> Definitivamente, não existiam limites claros às faculdades de atuação da autoridade administrativa, o que favorece o prolongamento indevido da detenção de pessoas migrantes transformando-a em uma medida punitiva.
118. Consequentemente, o Tribunal considera que a ordem de detenção emitida no presente caso era arbitrária, pois não continha os fundamentos que demonstrassem e motivassem sua necessidade, de acordo com os fatos do caso e as circunstâncias particulares do senhor Vélez Loor. Pelo contrário, parece que a ordem de detenção de pessoas migrantes em situação irregular ocorria de maneira automática depois da detenção inicial, sem consideração das circunstâncias individualizadas.<sup>122</sup> Por esse motivo, o Tribunal considera que o Estado violou o artigo 7.3 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Vélez Loor, ao tê-lo privado de liberdade pelo prazo de 25 dias, com base numa ordem arbitrária.

### **c) Recursos efetivos para questionar a legalidade da detenção**

119. A Comissão sustentou que, embora existissem formalmente recursos para impugnar a legalidade da detenção, “esses recursos não foram postos efetivamente à disposição da [suposta] vítima”, já que nas circunstâncias de desinformação, falta de controle judicial e ausência de garantias processuais o senhor Vélez Loor esteve impedido de interpor um recurso de *habeas corpus* por seus próprios meios.
120. As representantes alegaram que, apesar de a legislação panamenha prever a possibilidade de impetrar um recurso de *habeas corpus* para questionar a legalidade da detenção, no presente caso, o senhor Vélez Loor “nunca teve a possibilidade material de fazê-lo”, devido a que se tratava de um migrante em situação irregular, motivo pelo qual se encontrava em situação de especial vulnerabilidade. Ademais, alegaram que a violação de diversas garantias processuais impediu que tivesse acesso ao recurso judicial correspondente, pois: (i) nunca foi notificado sobre o processo contra ele; (ii) não lhe foi oferecida assistência jurídica; (iii) não foi informado sobre seus direitos; e (iv) todo o tempo em que a suposta vítima esteve no Estado panamenho permaneceu sob a custódia de autoridades estatais, e nunca foi levado à presença de uma autoridade judicial. Segundo as representantes, todas essas omissões impediram que a suposta vítima tivesse a possibilidade de ter acesso a

119. Cf. *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 99 *supra*, par. 128 e 143; *Caso Barreto Leiva*, nota 96 *supra*, par. 116; e *Caso Yvon Neptune*, nota 97 *supra*, par. 98.

120. Cf. *Caso Yatama*, nota 38 *supra*, par. 152; *Caso Escher e outros*, nota 110 *supra*, par. 208; e *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C Nº 193, par. 153.

121. Nações Unidas, Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, Anexo II, Deliberação nº 5: Situação relativa aos imigrantes ou aos solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Princípio 7.

122. Segundo a declaração do então Chefe de Investigações do Departamento Nacional de Migração, ao encontrar-se uma pessoa em presença irregular se procedia “ao respectivo registro de filiação [...], e se emitia uma Resolução de Detenção, a qual era assinada pela Diretora e notificada de maneira pessoal ao interessado”. Declaração prestada por Carlos Benigno González Gómez perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 13 de agosto de 2010 (expediente de prova, tomo IX, *affidavits*, folha 3779).

um recurso judicial efetivo para questionar a legalidade de sua detenção. Por conseguinte, consideraram que o Estado é responsável pela violação dos artigos 7.6 e 25 da Convenção.

121. O Estado sustentou que o ordenamento jurídico nacional, que presume a legalidade da atuação da administração, também dispunha de uma ampla gama de recursos em vigência e prontos para ser usados pelo senhor Vélez, com a assistência jurídica prestada pelo Estado por meio da Defensoria do Povo do Panamá ou ainda mediante a assistência do Consulado do Equador que estava ciente da situação de seu co-nacional. Não obstante isso, o senhor Vélez Loor não pediu assistência para a revisão da legalidade da ação do Departamento Nacional de Migração, nem tomou nenhuma medida destinada a ativar algum dos meios de controle jurisdicional à sua disposição. Além disso, referiu-se à ausência de formalismo e à efetividade do *habeas corpus* contra detenções ordenadas pelo Departamento Nacional de Migração do Ministério de Governo e Justiça.
122. Segundo se observa, o Estado se opôs a qualquer declaração de que violou os artigos 7.6, 8.2.h e 25 da Convenção (par. 59 e 66 *supra*), por não existirem, no momento dos fatos, recursos na jurisdição interna adequados e efetivos para revisar a legalidade da detenção do senhor Vélez Loor. Sobre esse ponto, a Corte observa que o Estado baseou sua posição na revisão da legalidade da pena privativa de liberdade ordenada pela Resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002, mas não fez menção à detenção imposta por meio da ordem de detenção 1.430, de 12 de novembro de 2002.
123. A esse respeito, a Corte recorda que os artigos 7.6, 8.2.h e 25 da Convenção incluem diferentes âmbitos de proteção. Nesta seção, o Tribunal analisará se o Estado concedeu ao senhor Vélez Loor a possibilidade de recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decidisse, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e, caso fosse ilegal, ordenasse sua liberdade, conforme o artigo 7.6 da Convenção. Ademais, a Corte observa que, embora a Comissão tenha alegado a violação do artigo 7.6 da Convenção de maneira independente, as representantes solicitaram que fosse declarada a violação desta norma em conjunto com o artigo 25 da Convenção por esses mesmos fatos. Em razão de o artigo 7.6 da Convenção ter conteúdo jurídico próprio e o princípio de efetividade (*effet utile*) ser transversal à proteção devida de todos os direitos reconhecidos nesse instrumento, o Tribunal considera desnecessário analisar aquela disposição em relação ao artigo 25 da Convenção.<sup>123</sup> A possibilidade de recorrer da pena imposta por meio da resolução 7.306 será analisada na seção g) *infra* (pars. 173 a 181).
124. Com efeito, como foi mencionado, o artigo 7.6 da Convenção tem conteúdo jurídico próprio, que consiste em tutelar de maneira direta a liberdade pessoal ou física, por meio do mandato judicial dirigido às autoridades respectivas, a fim de que se leve o detido à presença do juiz para que este possa examinar a legalidade da privação e, se for o caso, decretar sua liberdade.<sup>124</sup>
125. Em primeiro lugar, a Corte observa que, de acordo com o artigo 86 do Decreto-Lei 16, de 1960, todas as resoluções do Departamento de Migração do Ministério de Governo e Justiça se sujeitavam aos seguintes recursos administrativos: 1) o de reconsideração, perante o Diretor do Departamento de Migração; e 2) o de apelação, perante o Ministro de Governo e Justiça.<sup>125</sup>
126. O artigo 7.6 da Convenção é claro ao dispor que a autoridade que deve decidir a legalidade da “prisão ou detenção” deve ser “um juiz ou tribunal”. Com isso, a Convenção reserva à autoridade judicial o controle da privação da liberdade. Dado que neste caso a detenção foi ordenada por uma autoridade administrativa, em 12 de novembro de 2002, o Tribunal considera que a revisão por parte de um juiz ou tribunal é um requisito fundamental para garantir um adequado controle e verificação dos atos da administração que afetam direitos fundamentais.
127. A esse respeito, a Corte considera que tanto o Diretor Nacional de Migração como o Ministro de Governo e Justiça, embora possam ser competentes segundo a lei, não constituem uma autoridade judicial e, desse modo, nenhum dos dois recursos disponíveis no âmbito governamental atendia às exigências do artigo 7.6 da Convenção. Por sua vez, qualquer outro recurso na via governamental, ou que exigisse previamente o esgotamento dos referidos recursos disponíveis por essa via,<sup>126</sup> tampouco garantia o controle jurisdicional direto dos atos administrativos, pois dependia de seu esgotamento.

123. Cf. *Caso Anzualdo Castro*, nota 60 *supra*, par. 77.

124. Cf. *O Habeas Corpus sob Suspensão de Garantias* (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A Nº 8, par. 33.

125. Cf. Decreto-Lei nº 16, de 30 de junho de 1960, nota 80 *supra*, folha 1155.

126. Cf. Parecer apresentado perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pelo perito Arturo Hoyos Phillips em 10 de agosto de 2010 (expediente de prova, tomo IX, *affidavits*, folhas 3733 a 3735).

128. Por outro lado, a Corte esclarece que existia no Panamá na época dos fatos um recurso jurisdicional que permitia especificamente analisar a legalidade de uma privação de liberdade, que era a ação de *habeas corpus*, prevista no artigo 23 da Constituição Nacional.<sup>127</sup> Além disso, o Tribunal observa que existia o recurso de proteção de direitos humanos pela via contencioso-administrativa, de competência da Sala III da Corte Suprema de Justiça do Panamá, que poderia ter servido para controlar as ações da administração pública e proteger os direitos humanos, o que não exigia o esgotamento da via administrativa.<sup>128</sup>
129. A esse respeito, a jurisprudência deste Tribunal já se pronunciou que esses recursos não apenas devem existir formalmente na legislação, mas devem ser efetivos, isto é, cumprir o objetivo de obter sem demora uma decisão sobre a legalidade da prisão ou da detenção.<sup>129</sup>
130. Sobre esse ponto, a Comissão observou que entre o momento da detenção e a data na qual se ordenou a condenação a pena de prisão, o senhor Vélez Loor não “teve a possibilidade de contar com um defensor de sua escolha nem com um defensor público oferecido pelo Estado, em caso de não fazer uso de seu direito”. Do mesmo modo, as representantes afirmaram que, durante o tempo em que esteve nos centros de detenção, o senhor Vélez Loor “não pôde se comunicar com pessoa alguma” e que “em nenhum momento contou com a assistência jurídica para se defender ou para impugnar a condenação que lhe havia sido imposta”.
131. O Estado sustentou que o senhor Vélez Loor “podia ter recorrido à assistência proporcionada de maneira gratuita pela Defensoria do Povo na República do Panamá [e, t]ambém, podia ter acionado os mecanismos de cooperação entre a Defensoria do Povo do Equador e a Defensoria do Povo do Panamá, existentes e válidos”. Além disso, o Estado se referiu “[ao] acesso direto que as pessoas privadas de liberdade podiam ter à assistência jurídica gratuita que o Instituto de Defesa de Ofício oferece no Panamá”. Finalmente, referiu-se ao acesso ao auxílio consular que o senhor Vélez Loor teria tido.
132. Nesse contexto, deve-se ressaltar a importância da assistência jurídica em casos como o presente, que envolve uma pessoa estrangeira, que pode não conhecer o sistema legal do país e que se encontra em uma situação agravada de vulnerabilidade ao encontrar-se privada de liberdade, o que torna necessário que o Estado receptor leve em conta as particularidades de sua situação para que goze de um acesso efetivo à justiça em termos igualitários.<sup>130</sup> Assim, o Tribunal considera que a assistência deve ser exercida por um profissional de direito, que possa atender aos requisitos de uma defesa técnica mediante a qual se assessor a pessoa processada, *inter alia*, sobre a possibilidade de acionar recursos contra atos que afetem direitos. Se o direito à defesa surge a partir do momento em que se ordena investigar uma pessoa, ou a autoridade dispõe ou executa atos que implicam prejuízo de direitos,<sup>131</sup> a pessoa submetida a um processo administrativo sancionatório deve ter acesso à defesa técnica a partir desse mesmo momento. Impedi-lo de contar com a assistência de seu advogado defensor significa limitar severamente o direito à defesa, o que ocasiona desequilíbrio processual e deixa o indivíduo sem tutela diante do exercício do poder punitivo.<sup>132</sup>
133. Sem prejuízo das faculdades que possui a Defensoria do Povo da República do Panamá,<sup>133</sup> a Corte considera que a ação que essa instituição possa realizar, em virtude de uma queixa ou denúncia contra uma autoridade

127. Cf. Constituição Política da República do Panamá, de 1972 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 5 da contestação da demanda, folhas 2659 e 2660); Parecer apresentado perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pelo perito Arturo Hoyos Phillips, nota 126 *supra*, folhas 3726 e 3727, e Declaração prestada por Carlos Benigno González Gómez, nota 122 *supra*, folhas 3782 a 3783.

128. Cf. Parecer apresentado perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pelo perito Arturo Hoyos Phillips, nota 126 *supra*, folhas 3734 e 3735.

129. É ilustrativo o sustentado pelo Relator Especial de Migrantes quanto a que “[a]lgumas leis nacionais não preveem a revisão judicial da detenção administrativa dos migrantes. Em outros casos, a revisão judicial da detenção administrativa se inicia unicamente a pedido do migrante. Nesses casos, o desconhecimento do direito de recorrer, o desconhecimento dos motivos da detenção, o difícil acesso aos autos, a falta de acesso a assistência jurídica gratuita, a falta de intérpretes e serviços de tradução, e uma ausência geral de informação em um idioma que os detidos possam entender sobre o direito de contratar um advogado e dar-lhe instruções, assim como a localização das instalações onde estão detidos, podem impedir os migrantes de exercer seus direitos na prática. Na ausência de advogados e/ou intérpretes, normalmente os migrantes se sentem intimidados e obrigados a assinar documentos sem entender seu conteúdo”. Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, nota 84 *supra*, folha 2029, par. 46.

130. Ver *mutatis mutandis* *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, pars. 51 e 63; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 184; e *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 27 *supra*, par. 200.

131. Ver *mutatis mutandis* *Caso Suárez Rosero*, nota 101 *supra*, par. 70; *Caso Barreto Leiva*, nota 96 *supra*, par. 29; e *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, par. 105.

132. Cf. *Caso Barreto Leiva*, nota 96 *supra*, pars. 61 a 62.

133. A Defensoria do Povo é uma instituição independente criada pela Lei nº 7, de 5 de fevereiro de 1997, que atua com plena autonomia, funcional, administrativa e financeira, sem receber instrução de nenhuma autoridade, órgão do Estado ou pessoa. Cf. Artigo 1 da Lei nº 7, de 5 de fevereiro de 1997, mediante a qual se cria a Defensoria do Povo da República do Panamá (expediente de prova, tomo VII, anexo 8 da contestação da demanda, folha 2768).

encarregada da administração pública, é claramente distinta da obrigação estatal de proporcionar uma defesa adequada a quem não possa se defender por si mesmo ou nomear um defensor particular. Portanto, o âmbito ou espectro de atuação não atende à garantia de um defensor proporcionado pelo Estado que, em princípio e para efeitos convencionais, deve exercer a assistência e a representação legal ampla, desde as primeiras etapas do processo, já que, do contrário, a assistência legal carece de idoneidade por sua falta de oportunidade. Em especial, a Corte ressalta que a assistência jurídica oferecida pelo Estado não pode ser confundida com a atividade que a Defensoria do Povo no âmbito de suas funções.<sup>134</sup> Com efeito, ambas podem complementar-se, mas para efeitos convencionais estão claramente diferenciadas.

134. Também se deve ressaltar que, enquanto durou sua detenção na Prisão Pública de La Palma, o senhor Vélez Loor não teve acesso à Defensoria do Povo, pois na época dos fatos essa instituição não contava com escritórios naquela região de fronteira.<sup>135</sup> Segundo a informação disponível, a Defensoria do Povo teve conhecimento do caso do senhor Vélez Loor apenas entre maio e junho de 2003 em uma de suas visitas ao centro penitenciário La Joyita.<sup>136</sup>
135. Com respeito aos mecanismos de cooperação entre a Defensoria do Povo do Equador e a Defensoria do Povo do Panamá, a Corte observa que o Estado não o sustentou nem anexou prova que permita à Corte pronunciarse a esse respeito, além de não ser a via idônea para atender à garantia convencional (par. 133 *supra*).
136. No que se refere ao alegado acesso direto que poderiam ter as próprias pessoas privadas de liberdade ao patrocínio jurídico gratuito que o Instituto de Defesa de Ofício oferece no Panamá, do acervo probatório do presente caso não consta que se tenha informado o senhor Vélez Loor sobre essa possibilidade nem que tivesse acesso comprovado ao patrocínio jurídico gratuito do Instituto de Defesa de Ofício nem de outro meio de assistência jurídica gratuita proporcionada pelo Estado. Ademais, da prova apresentada neste caso se depreende que na época da detenção do senhor Vélez Loor o Departamento Nacional de Migração não contava com defensores de ofício para aquelas pessoas que careciam dos meios econômicos para poder assumir uma defesa jurídica.<sup>137</sup>
137. Por outro lado, em sua declaração, Carlos Benigno González Gómez salientou que, na época dos fatos, “[a] pessoa se mantinha detida nas instalações do [Departamento Nacional de Migração] na Cidade do Panamá, onde havia uma presença permanente de organizações não governamentais que prestavam assistência jurídica aos migrantes detidos [...] Essas organizações tinham pleno acesso a todos os detidos nas instalações do [referido Departamento]”.<sup>138</sup> A esse respeito, a Corte observa que o senhor Vélez Loor não permaneceu detido nas instalações do Departamento Nacional de Migração na Cidade do Panamá, já que durante o tempo que esteve privado de liberdade esteve sob a custódia do Estado em centros penitenciários. Além disso, a Corte nota que a assistência que possam prestar as organizações não governamentais não substitui a obrigação do Estado de oferecer assistência jurídica gratuita (par. 146 *infra*).
138. O ponto relacionado à assistência consular será considerado na seção e) *infra* (pars. 149 a 160).
139. Em resumo, a simples existência dos recursos não é suficiente, caso não se prove sua efetividade. Neste caso, o Estado não demonstrou como, nas circunstâncias concretas em que se desenvolveu a detenção do senhor Vélez Loor na Prisão Pública de La Palma em Darién, esses recursos eram efetivos, levando em conta o fato de que era uma pessoa estrangeira detida que não contou com assistência jurídica, e sem o conhecimento das pessoas ou instituições que poderiam tê-la proporcionado. Por esse motivo, o Tribunal considera que o Estado

134. A esse respeito, o artigo 5 da Lei nº 7, de 5 de fevereiro de 1997, dispunha:

O titular da Defensoria do Povo está legitimado processualmente para o exercício das ações populares e dos recursos de amparo (mandados de segurança) de garantias constitucionais [*habeas corpus*], bem como para os contenciosos-administrativos de plena jurisdição e de proteção dos direitos humanos.

O Defensor ou Defensora do Povo exercerá essas faculdades nos casos em que as considere adequadas em razão dos objetivos da Defensoria.

Lei nº 7, de 5 de fevereiro de 1997, nota 133 *supra*, folha 2772.

135. Cf. Declaração prestada pela senhora Sharam Irasema Diaz Rodríguez perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 12 de agosto de 2010 (expediente de prova, tomo IX, *affidavits*, folha 3672), e Nota DDP-RP-DRI nº 24-2010 da Defensoria do Povo de 23 de setembro de 2010 (expediente de prova, tomo X, anexo 5 das alegações finais das representantes, folhas 3794 e 3795).

136. Cf. Nota DDP-RP-DRI nº 64-08 emitida pelo Defensor do Povo dirigida ao Chefe do Departamento de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores em 2 de outubro de 2008 (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folha 2427); e Resolução nº 1046a-03 emitida pela Defensoria do Povo da República do Panamá em 30 de junho de 2003 (expediente de prova, tomo VII, anexo 4 da contestação da demanda, folhas 2649 e 2650).

137. Cf. Declaração prestada por María Cristina González na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010.

138. Declaração prestada por Carlos Benigno González Gómez, nota 122 *supra*.

violou o artigo 7.6 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, dado que não garantiu que o senhor Vélez Loor pudesse usar os recursos disponíveis para questionar a legalidade de sua detenção.

**d) Procedimento perante o Departamento Nacional de Migração e Naturalização entre 12 de novembro e 6 de dezembro de 2002**

140. A Comissão e as representantes sustentaram que a sanção imposta ao senhor Vélez Loor era de natureza penal, razão pela qual as garantias do devido processo estabelecidas no artigo 8 da Convenção Americana deveriam ser respeitadas no processo perante o Departamento Nacional de Migração. De maneira coincidente, o Estado explicou que, já na época dos fatos, a Corte Suprema de Justiça do Panamá havia estabelecido que qualquer ato administrativo que afetasse direitos fundamentais devia contemplar o interessado e oferecer-lhe as garantias próprias dos processos judiciais. Consequentemente, “[a] edição da Resolução nº 7.306, de 6 de dezembro de 2002, apesar de ser formalmente um ato administrativo, estava obrigad[a] a contemplar e oferecer, com efeito, as garantias processuais inerentes aos processos penais, na medida em que sua aplicação afetava o direito fundamental de liberdade”, “o que não ocorreu neste caso”.
141. Embora a função jurisdicional caiba eminentemente ao Poder Judiciário, em alguns Estados, em certos casos, outros órgãos ou autoridades públicas também exercem funções de caráter materialmente jurisdicional e tomam decisões, como a do presente caso, que afetam direitos fundamentais, como a liberdade pessoal do senhor Vélez Loor. No entanto, a atuação da administração em casos desse tipo tem limites intransponíveis, entre os quais está, em primeiro lugar, o respeito dos direitos humanos, razão pela qual se torna necessário que essa atuação se encontre regulamentada.<sup>139</sup>
142. É por isso que se exige que qualquer autoridade pública, administrativa, legislativa ou judicial, cujas decisões possam afetar os direitos das pessoas, adote tais decisões com pleno respeito às garantias do devido processo legal.<sup>140</sup> Assim, o artigo 8 da Convenção consagra as diretrizes do devido processo legal, o qual é composto por um conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais, para que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos diante de qualquer tipo de ato do Estado que possa afetá-los.<sup>141</sup> Além disso, a Corte interpretou que o elenco de garantias mínimas estabelecido no inciso 2 do artigo 8 da Convenção se aplica também à determinação de direitos e obrigações de ordem “civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter”.<sup>142</sup> Por essa razão, a administração não pode promulgar atos administrativos sancionatórios sem ao mesmo tempo outorgar às pessoas submetidas a esses processos as referidas garantias mínimas, as quais se aplicam *mutatis mutandis* no que seja pertinente.<sup>143</sup>
143. O devido processo legal é um direito que deve ser garantido a toda pessoa, independentemente de seu *status* migratório.<sup>144</sup> Isso implica que o Estado deve garantir que toda pessoa estrangeira, mesmo que se trate de um migrante em situação irregular, tenha a possibilidade de fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados.<sup>145</sup>
144. É fato reconhecido que, uma vez que não existia uma regulamentação específica do Decreto-Lei 16, de 1960, sua tramitação se apoiava no procedimento estabelecido na Lei 38, de 2000, relativa aos procedimentos administrativos em geral,<sup>146</sup> Ou seja, era necessário recorrer a normas suplementares. Nesse sentido, o

139. Cf. *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C Nº 72, par. 126.

140. Cf. *Caso do Tribunal Constitucional*, nota 110 *supra*, par. 71; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 139 *supra*, pars. 127; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 92 *supra*, par. 82; e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 130 *supra*, par. 62.

141. Cf. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência* (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87, de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9, par. 27; *Caso Claude Reyes e outros*, nota 110 *supra*, par. 116; e *Caso Yatama*, nota 38 *supra*, par. 147.

142. *Caso do Tribunal Constitucional*, nota 110 *supra*, par. 70; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C Nº 74, par. 103; e *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 139 *supra*, par. 125.

143. Cf. *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 139 *supra*, par. 128. Ver também Segundo Relatório de Progresso da Relatoria sobre Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias no Hemisfério, OEA/Ser.LV/II.111 doc. 20 rev., de 16 abril 2001, pars. 98 a 100.

144. Cf. *Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, pars. 121 e 122.

145. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, pars. 117 e 119; *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 121; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 146.

146. A esse respeito, o Estado afirmou que, “[c]omo ato administrativo, a Resolução [7.306] estava sujeita em primeira instância ao Processo Administrativo Geral contido na Lei nº 38, de 31 de julho de 2000, norma que regulamenta a atividade administrativa do Estado e estabelece com clareza meridiana os recursos para a invalidação e revogação de atos administrativos ilegítimos”. Ver também, Declaração prestada por María Cristina González na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010 e Lei nº 38 de 31 de julho de 2000 que aprova o Estatuto Orgânico da Procuradoria da Administração, Regulamenta o Procedimento Administrativo Geral e Promulga Disposições Especiais, publicada na *Gaceta Oficial* em 2 de agosto de 2000 (expediente de prova, tomo VII, anexo 9 da contestação da demanda, folhas 2792 a 2855).

procedimento que culminou com o ato administrativo sancionatório que privou de liberdade o senhor Vélez Loor não apenas foi decidido sem que a parte fosse ouvida (par. 60 *supra*), mas não oferecia a possibilidade de exercer o direito de defesa, de audiência ou do contraditório, como parte das garantias do devido processo legal, colocando o migrante preso sob o total arbítrio do poder sancionatório do Departamento Nacional de Migração. Com efeito, o Estado “aceit[ou] a responsabilidade porque não houve uma comunicação formal escrita e detalhada ao acusado sobre a acusação formulada contra ele; não se concedeu ao senhor Vélez o tempo ou os meios adequados para a preparação de sua defesa; o senhor Vélez não foi assistido por um defensor, nem foi permitido a ele o direito à defesa durante a tramitação do processo administrativo que resultou na privação de sua liberdade”.

145. Ademais, a Corte tem argumentado que o direito à defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo a todo momento como um verdadeiro sujeito do processo, no mais amplo sentido desse conceito, e não simplesmente como seu objeto.<sup>147</sup> As alíneas d) e e) do artigo 8.2 estabelecem o direito do acusado de *defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha* e, caso não o faça, o *direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna*. A esse respeito, e em relação a procedimentos que não se referem à matéria penal, o Tribunal salientou previamente que “as circunstâncias de um processo específico, seu significado, seu caráter e seu contexto em um sistema legal determinado, são fatores que fundamentam a determinação de ser a representação legal necessária ou não para o devido processo”.<sup>148</sup>
146. A Corte considerou que, em procedimentos administrativos ou judiciais nos quais se possa adotar uma decisão que implique deportação, expulsão ou privação de liberdade, a prestação de um serviço público gratuito de defesa jurídica é necessária para evitar a violação do direito às garantias do devido processo.<sup>149</sup> Com efeito, em casos como o presente, em que a consequência do processo migratório podia ser uma privação da liberdade de caráter punitivo, a assistência jurídica gratuita se torna um imperativo do interesse da justiça.<sup>150</sup>
147. Consequentemente, o Tribunal considera que o fato de o Estado não ter possibilitado o direito de defesa perante a instância administrativa que determinou a aplicação da pena privativa de liberdade impacta todo o processo e ultrapassa a decisão de 6 de dezembro de 2002, uma vez que o processo administrativo sancionatório é um só, por meio de suas diversas etapas,<sup>151</sup> incluindo a tramitação dos recursos que se interponham contra a decisão adotada.
148. Por conseguinte, a Corte considera que o Estado do Panamá violou o direito de ser ouvido, constante do artigo 8.1 da Convenção, e o direito de contar com assistência jurídica, constante do artigo 8.2.d) e 8.2.e) da Convenção, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Vélez Loor.

#### **e) Direito à informação e acesso efetivo à assistência consular**

149. A Comissão se referiu às omissões do Estado do Panamá, que “impediram o acesso à assistência consular adequada e oportuna”. A esse respeito, argumentou que “o direito à assistência consular implica que a pessoa detida ou submetida a um processo seja informada de seu direito de comunicar-se com o consulado, e que lhe sejam proporcionados os meios para isso”, o que “não ocorreu no presente caso, pois o Estado panamenho decidiu unilateralmente informar o Estado equatoriano sobre a situação, sem dispor nenhum meio para que a [suposta] vítima entrasse em contato com seu consulado e solicitasse o apoio que de que precisava”. Além disso, a Comissão salientou que “não existe prova alguma de que o Estado do Equador tenha sido informado oficialmente do processo contra a [suposta] vítima ou da sanção penal que o referido processo podia acarretar”. As representantes coincidiram com a Comissão em que “[o] Estado tampouco informou [o senhor Vélez Loor] de seu direito de contar com a assistência consular”. Além disso, alegaram que “o referido direito não se

147. Cf. *Caso Barreto Leiva*, nota 96 *supra*, par. 29.

148. *Exceções ao Esgotamento dos Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-11/90, de 10 de agosto de 1990. Série A N°11, par. 28.

149. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 126.

150. Cf. *Eur. Court HR, Benham v. United Kingdom* (Application no. 19380/92) Judgment of 10 June 1996, pars. 61 (“O Tribunal concorda com a Comissão no sentido de que quando se trata da privação da liberdade os interesses da justiça em princípio requerem a assistência jurídica”) e 64 (“Considerando a gravidade da pena que se podia impor ao senhor Benham e a complexidade do direito aplicável, o Tribunal considera que os interesses da justiça exigiam que, para receber um julgamento justo, o senhor Benham devia ter se beneficiado de assistência jurídica gratuita durante o procedimento perante os magistrados”) (tradução da Secretaria).

151. Cf. *mutatis mutandi Caso Castillo Petrucci e outros Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C N° 52, par. 161; *Caso Radilla Pacheco*, nota 25 *supra*, par. 208; e *Caso García Prieto e outros Vs. El Salvador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C N° 168, par. 43.

satisfaz com a simples notificação por parte das autoridades do Estado que recebe”, já que “é o indivíduo o titular do direito de informação e notificação consular, motivo pelo qual o Panamá devia ter informado sem demora o senhor Vélez sobre seu direito de comunicar-se com o consulado de seu país, e também assegurar as condições para que pudesse fazê-lo caso tivesse assim decidido”.

150. O Estado afirmou que o “Consulado da República do Equador foi notificado por telefone pelo Departamento Nacional de Migração [...] sobre a detenção do [s]enhor Vélez Loor, no dia 12 de novembro de 2002” e que o senhor Vélez Loor teve comprovado auxílio consular de seu país “[d]esde o início do mês de dezembro [de 2002]”. Além disso, o Estado sustentou que “na época dos fatos, [...] o Panamá, assim como a grande maioria dos países, aplicava um critério estatista a respeito da notificação consular[, portanto] entendia o direito de notificação consular como um direito do Estado de envio, não como um direito do indivíduo”. Por esse motivo, o Estado considera que “[n]o momento da detenção do senhor Vélez a notificação feita ao cônsul [do Equador] a respeito da detenção do indivíduo era, de acordo com os padrões internacionais, suficiente e adequada, e que[, portanto] a obrigação contemplada no artigo 36 da Convenção de Viena havia sido cumprida cabalmente”.
151. A Corte já se pronunciou sobre o direito à assistência consular em casos relativos à privação de liberdade de uma pessoa que não é nacional do país que a detém. No ano de 1999, no Parecer Consultivo sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, a Corte declarou inequivocamente que o direito do detido estrangeiro à informação sobre a assistência consular, disposto no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (doravante denominada “Convenção de Viena”), é um direito individual e uma garantia mínima protegida dentro do Sistema Interamericano.<sup>152</sup> Esse princípio foi reiterado pela Corte Internacional de Justiça no caso *LaGrand*, no ano 2001.<sup>153</sup> Além disso, havia também instrumentos internacionais não vinculantes que estabeleciam esse direito.<sup>154</sup> Consequentemente, não é certo o afirmado pelo Estado de que à época dos fatos, isto é, no ano de 2002, a notificação ao consulado era suficiente.
152. A Corte observa que os estrangeiros detidos em um meio social e jurídico diferente do seu, e muitas vezes com um idioma que desconhecem, experimentam uma condição de particular vulnerabilidade, que o direito à informação sobre a assistência consular, enquadrado no universo conceitual dos direitos humanos, busca remediar, de maneira a assegurar que a pessoa estrangeira detida desfrute de um verdadeiro acesso à justiça, se beneficie de um devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não enfrentam essas desvantagens, e goze de condições de detenção compatíveis com o respeito devido à dignidade das pessoas. Para alcançar seus objetivos, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados perante a justiça. É desse modo que se atende ao princípio de igualdade perante a lei e os tribunais, e a correlativa proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou restrinjam a defesa eficaz dos próprios interesses.<sup>155</sup>
153. Da ótica dos direitos da pessoa detida, são três os componentes essenciais do direito devido ao indivíduo por parte do Estado Parte:<sup>156</sup> 1) o direito de ser notificado de seus direitos conforme a Convenção de Viena;<sup>157</sup> 2) o direito de acesso efetivo à comunicação com o funcionário consular; e 3) o direito à própria assistência.

152. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 145 *supra*, pars. 84 e 124.

153. Cf. ICJ, *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, I.C.J. Reports 2001, Judgment of 27 June 2001, page 494, par. 77.

154. Cf. Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. Aprovadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent, realizado em Genebra em 1955, e pelo Conselho Econômico e Social nas resoluções 663C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977, regra 38.1, e Nações Unidas, Assembleia Geral, Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, Resolução 43/173, de 9 de dezembro de 1988, Princípio 16.2.

155. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 145 *supra*, par. 119; *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 121; e *Caso Baldeón García*, nota 27 *supra*, par. 202.

156. Deve-se ter em conta que as normas seguintes não se aplicam às pessoas detidas ou presas que tenham solicitado uma medida de proteção internacional (par. 106 *supra*). Caso estejam detidas, tais pessoas gozam dos direitos dispostos na Convenção de Viena. Não obstante isso, há outras considerações para proteger seus interesses, as quais a Corte não considera pertinente examinar nesta Sentença.

157. Assim, o detido estrangeiro tem o direito de ser informado de seu direito: 1) de que o Estado receptor informe a representação consular competente sobre sua situação; e 2) de que o Estado receptor transmita sem demora “qualquer comunicação dirigida à representação consular” pelo detido. Cf. Artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Documento (A/CONF.25/12) (1963), de 24 de abril de 1963, em vigor a partir de 19 de março de 1967, e que se acha em vigor desde essa data para o Equador (que a havia ratificado em 11 de março de 1965), e para o Panamá desde o trigésimo dia seguinte ao depósito de seu instrumento de ratificação, datado de 28 de agosto de 1967. Essa notificação deve ser enviada ao interessado antes que “preste sua primeira declaração”. O *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 145 *supra*, par. 106; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez*, nota 99 *supra*, par. 164; e *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº 164, par. 116. Assim como os outros direitos daqueles que são privados de liberdade, este “constitui um mecanismo para evitar detenções ilegais ou arbitrarias a partir do momento mesmo da privação de liberdade e, por sua vez, garante o direito de defesa do indivíduo”. Ver *mutatis mutandis* *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 97 *supra*, par. 82; *Caso Usón Ramírez*, nota 10 *supra*, par. 147; e *Caso Yvon Neptune*, nota 97 *supra*, par. 105.

154. Para prevenir detenções arbitrárias, a Corte reitera a importância de que a pessoa detida seja notificada de seu direito de estabelecer contato com uma terceira pessoa, como o funcionário consular, para informá-lo de que se encontra sob a custódia do Estado, o que deve ocorrer em conjunto com suas obrigações, estabelecidas no artigo 7.4 da Convenção. Quando a pessoa detida não é nacional do Estado sob cuja custódia se encontra, a notificação de seu direito de contar com a assistência consular se apresenta também como uma garantia fundamental de acesso à justiça, e permite o exercício efetivo do direito de defesa, pois o cônsul pode prestar assistência ao detido em diversos atos de defesa, como a concessão ou contratação de representação legal, a obtenção de provas no país de origem, a verificação das condições em que se exerce a assistência jurídica e a observação da situação de privação de liberdade.<sup>158</sup>
155. O Tribunal passa, a seguir, a determinar se o Estado informou o senhor Vélez Loor sobre o direito que lhe assistia. Dos autos disponíveis perante a Corte não se infere nenhum elemento probatório que mostre que o Estado tenha notificado o senhor Vélez Loor, como detido estrangeiro, sobre seu direito de se comunicar com um funcionário consular de seu país, a fim de procurar a assistência reconhecida no artigo 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. A Corte considera que cabia ao Estado demonstrar que, no presente caso, cumpriu a obrigação de notificar o senhor Vélez Loor sobre o direito à assistência consular de todo estrangeiro detido, e não apenas a Embaixada do Equador. Nesse aspecto, é importante ressaltar que a Convenção de Viena coloca a decisão de ser ou não visitado pelo funcionário consular nas mãos do detido.<sup>159</sup>
156. Isto posto, todas as partes coincidem em que em algum momento as autoridades consulares do Equador foram informadas de que o senhor Vélez Loor se encontrava sob custódia do Estado panamenho (pars. 149 e 150 *supra*), mas subsiste a controvérsia a respeito da data dessa notificação ao consulado. A prova apresentada não foi unânime quanto à data e ao modo pelo qual se levou ao conhecimento do Consulado do Equador no Panamá que o senhor Vélez Loor se encontrava sob custódia estatal.<sup>160</sup> O certo é que, em 5 de dezembro de 2002, a missão consular equatoriana já havia iniciado gestões para obter a deportação do senhor Vélez Loor.<sup>161</sup> A esse respeito, o senhor Vélez Loor declarou que durante o tempo em que esteve preso na Prisão Pública de La Palma se entrevistou com funcionários de imigração, declarando, entretanto, que “nunca tev[e] conhecimento” das gestões que o Consulado equatoriano estava realizando em dezembro de 2002 em seu favor. Além disso, afirmou que “nunca soube como ocorria a deportação” e que “não s[abe] quais haviam sido as gestões”.<sup>162</sup>
157. É pertinente recordar que o direito de um detido estrangeiro de solicitar a ajuda do consulado de seu país foi considerado um componente das “garantias mínimas para oferecer aos estrangeiros a oportunidade de preparar adequadamente sua defesa”.<sup>163</sup> A Corte destacou vários atos relacionados com a defesa nos quais o cônsul pode auxiliar o detido (par. 154 *supra*), bem como sua importância para garantir o cumprimento do direito de “ser assistido por um defensor”, em conformidade com o artigo 8.2.d) da Convenção. Desse modo, “[a] inobservância ou obstrução do direito [do detido] à informação afeta as garantias judiciais”,<sup>164</sup> e pode resultar em que sejam violadas.
158. Quanto ao acesso efetivo à comunicação consular, a Convenção de Viena dispõe que deve ser permitido ao

158. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 145 *supra*, par. 86; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez*, nota 99 *supra*, par. 164; e *Caso Bueno Alves*, nota 157 *supra*, par. 116.

159. A esse respeito, o artigo 36.1.c) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares afirma que “[...] os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente”.

160. A esse respeito, o senhor González declarou que o Consulado da República do Equador foi notificado por telefone pelo então Chefe de Investigações do Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça sobre a detenção do senhor Vélez Loor. Cf. Declaração prestada por Carlos Benigno González Gómez, nota 122 *supra*, folha 3787. Por outro lado, o senhor Vélez Loor sustentou que “em determinado momento tive a oportunidade de ligar para o Consulado do Equador por um telefone clandestino”. Declaração prestada por Jesús Tranquilino Vélez Loor na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010. Finalmente, o senhor Ochoa manifestou: “[p]oucos dias antes do [n]atal [q]uando me levaram à embaixada equatoriana para tirar minhas impressões digitais e verificar minha nacionalidade, consegui falar com a embaixadora, [...] e comentei sobre o caso do Sr. Vélez, e ela me disse que eu tinha de falar com o Diretor de Migração”. Declaração prestada pelo senhor Leoncio Raúl Ochoa Tapia perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 6 de agosto de 2010 (expediente de prova, tomo IX, *affidavits*, folha 3656).

161. Cf. Nota nº 3-6-3/2002, emitida pelo Consulado do Equador no Panamá, dirigida ao Chefe do Estado-Maior da Marinha do Panamá em 5 de dezembro de 2002 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 51 da contestação da demanda, folha 3531).

162. Declaração prestada por Jesús Tranquilino Vélez Loor na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010.

163. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 145 *supra*, par. 122; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez*, nota 99 *supra*, par. 164; e *Caso Bueno Alves*, nota 157 *supra*, par. 116.

164. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 145 *supra*, par. 129; *Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C Nº 129, pars. 125 e 126; e *Caso Tibi*, nota 27 *supra*, pars. 195 e 196.

detido: 1) comunicar-se livremente com os funcionários consulares; e 2) receber visitas desses funcionários.<sup>165</sup> Segundo esse instrumento, “os funcionários consulares terão o direito de visitar o nacional do Estado [e] de organizar sua defesa perante os tribunais”,<sup>166</sup> Ou seja, o Estado receptor não deve obstruir a ação do funcionário consular no sentido de oferecer serviços jurídicos ao detido. Além disso, o detido tem direito à assistência, o que impõe ao Estado do qual o detido é nacional o dever de proteger os direitos de seus nacionais no exterior oferecendo proteção consular. As visitas dos funcionários consulares deveriam ser com vistas a prover a “proteção dos interesses” do detido nacional, particularmente os associados a “sua defesa perante os tribunais”.<sup>167</sup> Dessa maneira, o direito à visita consular oferece a possibilidade de garantir e conferir efetividade aos direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal e à defesa.

159. A Corte observa que, embora o senhor Vélez Loor tenha comprovadamente se comunicado com funcionários consulares do Equador no Estado do Panamá,<sup>168</sup> o processo administrativo que se estendeu de 12 de novembro a 6 de dezembro de 2002, e que culminou com a resolução que lhe impôs uma pena de privação da liberdade, não lhe ofereceu a possibilidade de exercer o direito de defesa, de audiência ou do contraditório, nem tampouco menos a garantia de que esse direito pudesse ser exercido em termos reais (par. 144 *supra*). Apesar, portanto, de o senhor Vélez Loor ter recebido visitas dos funcionários consulares no Centro Penitenciário La Joyita depois da imposição da sanção,<sup>169</sup> nas quais lhe entregaram utensílios de higiene pessoal, dinheiro e medicamentos, e pediram a intervenção de médicos para que verificassem sua saúde, não pôde exercer seu direito de defesa com a assistência consular, já que o processo administrativo sancionatório não permitiu materializá-la como parte do devido processo legal, pois foi decidido sem que a parte fosse ouvida.
160. Em razão do acima exposto, a Corte conclui que no presente caso a falta de informação ao senhor Vélez Loor sobre seu direito de se comunicar com o consulado de seu país, e a falta de acesso efetivo à assistência consular como um componente do direito de defesa e do devido processo, contrariou os artigos 7.4, 8.1 e 8.2.d da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Vélez Loor.

**f) Privação de liberdade em aplicação do artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960**

161. Tanto a Comissão como as representantes atribuíram a violação do artigo 7.3 da Convenção à pena de dois anos de prisão imposta ao senhor Vélez Loor por meio da resolução 7.306, de caráter penal. Por um lado, a Comissão afirmou que “embora nesta segunda resolução tenha sido salientado a sustentação legal da pena e o caráter de reincidente do senhor Vélez Loor, a pena como tal resultou de um processo que desconheceu abertamente todas as garantias do devido processo”. Por sua vez, as representantes alegaram que não é suficiente que toda causa de privação ou restrição do direito à liberdade esteja consagrada na lei, mas é necessário que essa lei e sua aplicação respeitem que a medida tenha uma finalidade compatível, seja idônea, seja necessária e proporcional, para que a detenção não seja considerada arbitrária. Segundo as representantes, a pena imposta ao senhor Vélez Loor “não apenas não era necessária, mas afetou intensa e desproporcionalmente seu direito à liberdade pessoal”, e a resolução 7.306, por meio da qual foi condenado, não contém motivação alguma que permita avaliar se a restrição cumpre as condições antes indicadas.
162. As representantes, ademais, enfatizaram o que denominaram “[o] fenômeno da criminalização das pessoas migrantes”, do qual a lei vigente no Panamá na época dos fatos constituiria uma manifestação, já que estipulava a imposição da pena de prisão a quem reincidisse na entrada ilegal no país. Enfatizaram também que essa tendência de criminalização dos migrantes era reforçada por “práticas e discursos que aliment[avam] percepções de que os migrantes [eram] perigosos, que est[avam na] origem do aumento da insegurança, que colocavam pressão nos serviços do Estado e que, portanto, constitu[íam] um peso para a sociedade”. Finalmente, as representantes alegaram que essa norma era “discriminatória e estigmatizante, [pois] equiparava o migrante irregular a um criminoso, sem oferecer-lhe nenhuma garantia do devido processo”.
163. Nesta seção a Corte se pronunciará sobre a faculdade ou não dos Estados de estabelecer pena de caráter

165. Cf. Convenção de Viena sobre Relações Consulares, artigos 36.1.a) e 36.1.b).

166. Convenção de Viena sobre Relações Consulares, artigo 36.1.c).

167. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 145 *supra*, par. 87; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez*, nota 99 *supra*, par. 164; e *Caso Bueno Alves*, nota 157 *supra*, par. 116.

168. Cf. Nota nº 4-2-105/2009, nota 79 *supra*, folhas 2435 e 2436; e Nota nº 3-8/09/2003 emitida pela Embaixada do Equador no Panamá, dirigida ao Diretor do Centro Penitenciário La Joyita em 26 de fevereiro de 2003 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 53 da contestação da demanda, folha 3611).

169. Cf. Nota nº 4-2-105/2009, nota 79 *supra*, folhas 2435 e 2436.

punitivo em relação ao descumprimento das leis migratórias, como a pena de dois anos de duração prevista no artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960,<sup>170</sup> aplicada no presente caso. Para isso, é necessário analisar se tal legislação interna era compatível com as exigências da Convenção Americana.

164. O artigo 7.2 da Convenção estabelece que a privação de liberdade unicamente pode ocorrer com base nas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas aprovadas. Assim, o princípio de tipicidade obriga os Estados a estabelecer, tão concretamente quanto seja possível e “previamente”, as “causas” e “condições” da privação da liberdade física.<sup>171</sup>
165. Por sua vez, o artigo 7.3 da Convenção estabelece que “[n]inguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”. A Corte estabeleceu em outras oportunidades que
- ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento por causas e métodos que – ainda que qualificados como legais – possam ser considerados incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo por serem, entre outras coisas, irrazoáveis ou imprevisíveis, ou por falarem desproporcionalidade.<sup>172</sup>
166. Consequentemente, sem prejuízo da legalidade de uma detenção, é necessário em cada caso fazer uma análise da compatibilidade da legislação com a Convenção, no entendimento de que essa lei e sua aplicação devem respeitar os requisitos que a seguir se detalham, para que a medida privativa de liberdade não seja arbitrária:<sup>173</sup> i) que a finalidade das medidas que privem ou restrinjam a liberdade seja compatível com a Convenção; ii) que as medidas adotadas sejam idôneas para cumprir o fim pretendido; iii) que sejam necessárias, no sentido de que sejam absolutamente indispensáveis para conseguir o fim desejado, e que não exista uma medida menos gravosa com respeito ao direito interposto entre todas aquelas que contam com a mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto, razão pela qual o Tribunal ressaltou que o direito à liberdade pessoal supõe que toda limitação a este deve ser excepcional;<sup>174</sup> e iv) que sejam medidas estritamente proporcionais,<sup>175</sup> de tal forma que o sacrifício inerente à restrição do direito à liberdade não seja exagerado ou desmedido frente às vantagens que se obtêm mediante tal restrição e o cumprimento da finalidade a que se visa. Qualquer restrição à liberdade que não contenha motivação suficiente que permita avaliar se se ajusta às condições indicadas será arbitrária e, portanto, violará o artigo 7.3 da Convenção.<sup>176</sup>
167. É por esse motivo que, no presente caso, a referida análise se relaciona com a compatibilidade de medidas privativas de liberdade de caráter punitivo para o controle dos fluxos migratórios, em particular daqueles de caráter irregular, com a Convenção Americana, para desse modo determinar o alcance das obrigações do Estado, no âmbito da responsabilidade estatal gerada pelas violações dos direitos reconhecidos nesse instrumento. Para isso, a Corte passará a avaliar se a medida privativa de liberdade aplicada ao senhor Vélez Loor cumpriu os requisitos mencionados de estar disposta em lei, visar a um fim legítimo e ser idônea, necessária e proporcional. Em princípio, o Tribunal observa que a pena de privação de liberdade imposta ao senhor Vélez Loor mediante a resolução 7.306 (par. 94 supra) se baseou no artigo 67 do Decreto-Lei 16, expedido em 30 de junho de 1960 pelo Presidente da República, após ouvir o parecer favorável do Conselho de Gabinete e a prévia aprovação da Comissão Legislativa Permanente da Assembleia Geral.<sup>177</sup> Nenhuma das partes questionou se essa norma cumpria o princípio de reserva de lei, conforme a jurisprudência deste Tribunal,<sup>178</sup> de maneira que a Corte não conta com elementos suficientes para pronunciar-se a respeito.

170. O artigo 67 dispunha que “[o]s estrangeiros condenados à deportação que se livrem desta pena, permanecendo no país clandestinamente, ou a burlarem regressando a ele, serão encaminhados para trabalhos agrícolas na Colônia Penal de Coiba, por dois anos, e obrigados a sair do país ao cumprir-se esse prazo; poderão ser liberados caso apresentem, a critério do Ministério de Governo e Justiça, passagem para deixar o país”. Decreto-Lei nº 16, de 30 de junho de 1960, nota 80 supra, folha 1153.

171. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 99 supra, par. 57; *Caso Usón Ramírez*, nota 10 supra, par. 145; e *Caso Yvon Neptune*, nota 97 supra, par. 96.

172. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Série C Nº 16, par. 47; *Caso Usón Ramírez*, nota 10 supra, par. 146; e *Caso Yvon Neptune*, nota 97 supra, par. 97.

173. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 99 supra, par. 93; e *Caso Yvon Neptune*, nota 97 supra, par. 98.

174. Cf. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C Nº 111, par. 129; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 99 supra, par. 93; e *Caso Yvon Neptune*, nota 97 supra, par. 98.

175. Cf. *Caso Ricardo Canese*, nota 174 supra, par. 129; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 99 supra, par. 93; e *Caso Yvon Neptune*, nota 97 supra, par. 98.

176. Cf. *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 99 supra, par. 128; *Caso Barreto Leiva*, nota 96 supra, par. 116; e *Caso Yvon Neptune*, nota 97 supra, par. 98.

177. Cf. Decreto-Lei nº 16, de 30 de junho de 1960, nota 80 supra.

178. O princípio de reserva de lei impõe que unicamente mediante uma lei se pode limitar o direito à liberdade pessoal, entendida esta, conforme o artigo 30 da Convenção, como uma norma jurídica de caráter geral, restrita ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados Partes para a formação das leis. Cf. *Parecer Consultivo, A Expressão “Leis” no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*.

*Finalidade legítima e idoneidade da medida*

168. Quanto à possibilidade de estabelecer limitações ou restrições ao direito à liberdade pessoal, cumpre observar que, diferentemente da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais,<sup>179</sup> a Convenção Americana não estabelece explícita ou taxativamente as causas, casos ou circunstâncias que serão considerados legítimos em uma sociedade democrática para habilitar uma medida privativa de liberdade na legislação interna.
169. Como já foi estabelecido, cabe aos Estados a faculdade de controlar e regulamentar a entrada e a permanência de pessoas estrangeiras em seu território (par. 97 *supra*), razão pela qual este pode ser um fim legítimo de acordo com a Convenção. Assim, a utilização de detenções preventivas pode ser idônea para regulamentar e controlar a migração irregular a fim de assegurar o comparecimento da pessoa ao processo migratório, ou para garantir a aplicação de uma ordem de deportação. Não obstante isso, e com respeito ao parecer do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, “a penalização da entrada irregular em um país ultrapassa o interesse legítimo dos Estados em controlar e regulamentar a imigração irregular e pode dar lugar a detenções desnecessárias”.<sup>180</sup> Do mesmo modo, a Relatora das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes tem argumentado que “[a] detenção dos migrantes em virtude de sua condição irregular não deveria em nenhuma circunstância ter caráter punitivo”.<sup>181</sup> No presente caso, a Corte considera que a finalidade de impor uma medida punitiva ao migrante que reingressasse de maneira irregular ao país depois de uma ordem de deportação prévia não constitui uma finalidade legítima de acordo com a Convenção.

*Necessidade da medida*

170. Por outro lado, a Corte observa que a medida prevista no artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960, era uma sanção administrativa de caráter punitivo. A esse respeito, a Corte já afirmou que é preciso levar em conta que as sanções administrativas são, como as penais, uma expressão do poder punitivo do Estado, e que têm, em algumas ocasiões, natureza similar à destas.<sup>182</sup> Em uma sociedade democrática, o poder punitivo só se exerce na medida estritamente necessária para proteger os bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves que lhes causem dano ou os coloquem em perigo. O contrário levaria ao exercício abusivo do poder punitivo do Estado.<sup>183</sup> Em igual sentido, o Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária afirmou que o direito à liberdade pessoal “exige que os Estados recorram à privação de liberdade apenas na medida em que seja necessária para atender a uma necessidade social urgente, e de forma proporcional a essa necessidade”.<sup>184</sup>
171. Desse princípio decorre que a detenção de pessoas por descumprimento das leis migratórias nunca deve ter fins punitivos. Assim, as medidas privativas de liberdade apenas deverão ser utilizadas quando for necessário e proporcional no caso específicos, para os fins mencionados acima, e unicamente pelo menor tempo possível. Para isso, é essencial que os Estados disponham de um catálogo de medidas alternativas,<sup>185</sup> que possam ser efetivas para a consecução dos fins descritos. Consequentemente, serão arbitrárias as políticas migratórias cujo eixo central seja a detenção obrigatória dos migrantes irregulares, sem que as autoridades competentes verifiquem em cada caso específico, e mediante uma avaliação individualizada, a possibilidade de utilizar medidas menos restritivas que sejam efetivas para alcançar aqueles fins.<sup>186</sup>
172. Em razão das considerações acima, o Tribunal considera que o artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960, não visava a uma finalidade legítima, e era desproporcional, pois estabelecia uma sanção de caráter punitivo para os

Parecer Consultivo OC-6/86, de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6. Ver também *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 99 *supra*, par. 56; *Caso Usón Ramírez*, nota 10 *supra*, par. 145; e *Caso Yvon Neptune*, nota 97 *supra*, par. 96.

179. Cf. Artigo 5 sobre direito à liberdade e à segurança da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

180. Nações Unidas, “Promoção e Proteção de Todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, Incluindo o Direito ao Desenvolvimento”, Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, A/HRC/7/4, 10 de janeiro de 2008, par. 53.

181. Nações Unidas, “Grupos específicos e indivíduos: Trabalhadores migrantes”, Relatório apresentado pela Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de acordo com a resolução 2002/62 da Comissão de Direitos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de dezembro de 2002, par. 73 (expediente de prova, tomo V, anexo 22 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 1993).

182. Cf. *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 139 *supra*, par. 106.

183. Cf. *Caso Kimel*, nota 43 *supra*, par. 76; *Caso Usón Ramírez*, nota 10 *supra*, par. 73; e *Caso Tristán Donoso*, nota 120 *supra*, par. 119.

184. Nações Unidas, Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, Os Direitos Civis e Políticos, em Particular as Questões Relacionadas à Tortura e à Detenção, E/CN.4/2006/7, 12 de dezembro de 2005, par. 63.

185. Cf. Nações Unidas, “Promoção e Proteção de Todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, Incluindo o Direito ao Desenvolvimento”, Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, A/HRC/10/21, 16 de fevereiro de 2009, par. 67.

186. Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, *C. vs. Austrália*, Comunicação nº 900/1999: Austrália. 13/11/2002 (CCPR/C/76/D/900/1999), 13 de novembro de 2002, par. 8.2.

estrangeiros que eludissem uma ordem de deportação prévia e, desse modo, dava lugar a detenções arbitrárias. Em suma, a privação de liberdade imposta ao senhor Vélez Loor com base nessa norma constituiu uma violação do artigo 7.3 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.

**g) Notificação da resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002, e recursos a respeito da decisão sancionatória**

173. A Comissão argumentou, em primeiro lugar, que, de acordo com a lei de migração vigente no momento dos fatos, “não existia o direito de apelar a um órgão judicial que oferecesse garantias de independência e imparcialidade”; em segundo lugar, que “a sanção penal foi imposta por meio de um ato administrativo” que, no Panamá, “tem presunção de legalidade e só pode ser impugnado judicialmente depois de esgotar uma série de recursos administrativos e por razões suficientes que consigam desvirtuar a mencionada presunção”; em terceiro lugar, que os recursos indicados pelo Estado “não podem ser considerados adequados para obter a revisão integral de uma sanção penal como a imposta à [suposta] vítima; e, finalmente, que em razão da falta de notificação e assistência jurídica os recursos não estavam ao alcance do senhor Vélez Loor”.
174. As representantes ressaltaram que “a legislação panamenha vigente no momento dos fatos não previa a possibilidade de que a decisão do Diretor-Geral de Migração fosse revista em segunda instância por um juiz ou tribunal”. Além disso, afirmaram que a suposta vítima tampouco teve acesso efetivo aos recursos estabelecidos na Lei nº 16, de 1960, ao “não exist[ir] registro de que a resolução pela qual se condenou o senhor Jesús Vélez Loor [lhe] fora notifica[da] formalmente”, além de que “[e]sta não estava fundamentada, o que o impediu de questionar sua validade”.
175. O Estado reconheceu o “descumprimento da obrigação de notificar o senhor Vélez Loor [sobre o] conteúdo da resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002”, na medida em que “não existe registro da realização da diligência de notificação exigida pelo artigo 22 da Constituição Nacional”. Não obstante isso, observou que “estava sujeit[a] a uma série de medidas de controle jurisdicional e não jurisdicional que podiam ter sido exercidas pela suposta vítima a qualquer momento a partir de [sua] emissão [...], independentemente da falta de notificação”, as quais “não foram exercidas”, e que, por sua “natureza administrativa, não cabia colocar de maneira oficiosa o detido à disposição de uma autoridade jurisdicional”. Por outro lado, afirmou que “embora o senhor Vélez, em virtude da falta de notificação desse ato, não tenha podido recorrer pela via administrativa da pena imposta pelo [Departamento Nacional de Migração], teve a oportunidade de pedir sua anulação”. Além disso, explicou que diante da falta de notificação do ato administrativo “surgem os remédios jurisdicionais contidos nos recursos de plena jurisdição, mandado de segurança, *habeas corpus* e recursos de proteção dos direitos humanos”. Desse modo, o Estado ressaltou que o senhor Vélez Loor tinha a possibilidade de utilizar vários tipos de ação e recurso, tanto administrativos como jurisdicionais e não jurisdicionais, contemplados no sistema jurídico panamenho anteriormente a sua detenção e punição.
176. O Estado também argumentou que “no período posterior à emissão da resolução 7603 [o senhor Vélez Loor] teve comprovado acesso à Defensoria do Povo e aos funcionários consulares de seu país”, e que, portanto, “durante sua detenção no Centro La Joya [*sic*] pôde ter acesso, por meio dessa instituição, aos mecanismos jurisdicionais para o controle das ações administrativas que a legislação interna em vigência oferecia para a tutela de seus direitos”.
177. Segundo o alegado pela Comissão e pelas representantes, a controvérsia subsiste quanto a se o Estado respeitou e garantiu o direito de recorrer a um juiz ou tribunal superior em relação à punição estabelecida por meio da resolução 7.306, de acordo com os artigos 8.2.h e 25 da Convenção Americana.
178. A esse respeito, a Corte entende que os fatos deste caso se circunscrevem ao campo de aplicação do artigo 8.2.h da Convenção, que consagra um tipo específico de recurso que deve ser oferecido a toda pessoa punida com medida privativa de liberdade, como garantia de seu direito à defesa, e considera que não se supõe a aplicação do artigo 25.1 desse Tratado. A desproteção do senhor Vélez Loor se deveu à impossibilidade de recorrer da decisão sancionatória, hipótese incluída no artigo 8.2.h mencionado.
179. A jurisprudência desta Corte foi enfática ao indicar que o direito de impugnar a decisão busca proteger o direito de defesa, na medida em que oferece a possibilidade de interpor um recurso para evitar que se atribua caráter definitivo a uma decisão adotada em um procedimento viciado e que contém erros que causarão um prejuízo indevido aos interesses do acusado.<sup>187</sup> A dupla conformidade judicial, expressa mediante a revisão integral da

187. Cf. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C Nº 107, par. 158; e *Caso Barreto Leiva*, nota 96 *supra*, par. 88.

decisão condenatória ou sancionatória, confirma o fundamento e confere maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado, oferecendo ao mesmo tempo maior segurança e tutela aos direitos do condenado.<sup>188</sup> Nesse sentido, o direito de recorrer da decisão, reconhecido pela Convenção, não se satisfaz com a mera existência de um órgão de grau superior ao que julgou e emitiu a decisão condenatória ou sancionatória, ao qual a pessoa interessada tenha ou possa ter acesso. Para que ocorra uma verdadeira revisão da sentença, no sentido determinado pela Convenção, é preciso que o tribunal superior reúna as características jurisdicionais que o legitimem para conhecer do caso concreto.<sup>189</sup> Sobre esse ponto, embora os Estados tenham certa discricionariedade para regulamentar o exercício desse recurso, não podem estabelecer restrições ou requisitos que limitem a própria essência do direito de recorrer da decisão. A possibilidade de “recorrer da decisão” deve ser acessível, sem exigir maiores complexidades que tornem ilusório esse direito.<sup>190</sup>

180. No presente caso, é inadmissível para este Tribunal que a resolução 7.306, de 6 de dezembro de 2002, emitida pelo Departamento Nacional de Migração, por meio da qual se privou o senhor Vélez Loor de liberdade por quase dez meses, não lhe tenha sido notificada, como o próprio Estado reconheceu (par. 60 *supra*). A Corte considera que a falta de notificação em si mesma viola o artigo 8 da Convenção, pois colocou o senhor Vélez Loor em um estado de incerteza a respeito de sua situação jurídica e tornou impraticável o exercício do direito de recorrer da decisão sancionatória. Por conseguinte, a Corte considera que este caso se enquadra em uma situação de impedimento fático para assegurar um acesso real ao direito de recorrer, assim como em uma ausência de garantias e insegurança jurídica, razão pela qual não é pertinente proceder à análise dos recursos mencionados pelo Estado. Tampouco é necessário analisar a alegação do Estado sobre a Defensoria do Povo como recurso não jurisdicional, pois esta não atende a exigência de um órgão revisor de grau superior com características jurisdicionais nem tampouco ao requisito de ser um recurso amplo que permitisse uma análise ou exame amplo e integral de todas as questões debatidas e analisadas perante a autoridade que emitiu o ato que se impugna. Desse modo, não se trata de um recurso ao qual as pessoas devam necessariamente recorrer.
181. Em razão do exposto, o Tribunal declara que o Panamá violou o direito do senhor Vélez Loor reconhecido no artigo 8.2.h da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.

***h) Ilegalidade do local de reclusão de estrangeiros punidos em aplicação do Decreto-Lei 16, de 1960***

182. O Estado sustentou que “[a] legalidade da localização de estrangeiros punidos em aplicação do artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960, em centros do sistema penitenciário nacional se sustentava, além do conteúdo da própria norma, na interpretação que a Corte Suprema de Justiça havia feito a respeito da legalidade de tal medida”.
183. Em um Estado de Direito, os princípios de legalidade e irretroatividade orientam a atuação de todos os órgãos do Estado, em suas respectivas competências, particularmente quando se trata do exercício de seu poder punitivo.<sup>191</sup> O Tribunal já teve a oportunidade de se referir à aplicação do artigo 9 da Convenção em matéria sancionatória administrativa. A esse respeito esclareceu que “com vistas à segurança jurídica é indispensável que a norma punitiva, seja penal ou administrativa, exista e seja conhecida, ou possa ser, antes que ocorra a ação ou a omissão que a infringe e que se pretende punir. A qualificação de um fato como ilícito e a fixação de seus efeitos jurídicos devem preceder a conduta do sujeito que se considera infrator. Do contrário, os indivíduos não poderiam orientar seu comportamento conforme uma ordem jurídica vigente e inequívoca, na qual se expressam a reprovação social e as consequências desta. Esses são os fundamentos dos princípios de legalidade e de irretroatividade desfavorável de uma norma punitiva”.<sup>192</sup>
184. Apesar de nem a Comissão nem as representantes terem alegado de maneira expressa a violação do artigo 9<sup>193</sup> da Convenção, que consagra o princípio de legalidade, isso não impede que seja aplicado por esta Corte,

188. Cf. *Caso Barreto Leiva*, nota 96 *supra*, par. 89.

189. Cf. *Caso Castillo Petruzzi e outros*, nota 151 *supra*, par. 161; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C Nº 119, par. 192; e *Caso Herrera Ulloa*, nota 187 *supra*, par. 159.

190. Cf. *Caso Herrera Ulloa*, nota 187 *supra*, pars. 161 e 164.

191. Cf. *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 139 *supra*, par. 107; *Caso Yvon Neptune*, nota 97 *supra*, par. 125; e *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 99 *supra*, par. 187.

192. *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 139 *supra*, par. 106, citando *Cf., inter alia, Eur. Court HR, Ezelin v. France* (Application nº 25196/94) Judgment of 15 November 2001, para. 45, e *Eur. Court HR, Müller and others v. Switzerland* (Application nº 10737/84) Judgment of 24 May 1988, para. 29.

193. O artigo 9 da Convenção dispõe:

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

uma vez que esse preceito constitui um dos princípios fundamentais num Estado de Direito para impor limites ao poder punitivo do Estado, e seria aplicável em virtude de um princípio geral de Direito, *iura novit curia*, do qual se valeu reiteradamente a jurisprudência internacional no sentido de que o julgador tem a faculdade, e inclusive o dever, de aplicar as disposições jurídicas pertinentes em uma causa, mesmo quando as partes não as invoquem expressamente.<sup>194</sup> A esse respeito, o Tribunal considera que os fatos deste caso, aceitos pelo Estado e aos quais as partes tiveram ampla possibilidade de se referir, mostram um dano a esse princípio nos seguintes termos.

185. Como foi exposto, o artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960, estabelecia que “[o]s estrangeiros condenados à deportação que eludissem essa pena, permanecendo no país clandestinamente, ou que a burl[assem] regressando a ele, ser[iam] destinados a trabalhos agrícolas na Colônia Penal de Coiba, por dois anos, e obrigados a sair do país ao cumprir este prazo”. Ao senhor Vélez Loor foi imposta “a pena de dois anos de prisão num dos Centros Penitenciários do País” ao voltar a entrar no Panamá depois de uma ordem de deportação (par. 94 *supra*). Embora a Corte já tenha declarado a incompatibilidade desse tipo de medida com a Convenção (pars. 161 a 172 *supra*), a pena imposta ao senhor Vélez tampouco era compatível com o estabelecido na legislação interna.
186. O Estado defendeu a legalidade dessa atuação invocando uma sentença da Corte Suprema de Justiça do Panamá, de 26 de dezembro de 2002, e outros antecedentes. Nessa sentença se estabeleceu que “a aplicação literal do preceito indicado é inoperante, particularmente nos atuais momentos em que a ninguém escapa os esforços que se vêm realizando no âmbito dos entes públicos competentes para a transformação da ilha de Coiba de centro penitenciário em um sítio turístico, ecológico. Desse modo, é ilógico, diante de tais circunstâncias, exigir das autoridades migratórias a aplicação literal do artigo 67, antes referido, quando materialmente se sabe que ele é inaplicável [...]. Consequentemente, o Plenário considera que uma interpretação do artigo 67 comentado, mais adequada à realidade atual e que torne efetiva sua aplicação, leva a estabelecer que a pena de prisão que essa norma faculta à autoridade migratória impor a estrangeiros deportados que tenham descumprido o mandato que implica essa declaração, pode ser cumprida em outros centros penitenciários do país, não necessariamente a Ilha Penal de Coiba, indicada na norma examinada”.<sup>195</sup> No entanto, o Estado especificou que tal situação cessou a partir da revogação da referida norma, motivo pelo qual a pena de privação de liberdade imposta aos estrangeiros que reincidam na violação de ordens de deportação encontra-se atualmente sem efeito.
187. O Estado apresentou algumas outras decisões da Corte Suprema de Justiça do Panamá nas quais se decidiu pela legalidade de se dispor uma medida como a aplicada ao senhor Vélez Loor.<sup>196</sup> Não obstante isso, a Corte considera que a aplicação de uma pena ou sanção administrativa diferente materialmente da prevista em lei contraria o princípio de legalidade, pois se baseia em interpretações extensivas da lei penal. No presente caso, a Corte observa que o Departamento Nacional de Migração não apresentou nenhuma motivação em sua resolução 7.306 sobre os fundamentos para aplicar uma pena num estabelecimento que não era o previsto na referida norma. Com respeito à compatibilidade entre privar de liberdade pessoas migrantes junto com acusados ou condenados por delitos penais e as obrigações internacionais, ver *infra* (pars. 206 a 210).
188. Em virtude das razões expostas, a Corte considera que a aplicação de uma sanção mais gravosa do que a prevista no artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960, infringe o princípio de legalidade e consequentemente descumprir o artigo 9 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Vélez Loor.

194. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 51 *supra*, par. 163; *Caso Usón Ramírez*, nota 10 *supra*, par. 53; e *Caso Garibaldi*, nota 9 *supra*, par. 33.

195. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Panamá, de 26 de dezembro de 2002, na qual se dispôs a legalidade da localização de estrangeiros punidos em aplicação do artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960, em centros do sistema penitenciário nacional que não a ilha penal de Coiba. (Inclui decisões nela mencionadas com antecedentes; ver pontos 16 a 21) (expediente de prova, tomo X, anexo 15 das alegações finais do Estado, folhas 4046 a 4054).

196. Cf. Sentença do Plenário da Corte Suprema de Justiça. Ação de *Habeas Corpus* a favor de Jorge Perlaza Royo contra o Licenciado Eric Singares e a Licenciada Rosabel Vergara, Diretor e Subdiretora Nacional de Migração e Naturalização. Magistrado Relator: Arturo Hoyos. Panamá, 12 de janeiro de 2001 (expediente de prova, tomo X, anexo 16 das alegações finais do Estado, folhas 4055 a 4060); Sentença do Plenário da Corte Suprema de Justiça. Ação de *Habeas Corpus* interposta pela Licenciada Magaly Castillo, a favor de Vicente Limones, contra o Diretor Nacional de Migração e Naturalização. Magistrada Relatora: Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera. Panamá, 25 de julho de 2001 (expediente de prova, tomo X, anexo 17 das alegações finais do Estado, folhas 4061 a 4066); Sentença do Plenário da Corte Suprema de Justiça. Ação de *Habeas Corpus* interposta pela Licenciada Anda J. jurado Zamora, em favor de Guillermo Goicochea contra o Diretor Nacional de Migração. Magistrado Relator: Jasé A. Troyano. Panamá, 30 de abril de 2001 (expediente de prova, tomo X, anexo 19 das alegações finais do Estado, folhas 4073 a 4077), e Sentença do Plenário da Corte Suprema de Justiça. *Habeas Corpus* interposto pelo Licenciado Víctor Orobio em favor de Jairo González contra o Departamento Nacional de Migração e Naturalização do Ministério de Governo e Justiça. Magistrado Relator: Rogelio Fábrega Z. Panamá, 14 de fevereiro de 2001 (expediente de prova, tomo X, anexo 20 das alegações finais do Estado, folhas 4078 a 4083).

**h) Conclusão**

189. As partes apresentaram diversas considerações em relação ao artigo 7 da Convenção Americana, em seus diferentes parágrafos. A Comissão e o Estado coincidiram, reconhecendo a jurisprudência da Corte, em que qualquer violação dos parágrafos 2 a 7 do artigo 7 da Convenção implica necessariamente a violação do parágrafo primeiro, posto que a falta de respeito das garantias da pessoa privada de liberdade resulta na falta de proteção do próprio direito à liberdade dessa pessoa.
190. A esse respeito, a Corte já observou que essa norma estabelece uma regulamentação geral e uma regulamentação específica composta por uma série de garantias. Com efeito, o artigo 7.1 da Convenção Americana reconhece em termos gerais que “[t]oda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”. Esse direito pode ser exercido de múltiplas formas, mas a Convenção Americana regulamenta “os limites ou restrições que o Estado pode aplicar” mediante as diversas garantias estabelecidas nos diferentes parágrafos dessa norma, os quais devem ser observados para privar alguém de sua liberdade de forma legítima.<sup>197</sup> Essas garantias protegem o direito: i) a não ser privado da liberdade ilegalmente (art. 7.2) ou arbitrariamente (art. 7.3); ii) a conhecer as razões da detenção e as acusações formuladas contra o detido (art. 7.4); iii) ao controle judicial da privação da liberdade e da razoabilidade do prazo da prisão preventiva (art. 7.5); iv) a impugnar a legalidade da detenção (art. 7.6); e v) a não ser detido por dívidas (art. 7.7).
191. Em virtude das considerações acima expostas, e tendo em vista o reconhecimento de responsabilidade do Estado, o Tribunal declara que o Estado violou o direito reconhecido no artigo 7.3, e as garantias incluídas nos artigos 7.4, 7.5 e 7.6 da Convenção, em detrimento do senhor Vélez Loor, em relação às obrigações consagradas no artigo 1.1 do mesmo instrumento. Consequentemente, violou-se o direito à liberdade pessoal da vítima contemplado no artigo 7.1 da Convenção, em relação ao dever de respeito estabelecido no artigo 1.1 do Tratado. Do mesmo modo, o Estado violou o artigo 8.1, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.f e 8.2.h da Convenção Americana, em relação às obrigações reconhecidas no artigo 1.1 do mesmo instrumento. Finalmente, o Estado violou o artigo 9 da Convenção Americana, por ter faltado à obrigação de respeito constante do artigo 1.1 do mesmo instrumento, tudo isso em detrimento do senhor Vélez Loor.

**j) Considerações sobre o artigo 2 da Convenção Americana**

192. A Comissão avaliou positivamente a emissão do Decreto-Lei nº 3, de 22 de fevereiro de 2008, que abole a pena de prisão por entrada ilegal reincidente no Panamá, mas declarou que o referido decreto “não resolve a violação do artigo 2”, devido à aplicação no caso do senhor Vélez Loor do Decreto-Lei nº 16, de 30 de junho de 1960, e a consequente falta de garantias processuais em razão de sua condição de migrante. Portanto, concluiu que o Estado “violou o artigo 2 por não harmonizar sua lei interna com os direitos consagrados nos artigos 7, 8 e 25”. As representantes afirmaram que o Estado violou o artigo 2 da Convenção Americana em concordância com o descumprimento das obrigações incluídas nos artigos 5, 7, 8, 25 e 24 do mesmo instrumento.
193. O Estado negou a violação do artigo 2 da Convenção Americana. A esse respeito, afirmou que a aplicação do artigo 67 do Decreto-Lei 16, de 1960, se condicionava a “disposições suficientes para garantir a todas as pessoas sujeitas à jurisdição panamenha, nacionais e estrangeiras sem discriminação, o gozo dos direitos estabelecidos na Convenção [...], especialmente aquelas voltadas para a proteção dos direitos de liberdade pessoal, garantias judiciais e proteção judicial”. Finalmente, o Estado salientou que “o artigo 141 do Decreto-Lei 3, de 2008, estabeleceu a revogação do Decreto-[Lei] 16, de 1960, e de qualquer outra norma que lhe seja contrária, a partir de sua entrada em vigência”, motivo pelo qual ocorreu o fenômeno de subtração da matéria.
194. O artigo 2 da Convenção estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições desse instrumento, para garantir os direitos nela consagrados, o que implica que as medidas de direito interno deverão ser efetivas (princípio de *effet utile*).<sup>198</sup> O artigo 2 da Convenção não define quais são as medidas pertinentes para adequar o direito interno, mas a Corte interpretou que isso implica a adoção de medidas em duas vertentes, a saber: i) a eliminação das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação das garantias previstas na Convenção ou que desconheçam os direitos ali reconhecidos ou dificultem seu exercício; e ii) a emissão de normas e o desenvolvimento de práticas destinadas à efetiva observância dessas garantias.<sup>199</sup> O Tribunal tem entendido que a obrigação da primeira

197. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 99 *supra*, par. 53.

198. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, pars. 68 e 69; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 163; e *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 27 *supra*, par. 179.

199. Cf. *Caso Castillo Petruzzi e outros*, nota 151 *supra*, par. 207; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 104 *supra*, par. 213; e *Caso do Massacre de*

vertente se descumpra enquanto a norma ou prática que viola a Convenção se mantenha no ordenamento jurídico<sup>200</sup> e, desse modo, se satisfaz com a modificação,<sup>201</sup> a revogação, ou de algum modo a anulação,<sup>202</sup> ou a reforma<sup>203</sup> das normas ou práticas que tenham estes alcances, conforme seja pertinente.<sup>204</sup>

195. As reformas introduzidas no marco normativo panamenho em matéria migratória não anulam as violações cometidas em detrimento do senhor Vélez Loor pela aplicação do Decreto-Lei nº 16, de 1960, e por ter o Estado deixado de harmonizar essa legislação com suas obrigações internacionais a partir da data de ratificação da Convenção Americana (Capítulo V *supra*). Por esse motivo, o Tribunal considera que o Estado violou o artigo 2 da Convenção Americana em relação aos artigos 7 e 8 do mesmo instrumento. As reformas mencionadas serão consideradas para os fins pertinentes no capítulo correspondente às reparações (Capítulo IX *infra*).

## VIII-2

### Direito à Integridade Pessoal, em relação às Obrigações de Respeitar e Garantir os Direitos e às Obrigações Dispostas na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

196. As alegações da Comissão e das representantes, em conformidade com o artigo 5 da Convenção Americana e da Convenção contra a Tortura, se referem i) às condições carcerárias; e ii) à obrigação de investigar os atos de tortura. Além disso, os alegados atos de tortura e a obrigação de tipificar a tortura como crime, trazidos a este processo pelas representantes, serão levados em conta na medida em que complementam a obrigação de investigar os alegados atos de tortura (par. 47 *supra*). O Estado, por sua vez, reconheceu sua responsabilidade internacional pela violação do direito à integridade pessoal, constante dos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, com relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, unicamente quanto a determinadas condições de detenção às quais o senhor Vélez Loor foi submetido durante o tempo em que foi privado de liberdade, com exceção da obrigação de oferecer assistência médica adequada e do fornecimento de água (par. 67 *supra*).
197. Com efeito, o Estado “admit[iu] que as graves deficiências que afetam o sistema [p]enitenciário [n]acional, afetam negativamente o direito à integridade das pessoas privadas de liberdade”. A esse respeito, enfatizou especialmente “as graves deficiências físicas, estruturais e de funcionamento”, as quais contrariam as leis internas, bem como as normas internacionais sobre a matéria adotadas pelo país. Com relação à Prisão Pública de La Palma e ao Complexo La Joya-La Joyita, “reconhec[eu] a existência, entre outros, dos seguintes problemas documentados por diferentes autoridades panamenhas: deficiências estruturais nos centros de detenção, problemas no fornecimento regular de água, superlotação penitenciária, deficiência dos sistemas de classificação das pessoas privadas de liberdade, deficiências dos programas de ressocialização e educação”. O Estado também esclareceu que para remediar a situação de superlotação nos centros penitenciários do país “adotou medidas com efeitos a curto e médio prazo”, as quais expôs em detalhe. Nesse sentido, aceitou a responsabilidade,<sup>205</sup> limitada à época dos fatos, e se submeteu à decisão que a Corte disponha.

*Las Dos Erres*, nota 27 *supra*, par. 122.

200. *Cf. Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C Nº 73, par. 88; *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 166, par. 57; e *Caso La Cantuta*, nota 103 *supra*, par. 172.

201. *Cf. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, nota 145 *supra*, par. 113; *Caso Zambrano Vélez e outros*, nota 200 *supra*, par. 57; e *Caso La Cantuta*, nota 103 *supra*, par. 172.

202. *Cf. Caso Caesar Vs. Trinidad e Tobago. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 11 de março de 2005. Série C Nº 123, par. 94; *Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador. Exceção Preliminar e Mérito*. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C Nº 179, par. 122; e *Caso Zambrano Vélez e outros*, nota 200 *supra*, par. 57.

203. *Cf. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 133, par. 87; *Caso Salvador Chiriboga*, nota 202 *supra*, par. 122; e *Caso Zambrano Vélez e outros*, nota 200 *supra*, par. 57.

204. *Cf. Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros)*, nota 200 *supra*, par. 87; *Caso Salvador Chiriboga*, nota 202 *supra*, par. 122; e *Caso Zambrano Vélez e outros*, nota 200 *supra*, par. 57.

205. Em relação às condições de detenção reconhecidas pelo Estado, o Tribunal observa que depois de uma visita ao Panamá e especificamente ao presídio de La Joyita, em junho de 2001, a Comissão Interamericana emitiu um comunicado de imprensa no qual fez alusão a condições de detenção incompatíveis com a dignidade humana. Referiu-se, entre outros, aos altos índices da população carcerária; ao grande número de detidos que se viam obrigados a dormir no chão ou pendurados em redes, colocadas às vezes a quatro metros de altura do piso; às deterioradas e insuficientes instalações sanitárias, o que colocava em risco a saúde dos presos. Além disso, a Comissão constatou sérias deficiências nos serviços de saúde acessíveis aos detidos, assim como a falta de oportunidades de ocupação laboral, programas de reabilitação e atividades recreativas. *Cf. Comunicado de imprensa nº 10/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, de 8 de junho de 2001 (expediente de prova, tomo III, anexo 29 da demanda, folhas 1529 e 1530).

198. Esta Corte salientou que, de acordo com o artigo 5.1 e 5.2 da Convenção,<sup>206</sup> toda pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal. Como responsável pelos estabelecimentos de detenção, o Estado se encontra em posição especial de garante dos direitos de toda pessoa que se encontre sob sua custódia.<sup>207</sup> Isso implica o dever do Estado de salvaguardar a saúde e o bem-estar dos reclusos, oferecendo-lhes, inclusive, a assistência médica necessária e a garantia de que a maneira e o método de privação de liberdade não excedam o nível inevitável de sofrimento inerente à detenção.<sup>208</sup> Sua falta de cumprimento pode resultar em violação da proibição absoluta de aplicar tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.<sup>209</sup> Nesse sentido, os Estados não podem invocar privações econômicas para justificar condições de detenção que não cumpram as normas mínimas internacionais nessa área e não respeitem a dignidade do ser humano.<sup>210</sup>
199. Da prova apresentada neste caso se infere que na época dos fatos relacionados à detenção do senhor Vélez Loor existia apenas um albergue para migrantes em todo o país, especificamente na Cidade do Panamá, para alojar as pessoas em situação migratória irregular, enquanto se determinava sua situação e se definia se seriam deportadas ou não.<sup>211</sup> Atualmente, o Panamá conta com dois albergues para migrantes, os quais se localizam na referida cidade capital,<sup>212</sup> razão pela qual as pessoas detidas em áreas fronteiriças, quer se trate de migrantes irregulares ou de pessoas em busca de proteção internacional, são alojadas nos centros penitenciários das províncias ou nas delegacias de polícia até que seu traslado aos albergues do Serviço Nacional de Migração na Cidade do Panamá seja possível.<sup>213</sup>
200. Assim, ao ser detido na Província de Darién, o senhor Vélez Loor foi trasladado, juntamente com outras quatro pessoas de nacionalidade estrangeira,<sup>214</sup> à Prisão Pública de La Palma<sup>215</sup> (par. 93 *supra*), o principal centro de reclusão da região.<sup>216</sup> O testemunho do senhor Vélez Loor revela que durante sua detenção em La Palma também havia “detidos peruanos e suas esposas, e colombianos [...], com seus filhos, mulheres grávidas, [e] uma peruana adolescente grávida”.<sup>217</sup> Dentro das instalações havia três celas para homens: a cela grande, a preventiva e a quadra, que eram antigos depósitos de materiais sem ventilação natural ou artificial.<sup>218</sup> Além

206. O artigo 5 da Convenção Americana dispõe, em sua parte pertinente, que:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

207. *Cf. Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Mérito.* Sentença de 19 de janeiro de 1995. Série C Nº 20, par. 60; *Caso Yvon Neptune*, nota 97 *supra*, par. 130, e *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Mérito, Reparaciones e Custas.* Sentença de 5 de julho de 2006. Série C Nº 150, pars. 85 e 87.

208. *Cf. Caso “Instituto de Reeducação do Menor” Vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas.* Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C Nº 112, par. 159; *Caso Yvon Neptune*, nota 97 *supra*, par. 130; e *Caso Boyce e outros Vs. Barbados. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas.* Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C Nº 169, par. 88.

209. *Cf. Caso Cantoral Benavides*, nota 27 *supra*, par. 95; *Caso Boyce e outros*, nota 208 *supra*, par. 88; e *Caso Bueno Alves*, nota 157 *supra*, pars. 75 e 76. A esse respeito, o Comitê contra a Tortura declarou que “[a] superlotação e as precárias condições materiais e de higiene nos estabelecimentos carcerários, a carência de serviços básicos, em especial de atenção médica apropriada, a incapacidade das autoridades de garantir a proteção dos reclusos em situações de violência intercarcerária [...] e outras graves carências, além de descumprir as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos, agravam a privação de liberdade dos reclusos condenados e processados e a transformam em pena cruel, desumana e degradante e, para os últimos, também, em pena antecipada de sentença”. Nações Unidas, Relatório do Comitê contra a Tortura, 25º Período de Sessões (13 a 24 de novembro de 2000) / 26º Período de Sessões (30 de abril a 18 de maio de 2001), A/56/44, 10 de maio de 2001, par. 95 f.

210. *Cf. Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia)*, nota 207 *supra*; e *Caso Boyce e outros*, nota 208 *supra*, par. 88.

211. *Cf. Declaração prestada por María Cristina González na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010.*

212. *Cf. Declaração prestada por María Cristina González na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010.*

213. *Cf. Declaração prestada pela senhora Sharam Irasema Diaz Rodríguez*, nota 135 *supra*, folha 3667; e Nota DDP-RP-DRI nº 24-2010, nota 135 *supra*.

214. *Cf. Nota nº 061 Seção Judicial*, emitida pelo Chefe do Primeiro Batalhão de Apoio e Serviço da Prisão Pública de La Palma, dirigida ao Promotor Auxiliar da República em 2 de setembro de 2009 (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folha 2400); e Nota nº 163-02 Regional Metetí, emitida pelo Supervisor Regional de Migração de Metetí, dirigida ao Chefe da Zona Policial de Darién em 12 de novembro de 2002 (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folha 2401).

215. *Cf. Formulário Único de Filiação*, Prisão Pública de La Palma, Darién, Sistema Penitenciário, Ministério de Governo e Justiça, 12 de novembro de 2002 (expediente de prova, tomo III, anexo 11 da demanda, folha 1219); e Expediente do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor no Sistema Penitenciário Nacional (expediente de prova, tomo VI, anexo 3 da contestação da demanda, folhas 2624 e 2625).

216. *Cf. Informação sobre a Prisão Pública de La Palma disponível na página web do Departamento Geral do Sistema Penitenciário* (expediente de prova, tomo IV, anexo 8 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 1581).

217. Declaração prestada por Jesús Tranquilino Vélez Loor na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010.

218. *Cf. Declaração prestada pela senhora Sharam Irasema Diaz Rodríguez*, nota 135 *supra*, folhas 3664 a 3665; e Relatório Especial do Defensor do Povô da República do Panamá sobre a Situação das Prisões do Interior do País, de 12 de abril de 2005 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 42 da contestação da demanda, folha 3438).

disso, existia um quarto para as mulheres detidas, desprovido de segurança e de separação física.<sup>219</sup> Ali, o senhor Vélez Loor esteve detido na cela onde se alojavam os privados de liberdade de bom comportamento e os idosos,<sup>220</sup> a qual se encontrava próxima a um depósito de combustível.<sup>221</sup> Nesse recinto esteve privado de liberdade junto com pessoas detidas por delitos.<sup>222</sup>

201. Posteriormente, em 18 de dezembro de 2002, o senhor Vélez Loor foi transferido para o Complexo Penitenciário La Joya-La Joyita,<sup>223</sup> onde ingressou no dia seguinte<sup>224</sup> e foi confinado no Pavilhão 6 do Centro Penitenciário La Joyita, na seção destinada aos privados de liberdade de nacionalidade estrangeira,<sup>225</sup> onde também compartilhou cela com pessoas privadas de liberdade por delitos.<sup>226</sup> Esse centro está localizado no Bairro de Pacora, Cidade do Panamá, e se converteu hoje no maior centro penitenciário do país.<sup>227</sup>
202. A Prisão Pública de La Palma tinha, no ano de 2003, capacidade física para 108 pessoas, tanto mulheres como homens.<sup>228</sup> Segundo dados oficiais do Sistema Penitenciário panamenho,<sup>229</sup> no ano de 2002, sua população total havia chegado a 146; e em 2003, a 149. Por sua vez, o Centro Penitenciário La Joyita tinha, no ano de 2003, capacidade física para abrigar 1.770 pessoas.<sup>230</sup> Segundo dados oficiais do Sistema Penitenciário panamenho,<sup>231</sup> no ano de 2002, sua população total de privados de liberdade havia chegado a 2.430 detidos; e no ano de 2003, a 2.917.
203. Ao ter ultrapassado os limites de sua capacidade, ambas as unidades penitenciárias se encontravam, no momento dos fatos, com altos índices de superlotação. Ainda mais, visto que a densidade populacional era superior a 120% de sua capacidade de alojamento oficialmente prevista, o Tribunal considera que os níveis de superlotação haviam alcançado um estado crítico. Por conseguinte, durante o tempo em que o senhor Vélez Loor esteve preso em La Palma e em La Joyita, existiam altos níveis de superlotação com uma densidade populacional de 135% e 164%, respectivamente.
204. Como este Tribunal já destacou,<sup>232</sup> tal situação de superlotação dificulta o desempenho normal de funções essenciais nos centros, como a saúde, o descanso, a higiene, a alimentação, a segurança, o regime de visitas, a educação, o trabalho, a recreação e a visita íntima; causa a deterioração generalizada das instalações físicas; provoca sérios problemas de convivência, e favorece a violência intracarcerária. Tudo isso em prejuízo tanto dos presos como dos funcionários que trabalham nos centros penitenciários, devido às condições difíceis e de risco nas quais desenvolvem suas atividades diárias.
205. Dado que essas alegações e o reconhecimento se referem a fatos ocorridos enquanto o senhor Vélez Loor se

219. Cf. Declaração prestada pela senhora Sharam Irasema Diaz Rodríguez, nota 135 *supra*, folhas 3664 a 3665; e Relatório Especial do Defensor do Povo da República do Panamá, nota 218 *supra*.

220. Cf. Nota nº 208-DGSP.DAL, nota 69 *supra*.

221. Cf. Nota nº 208-DGSP.DAL, nota 69 *supra*; e Declaração prestada por Leoncio Raúl Ochoa Tapia, nota 160 *supra*, folha 3657.

222. Cf. Declaração prestada por Jesús Tranquilino Vélez Loor na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010; e declaração prestada por Leoncio Raúl Ochoa Tapia, nota 160 *supra*, folha 3657. A testemunha González afirmou que as pessoas detidas à disposição da imigração não estavam localizadas na mesma área do quartel de La Palma que as pessoas detidas por causas penais ou policiais. Cf. Declaração prestada por Carlos Benigno González Gómez, nota 122 *supra*, folha 3789.

223. Cf. Comunicação nº DNMYN-SI-1265-02, nota 76 *supra*; Comunicação nº DNMYN-SI-1264-02, nota 76 *supra*; Comunicação nº DNMYN-SI-1266-02, nota 76 *supra*; e Ofício nº 2778 T, nota 76 *supra*.

224. Cf. Expediente do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, nota 215 *supra*, folha 2643; Nota nº 208-DGSP.DAL, nota 69 *supra*; e Relatório do Diretor-Geral da Polícia Nacional do Panamá, nota 69 *supra*, folha 1574.

225. Cf. Relatório do Diretor-Geral da Polícia Nacional do Panamá, nota 69 *supra*, folha 1574; Informação sobre o Centro Penitenciário La Joyita disponível na página web do Departamento Geral do Sistema Penitenciário (<http://sistemapenitenciario.gob.pa/detailcentros.php?centID=2>) (expediente de prova, tomo IV, anexo 10 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 1582); e Nota nº 1420-DGSP.DAL emitida pelo Diretor-Geral do Sistema Penitenciário, dirigida ao Promotor Auxiliar da República em 13 de outubro de 2009 (expediente de prova, tomo VI, anexo 3 da contestação da demanda, folha 2553).

226. Cf. Declaração prestada por Jesús Tranquilino Vélez Loor na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010.

227. Cf. Informação sobre o Centro Penitenciário La Joyita, nota 225 *supra*.

228. Cf. Declaração prestada pela senhora Sharam Irasema Diaz Rodríguez, nota 135 *supra*, folha 3664.

229. Cf. Relatório do Departamento de Estatística da Diretoria Administrativa do Ministério de Governo e Justiça intitulado "População Penitenciária na República por Ano por Centro Penitenciário 2000-2007" (expediente de prova, tomo IV, anexo 12 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 1601). No mesmo sentido, declaração prestada pela senhora Sharam Irasema Diaz Rodríguez, nota 135 *supra*, folha 3664.

230. Cf. Declaração prestada pela senhora Sharam Irasema Diaz Rodríguez, nota 135 *supra*, folha 3664; e *Alianza Ciudadana Pro Justicia, Audito Ciudadano de la Justicia Penal en Panamá*, Panamá 2004 (expediente de prova, tomo IV, anexo 18 ao escrito de petições, argumentos e provas, folha 1732).

231. Cf. Relatório do Departamento de Estatística, nota 229 *supra*, folha 1602. No mesmo sentido, declaração prestada pela senhora Sharam Irasema Diaz Rodríguez, nota 135 *supra*, folha 3664.

232. Cf. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia)*, nota 207 *supra*, par. 90; e *Caso Boyce e outros*, nota 208 *supra*, par. 93.

encontrava sob a custódia do Estado panamenho em função de sua situação migratória irregular, privado de liberdade em centros penitenciários do sistema nacional, o Tribunal se referirá a seguir à necessidade de que as pessoas detidas por sua situação migratória permaneçam em lugares diferentes dos destinados às pessoas acusadas ou condenadas pela prática de delitos penais, para posteriormente passar a analisar os assuntos sobre os quais subsiste a controvérsia.

**a) Necessidade de que as pessoas detidas por sua situação migratória permaneçam em locais diferentes dos destinados às pessoas acusadas ou condenadas por cometer delitos penais**

206. Tanto a Comissão como as representantes argumentaram sobre a obrigação do Estado de separar as pessoas que cometeram infrações penais daquelas que são detidas por questões migratórias. O Estado não apresentou um argumento específico a esse respeito, mas aceitou “a existência de uma séria deficiência nos sistemas de classificação da população de privados de liberdade”. No que diz respeito ao Pavilhão 6 do Centro Penitenciário La Joyita, onde esteve preso o senhor Vélez Loor, declarou que “é um pavilhão [d]e segurança média a baixa onde eram localizadas pessoas privadas de liberdade pelas mesmas causas que o senhor Vélez, e outras causas que excluía[m] os detidos co[n]siderados perigosos”. Do mesmo modo, argumentou que a abertura de albergues para migrantes pelo Departamento Nacional de Migração, onde unicamente se alojem migrantes, garante a referida separação.
207. Embora a Corte já tenha se referido à situação de particular vulnerabilidade em que costumam se encontrar as pessoas migrantes (par. 98 *supra*), neste caso é importante ressaltar como essa vulnerabilidade se vê aumentada quando, em virtude de sua situação migratória irregular, são privadas de liberdade em centros penitenciários nos quais são presos com pessoas processadas ou punidas pela prática de crimes,<sup>233</sup> como ocorreu no presente caso. Essa situação faz com que os migrantes sejam mais propensos a sofrer tratamentos abusivos, pois acarreta uma condição individual *de facto* de desproteção em relação ao restante dos detidos. Assim, no âmbito de suas obrigações de garantia dos direitos reconhecidos na Convenção, o Estado deve se abster de atuar de maneira tal que propicie, estimule, favoreça ou aprofunde essa vulnerabilidade,<sup>234</sup> e deve adotar, quando seja pertinente, as medidas necessárias e razoáveis para prevenir ou proteger os direitos daqueles que se encontrem em tal situação.
208. Por esse motivo, caso seja necessário e proporcional no caso concreto, os migrantes devem ser detidos em estabelecimentos especificamente destinados para essa finalidade, e que sejam apropriados à sua situação legal, e não em prisões comuns, cuja finalidade é incompatível com a natureza de uma possível detenção de uma pessoa por sua situação migratória, ou em outros lugares onde possam estar ao lado de pessoas acusadas ou condenadas por delitos penais. Esse princípio de separação atende, certamente, às diferentes finalidades da privação de liberdade. Com efeito, quando se trata de pessoas que sofrem condenação, as condições de privação de liberdade devem se destinar à “finalidade essencial” das penas privativas da liberdade, ou seja, “a mudança e a readaptação social dos condenados”.<sup>235</sup> Quando se trata de migrantes, a detenção e privação de liberdade unicamente pela situação migratória irregular deve ser utilizada, quando seja necessário e proporcional ao caso concreto, apenas admissível durante o menor tempo possível e em atenção aos fins legítimos referidos (pars. 169 e 171 *supra*). Com efeito, na época da detenção do senhor Vélez Loor, vários organismos internacionais haviam se pronunciado sobre a necessária separação das pessoas privadas de liberdade por infração às leis migratórias das que estão detidos, seja como processados, seja como condenados, por delitos penais.<sup>236</sup> Por

233. No mesmo sentido, Nações Unidas, Relatório da Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de acordo com a Resolução 2002/62 da Comissão de Direitos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de dezembro de 2002, par. 16; e Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, nota 84 *supra*, folha 2027, par. 41.

234. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, pars. 112 e 172; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 172; e *Caso Perozo*, nota 9 *supra*, par. 118.

235. O artigo 5.6 da Convenção Americana estabelece que: “[a]s penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

236. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em decisão do ano 2000, declarou que “entendia que não era desejável que os que se encontram aguardando deportação estejam no mesmo lugar que os prisioneiros condenados por delitos penais”. *Eur. Court HR, Ha You ZHU v. United Kingdom* (Application n° 36790/97) Admissibility of 12 September 2000, page 6. (tradução da Secretária) Além disso, a Relatoria sobre Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias no Hemisfério, no ano de 2001, considerou que as pessoas em situação migratória irregular, privadas de liberdade por esse fato, devem ser detidas “em locais de detenção e não em prisões comuns”. Organização dos Estados Americanos, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2000. Segundo Relatório de Progresso da Relatoria sobre Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, Capítulo VI, Estudos Especiais, 16 abril 2001, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., par. 110. Do mesmo modo, o Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, no ano de 2003, recomendou “acabar com a prática atual de deter estrangeiros por razões de migração juntamente com pessoas acusadas da prática de crimes comuns”. Nações Unidas, Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo. Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas com a tortura e da detenção, E/CN.4/2004/3/Add.3, 23 de dezembro de 2003, Recomendação 75.

consequente, o Tribunal considera que os Estados devem dispor de estabelecimentos públicos separados, especificamente destinados para esse fim<sup>237</sup> e, caso o Estado não disponha dessas instalações, deverá dispor de outros lugares, os quais em nenhum caso poderão ser os centros penitenciários.<sup>238</sup>

209. Embora a privação de liberdade traga com frequência, como consequência inescapável, o dano ao gozo de outros direitos humanos, além do direito à liberdade pessoal, no caso de pessoas privadas de liberdade exclusivamente por questões migratórias, os lugares de detenção devem ser projetados com a finalidade de garantir “condições materiais e um regime adequado para sua situação legal, e cujo pessoal esteja devidamente qualificado”,<sup>239</sup> evitando na medida do possível a desintegração dos núcleos familiares. Consequentemente, o Estado está obrigado a adotar determinadas medidas positivas, concretas e voltadas para garantir não apenas o gozo e o exercício daqueles direitos cuja restrição não é efeito colateral da situação de privação da liberdade, mas também para assegurar que esta não crie um risco maior de dano aos direitos, à integridade e ao bem-estar pessoal e familiar das pessoas migrantes.
210. A Corte considera que, tendo em vista que o senhor Vélez Loor foi privado de liberdade na Prisão Pública de La Palma e, posteriormente, no Centro Penitenciário La Joyita, centros carcerários dependentes do sistema penitenciário nacional nos quais esteve preso junto com pessoas processadas e/ou condenadas por cometer delitos, o Estado violou o artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento do senhor Vélez Loor.

**b) Condições de detenção na Prisão Pública de La Palma e no Centro Penitenciário La Joyita**

211. Levando em consideração o reconhecimento parcial de responsabilidade feito pelo Estado (Capítulo VI *supra*), subsiste a controvérsia sobre as questões relacionadas ao fornecimento de água em La Joyita e ao atendimento médico prestado ao senhor Vélez Loor nesse recinto, o que se examinará a seguir.

**1) Fornecimento de água em La Joyita**

212. A respeito do Centro Penitenciário La Joyita, a Comissão ressaltou, entre outros aspectos, “a falta de acesso a serviços básicos como chuveiro, água potável e um sistema adequado para recolher o lixo dos presos”. As representantes declararam que o senhor Vélez Loor esteve detido sem “água suficiente para o consumo humano e a pouca que havia era [de] má qualidade”, e que a ausência de fornecimento de água em La Joyita se prolongou por duas semanas.
213. O Estado afirmou que “[é] fals[o] que os presos haviam ficado sem água durante mais de duas semanas [em La Joyita]”, já que durante esse período foram adotadas medidas de urgência para garantir o fornecimento mediante o “uso de caminhões-pipa”, foram identificadas as causas imediatas do problema e realizadas as correções necessárias para normalizar o referido fornecimento. Nesse sentido, questionou “a existência de ações dolosas contra as pessoas privadas de liberdade” e ressaltou que “é tendenciosa a afirmação de que o desabastecimento de água seja utilizado como uma forma de castigo contra a população privada de liberdade”.
214. Da prova dos autos se depreende que, durante uma visita de inspeção realizada pelo pessoal do Programa de Supervisão dos Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade da Defensoria do Povo do Panamá em 23 de

237. A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, de 18 de dezembro de 1990, em seu artigo 17(3), estabelece que: qualquer trabalhador migrante ou membro da sua família que se encontre detido num Estado de trânsito, ou num Estado de emprego, por violação das disposições relativas à migração deve, na medida do possível, ser separado das pessoas detidas ou presas preventivamente. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, aprovada pela Assembleia Geral em sua Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990. Além disso, o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, no ano de 2002, afirmou que “nos casos em que se considera necessário privar as pessoas de liberdade durante um período prolongado de acordo com a legislação de imigração, deveriam acomodá-los em estabelecimentos especificamente projetados para tais propósitos, que ofereçam condições materiais e um regime adequado para sua situação legal, e cujo pessoal esteja devidamente qualificado”. Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT), Normas do CPT, Seções dos Relatórios Gerais do CPT dedicadas a questões de mérito, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004, Capítulo IV. Cidadãos estrangeiros detidos sob legislação de imigração, Extrato do 7º Relatório Geral [CPT/Inf (97) 10], par. 29.

238. Cf. A Relatoria das Nações Unidas sobre Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, no ano de 2002, recomendou aos Estados “[z]elar por que os migrantes submetidos a detenção administrativa sejam alojados em estabelecimentos públicos destinados especificamente para esse fim ou, quando não seja possível, em instalações diferentes das destinadas aos detidos por delitos penais”. Nações Unidas, “Grupos específicos e indivíduos: Trabalhadores Migrantes”, Relatório da Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de acordo com a Resolução 2002/62 da Comissão de Direitos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de dezembro de 2002, par. 75. i).

239. Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT), Normas do CPT, Seções dos Relatórios Gerais do CPT dedicadas a questões de mérito, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004, Capítulo IV. Cidadãos estrangeiros detidos sob legislação de imigração, Extrato do 7º Relatório Geral [CPT/Inf (97) 10], par. 29. Na mesma linha, Organização dos Estados Americanos, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2000. Segundo Relatório de Progresso da Relatoria sobre Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, Capítulo VI, Estudos Especiais, 16 abril 2001, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., par. 110.

junho de 2003, um grupo de internos do Centro Penitenciário La Joyita denunciou a falta de fornecimento de água potável por um período de 15 dias nas instalações desse centro, o que teria ocasionado quadros de desidratação, diarreia e conjuntivite em internos de alguns pavilhões, bem como o transbordamento das águas residuais. Em 1º de julho de 2003, o Defensor do Povo admitiu essa queixa, e o pessoal da Defensoria realizou uma nova visita, constatando que “o lugar ainda permane[cia] sem água devido a um problema elétrico que ha[via] afetado o fornecimento”.<sup>240</sup> As deficiências e a falta de fornecimento de água para consumo humano e sua má qualidade no Centro Penitenciário La Joyita foram objeto de estudo e pronunciamento também por parte da Defensoria do Povo em 2004.<sup>241</sup>

215. A Corte considera provado que, em junho de 2003, enquanto o senhor Vélez Loor se encontrava preso no Centro Penitenciário La Joyita, ocorreu um problema no fornecimento de água que teria afetado a população carcerária. A prova apresentada mostra que as deficiências no fornecimento de água potável no Centro Penitenciário La Joyita foram uma constante (par. 197 *supra*), e que no ano de 2008 o Estado teria adotado algumas medidas a esse respeito.<sup>242</sup> O Tribunal observa que a falta de fornecimento de água para o consumo humano é um aspecto particularmente importante das condições de detenção. Em relação ao direito à água potável, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas salientou que os Estados Partes devem adotar medidas para zelar por que “[o]s presos e detidos tenham água suficiente e potável para atender a suas necessidades individuais cotidianas, tendo em vista as orientações do Direito Internacional Humanitário e as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos”.<sup>243</sup> Além disso, as Regras Mínimas estabelecem que “[d]eve ser exigido de todos os reclusos que se mantenham limpos e, para este fim, disporão de água e dos artigos de higiene indispensáveis a sua saúde e limpeza”, e que “[t]odos os reclusos devem ter a possibilidade de dispor de água potável sempre que necessário”.<sup>244</sup> Por conseguinte, os Estados devem adotar medidas para zelar por que as pessoas privadas de liberdade tenham acesso a água suficiente e potável para atender a suas necessidades individuais cotidianas, entre elas, o consumo de água potável quando necessitem, e para sua higiene pessoal.<sup>245</sup>

216. O Tribunal considera que a ausência das condições mínimas que garantam o fornecimento de água potável dentro de um centro penitenciário constitui uma falta grave do Estado a seus deveres de garantia em relação

240. Comunicado de imprensa emitido pela Defensoria do Povo através de sua página web <http://defensoriadelpovo.gob.pa/mainprensa.php?page=1&catid=&start=1900>, em 1º de julho de 2003 (expediente de prova, tomo III, anexo 30 da demanda, folha 1536). Ver também notícia no jornal “La Imprensa” intitulada “Crisis Sanitaria en La Joya y La Joyita”, em 2 de julho de 2003 (expediente de prova, tomo V, anexo 29 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 2197).

241. No Relatório Especial da Defensoria do Povo da República do Panamá sobre a Qualidade, Análise da Água para Consumo Humano no Complexo Penitenciário La Joya–Joyita no Panamá e na Investigação da Defensoria do Povo no Complexo Penitenciário La Joya Relativas à Situação das Águas Residuais, foram documentadas as deficiências e a falta de fornecimento de água para consumo humano, e sua má qualidade. Cf. Relatório Especial da Defensoria do Povo da República do Panamá sobre a Qualidade, Análise da Água para Consumo Humano no Complexo Penitenciário La Joya–Joyita Panamá, 17 de setembro de 2004, p. 8 a 9 e 23 a 25 (expediente de prova, disco compacto, anexo 31 do escrito de petições, argumentos e provas). Ademais, no Relatório Especial da Defensoria do Povo da República do Panamá Relativo ao Direito à Saúde nos Centros Penitenciários, de 2008, este organismo informou que, de acordo com o Relatório Nº 05-773-2007, emitido pelo Centro Experimental de Engenharia do Laboratório de Química e Física Aplicada, o Centro Penitenciário La Joyita “conta com uma planta de água potável que conduz a um tanque de armazenamento, que atualmente funciona por gravidade, já que as bombas estão danificadas”; Além disso, “se recebe abastecimento de água do [Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales], com um fornecimento irregular”; além disso, “os tubos de condução de águas negras dos diferentes pavilhões, em geral, entraram em colapso, quase todos são cortados toda vez que entopem”, e “[a]s águas residuais correm a céu aberto”. Relatório Especial da Defensoria do Povo da República do Panamá Relativo ao Direito à Saúde nos Centros Penitenciários, de 2008, e seu anexo II (expediente de prova, tomo VIII, anexo 43 da contestação da demanda, folhas 3452 a 3453 e 3467 a 3469). Por sua vez, a Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard, nas visitas que realizou em março e outubro de 2007 a esse centro, também documentou, *inter alia*, os problemas com o acesso a água potável e a carência do líquido, devido ao desabastecimento e às constantes suspensões por períodos prolongados, somados à má qualidade e ao transbordamento de águas residuais. Cf. Relatório realizado pela Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard intitulado “Del Portón para Acá Se Acaban Los Derechos Humanos: Injusticia y Desigualdad en las Carceles Panameñas”, em março de 2008 (expediente de prova, tomo III, anexo 27 da demanda, folhas 1326, 1342, 1349, 1362 e 1363).

242. A esse respeito, no âmbito do procedimento perante a Comissão Interamericana, o Diretor-Geral do Sistema Penitenciário da República do Panamá informou que “[o]s problemas de água potável vieram à tona com o aumento da população do Complexo La Joya”, e que depois de muitos esforços “no fim de 2008, conseguiu a adequação da planta de tratamento de água potável com equipamento de sucção, processamento, armazenamento e distribuição novos, com o que se dá uma total cobertura de água potável, durante as 24 horas do dia, a todo o Complexo La Joya”. Nota nº 0045-DGSP-AFP, emitida pelo Diretor Geral do Sistema Penitenciário, dirigida ao Vice-Ministro de Segurança Pública em 27 de maio de 2009 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 29 da contestação da demanda, folhas 3242 e 3243).

243. Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral Nº 15 (2002) sobre o direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), aprovada pelo Comitê em seu 29º período de sessões (2002), HRI/GEN/1/Rev.7, 2002, par. 16.g) (expediente de prova, tomo V, anexo 23 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 2002). Ver também Organização dos Estados Americanos, Assembleia Geral, AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07), resolução sobre “A água, a saúde e os direitos humanos”, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 5 de junho de 2007, pontos resolutivos primeiro a terceiro.

244. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos, aprovadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e pelo Conselho Econômico e Social em suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977, Regras 15 e 20(2).

245. Recentemente, a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu que “o direito à água potável e ao saneamento é um direito humano essencial para o pleno desfrute da vida e de todos os direitos humanos”. Nações Unidas, Assembleia Geral, Resolução 64/292, 108ª sessão plenária, de 28 de julho de 2010, sobre “O direito humano à água e ao saneamento”, A/Res/64/292, 3 de agosto de 2010, par. 1.

às pessoas que se encontram sob sua custódia, uma vez que as circunstâncias próprias da detenção impedem que as pessoas privadas de liberdade atendam por conta própria a uma série de necessidades básicas que são essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna,<sup>246</sup> tais como o acesso a água suficiente e potável.

217. Além disso, quanto à manifestação do Estado (par. 213 *supra*), o Tribunal não dispõe de elementos suficientes que lhe permitam determinar se essa prática se utilizava como método de punição contra a população presa.

## 2) Assistência médica

218. Quanto à falta de assistência médica adequada, a Comissão sustentou que “[a] informação disponível indica que durante sua detenção em La Joya-Joyita, o senhor Vélez Loor recebeu atenção médica básica, entretanto, não recebeu a atenção especializada de que necessitava em virtude da aparente fratura craniana que apresentava”. Por sua vez, as representantes argumentaram que não consta que o senhor Vélez Loor tenha sido submetido a um exame médico no momento de dar entrada na Prisão de La Palma ou quando foi trasladado ao Complexo Penitenciário La Joya-La Joyita, e que o Estado “em nenhum momento ofereceu atendimento médico adequado e completo à [suposta] vítima”. Em especial, referiram-se à falta de realização do único exame que lhe foi prescrito, uma tomografia computadorizada do crânio.

219. O Estado, por sua vez, afirmou que “o senhor Vélez recebeu tratamento médico oportuno e adequado, com as limitações que a condição do centro penitenciário impunha em iguais condições às demais pessoas privadas de liberdade presas nessa época no Complexo La Joya”. O Estado se opôs à afirmação feita pela Comissão e pelas representantes a respeito da falta de atenção médica especializada, e se referiu em detalhe à atividade e atenção médica registrada no “expediente médico do senhor Vélez” na Clínica do Centro La Joya, do qual se deduz que durante o período de protesto foi o próprio senhor Vélez Loor quem se negou a aceitar a referida assistência.

220. Este Tribunal salientou que o Estado tem o dever de proporcionar aos detidos revisão médica regular e atenção e tratamento adequados quando necessitem.<sup>247</sup> O Princípio 24 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão determina que “[a] pessoa detida ou presa deve passar por um exame médico adequado, em prazo tão breve quanto possível após o seu ingresso no local de detenção ou prisão; posteriormente, deve receber cuidados e tratamentos médicos sempre que isso se mostre necessário. Esses cuidados e tratamentos são gratuitos”.<sup>248</sup> A atenção por parte de um médico que não tenha vínculos com as autoridades penitenciárias ou de detenção é uma importante salvaguarda contra a tortura e maus-tratos, físicos ou mentais, das pessoas privadas de liberdade.<sup>249</sup> Por outro lado, a falta de atenção médica adequada poderia ser considerada em si mesma uma violação do artigo 5.1 e 5.2 da Convenção dependendo das circunstâncias concretas da pessoa em particular, do tipo de doença que de padece, do lapso transcorrido sem atendimento e seus efeitos cumulativos.<sup>250</sup>

221. A esse respeito, a Corte observa que do expediente médico do senhor Vélez Loor se infere, *inter alia*, que, em 20 de março de 2003, foi avaliado por apresentar dor de cabeça e náusea, resultado de uma fratura no crânio sofrida, segundo o médico, mais ou menos um ano e meio antes, razão pela qual foi indicada a realização de uma tomografia computadorizada do crânio;<sup>251</sup> em 10 de abril de 2003, solicitou-se ao senhor Vélez que fizesse uma avaliação médica, tendo se negado a sair para ser atendido, mas o médico ao examinar o expediente determinou que o interno apresentava um antecedente de fratura exposta de crânio, e que a tomografia computadorizada cerebral não havia sido realizada, motivo pelo qual sugeriu descartar transtorno encefálico com a tomografia ordenada;<sup>252</sup> e, em 22 de abril de 2003, o senhor Vélez Loor foi avaliado por apresentar dor

246. Cf. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”*, nota 208 *supra*, par. 152; *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia)*, nota 207 *supra*, par. 87; e *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 99 *supra*, par. 221.

247. Cf. *Caso Tibi*, nota 27 *supra*, par. 156; *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia)*, nota 207 *supra*, par. 102; e *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 99 *supra*, par. 227.

248. Nações Unidas, Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, aprovados pela Assembleia Geral na Resolução 43/173, 9 de dezembro de 1988, Princípio 24.

249. Cf. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia)*, nota 207 *supra*, par. 102.

250. Cf. *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 99 *supra*, par. 226; *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, nota 27 *supra*, par. 302; e *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia)*, nota 207 *supra*, pars. 102 e 103.

251. Cf. Nota do Dr. Guillermo A. Garay M., de 20 de março de 2003, no expediente médico do senhor Vélez Loor no Complexo La Joya-Joyita (expediente de prova, tomo VIII, anexo 53 da contestação da demanda, folha 3609).

252. Cf. Comunicação da Clínica de La Joyita ao Diretor do Centro Penal La Joyita, de 10 de abril de 2003 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 53 da contestação da demanda, folha 3612); Nota médica do Dr. Mastellari, de 10 de abril de 2003, no expediente médico do senhor Vélez Loor no Complexo La Joya-Joyita (expediente de prova, tomo VIII, anexo 53 da contestação da demanda, folha 3609); e Nota nº 208-DGSPDAL, nota 69 *supra*.

de cabeça e náusea, em consequência de uma antiga fratura de crânio, e lhe foi prescrita a realização de uma tomografia computadorizada cerebral, que não pôde ser realizada devido ao custo.<sup>253</sup>

222. A Corte observa que, apesar dos recorrentes problemas de cefaléia e náusea, e da necessidade determinada pelos médicos que o atenderam de realizar uma tomografia computadorizada cerebral, esse exame não foi realizado e o senhor Vélez Loor não recebeu atenção médica adequada e oportuna em relação a essa lesão, o que pode ter tido consequências desfavoráveis em seu estado de saúde atual e contraria a obrigação de prestar tratamento digno. Segundo o perito Flores Torrico, “tanto a dor de cabeça, a cefaleia, a visão distorcida, o lacrimejar que apresenta o senhor Vélez Loor, a vertigem e as náuseas podem perfeitamente relacionar-se com o golpe que recebeu na cabeça com um objeto contundente, que lhe causou uma ferida e uma cicatriz [...] na região frontoparietal direita”.<sup>254</sup>
223. A Corte considera provado, conseqüentemente, que os serviços de assistência médica aos quais teve acesso o senhor Vélez Loor não foram prestados de maneira oportuna, adequada e completa, já que a aparente fratura craniana que apresentava permaneceu sem atendimento médico especializado ou medicação adequada, e tampouco foi devidamente tratada.
224. As representantes sustentaram, ainda, que as condições carcerárias às quais foi submetido o senhor Vélez Loor “constituíram tratamentos cruéis, desumanos e degradantes”, já que “[d]urante os dez meses nos quais esteve sob a custódia das autoridades panamenhas [...] viveu em condições desumanas distantes de todo respeito à sua dignidade”.
225. A Corte reconhece a vontade política do Estado de melhorar as condições de detenção das pessoas privadas de liberdade e de seu sistema penitenciário.<sup>255</sup> O fato é que o senhor Vélez Loor, detido por quase dez meses, esteve sujeito a condições de detenção que não respeitaram sua integridade e dignidade inerente.
226. Em relação ao alegado “contexto de violência e denúncias de abuso policial nos centros penitenciários panamenhos, em prejuízo de uma pessoa estrangeira cujas garantias haviam sido negadas”, a Corte observa que as representantes não anexaram prova suficiente e variada que se refira à época dos fatos, que possibilite à Corte corroborar tal afirmação.
227. De acordo com o reconhecimento do Estado e a prova recebida, a Corte determina que as condições de detenção na Prisão Pública de La Palma, assim como aquelas no Centro Penitenciário La Joyita, constituíram, no conjunto, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes contrários à dignidade do ser humano e, portanto, configuram uma violação do artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 desse instrumento, em detrimento do senhor Vélez Loor.

***c) Dever de iniciar de ofício e de imediato uma investigação a respeito dos alegados atos de tortura***

228. Tanto a Comissão como as representantes afirmaram que, depois de ser deportado a seu país, em janeiro de 2004, o senhor Vélez Loor apresentou, por meio de seu então advogado, uma denúncia perante a Embaixada do Panamá em Quito, Equador, na qual alegava ter sido objeto de tortura durante o tempo em que esteve sob custódia panamenha. No entanto, o Estado não abriu nenhum tipo de investigação penal sobre as referidas denúncias até a notificação do Relatório de Mérito emitido pela Comissão. Por esse motivo, consideraram evidente o descumprimento pelo Estado do Panamá da obrigação de investigar seriamente a denúncia sobre possíveis atos de tortura que ocorreram sob sua jurisdição.
229. O Estado ressaltou que o senhor Vélez Loor “nunca, durante sua permanência no território da República do Panamá, denunciou nenhum ato de tortura cometido contra si”. Além disso, salientou que, “no dia 30 de março de 2003, o senhor Vélez apresentou à Defensoria do Povo um pedido para conseguir a intermediação

253. Cf. Nota nº 208-DGSP.DAL, nota 69 *supra.*; e Ofício nº 450-SP, emitido pela Chefe de Saúde Penitenciária do Ministério de Governo e Justiça, dirigido a Jesús Vélez Loor em 22 de abril de 2003 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 53 da contestação da demanda, folha 3613).

254. Peritagem apresentada por Marcelo Flores Torrico na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010.

255. Cf. Declaração prestada pela senhora Roxana Méndez perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 12 de agosto de 2010 (expediente de prova, tomo IX, *affidavits*, folhas 3738 a 3746); Plano Diretor para a Construção da Infraestrutura Penitenciária do Panamá, sem data (expediente de prova, tomo VIII, anexo 52 da contestação da demanda, folhas 3533 a 3558); Ata de Abertura de Propostas para a Contratação do Projeto, Construção, Equipamento do Novo Complexo Penitenciário ou Carcerário La Nueva Joya, sob a Modalidade Chave na Mão do Departamento de Abastecimento e Compras Institucionais do Ministério de Governo e Justiça de 17 de março de 2010 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 52 da contestação da demanda, folhas 3559 a 3579); Relatório da Comissão Avaliadora, Pré-qualificação nº 1 para a Contratação do Projeto, Construção, Equipamento do Novo Complexo Penitenciário ou Carcerário La Nueva Joya sob a Modalidade Chave na Mão, de 27 de março de 2010 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 52 da contestação da demanda, folhas 3580 a 3604); e Resolução nº 125-2010, emitida pelo Ministério de Governo e Justiça em 7 de abril de 2010 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 52 da contestação da demanda, folhas 3605 a 3606).

dessa instituição unicamente a respeito de sua deportação para o Equador [e que n]a queixa apresentada não consta nenhuma referência nem nenhuma denúncia de maus-tratos, tortura, negação de assistência médica ou outros, que, segundo ele, ocorreram desde o dia de sua detenção”. Desse modo, “a primeira notícia que as autoridades do Estado panamenho tiveram sobre supostos atos de tortura e maus-tratos contra o senhor Vélez foi recebida na Embaixada do Panamá no Equador, em 24 de janeiro de 2004”, e sobre a qual “iniciou de imediato um procedimento de investigação administrativa”, mas “os resultados da verificação realizada tornavam evidente a falta de concordância entre os fatos e as circunstâncias descritos n[aquela] comunicação [...] e a informação remetida pelas diferentes autoridades panamenhas”. Assim, “[o] expediente da queixa apresentada se manteve aberto, mas não se interpôs uma denúncia formal sobre os fatos já que não existiam elementos que permitissem sustentar adequadamente tal denúncia”. Finalmente, o Estado se referiu à existência e ao avanço de uma investigação por parte do Ministério Público iniciada no mês de abril de 2009. A esse respeito, afirmou que o Estado panamenho realizou solicitações contínuas para conseguir a declaração inicial do senhor Vélez Loor, mas que esta não pôde ser levada a cabo sem sua cooperação direta.

230. A Corte ressaltou que, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção Americana, a obrigação de garantir os direitos reconhecidos nos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana implica o dever do Estado de investigar possíveis atos de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.<sup>256</sup> Essa obrigação de investigar se vê reforçada pelo disposto nos artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura,<sup>257</sup> que obrigam o Estado a “tomar[...] medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição”, bem como a “prevenir e punir [...] outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”. Ademais, de acordo com o disposto no artigo 8 dessa Convenção, os Estados Parte assegurarão

[...]a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial[. e]

[q]uando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, [...]que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal.<sup>258</sup>

231. Essa obrigação de investigar se sustenta em informação a respeito da qual a Corte teve conhecimento por meio do escrito de petições e argumentos das representantes e de declarações recebidas em audiência pública perante o Tribunal, bem como mediante informação oportunamente apresentada à Comissão e conhecida por esta.<sup>259</sup>

232. As representantes declararam que, “desde o primeiro momento de sua detenção, o senhor Jesús Vélez Loor foi maltratado por agentes estatais”, e que durante os dez meses em que esteve na prisão “foi torturado em represália por reivindicar seus direitos”. Assim, se referiram com detalhe aos supostos atos constitutivos de “tortura e maus-tratos[,] incluindo a tortura sexual”, nos seguintes termos:

a) no momento de sua detenção [em 11 de novembro de 2002,] os agentes da Polícia Nacional do Panamá que o detiveram realizaram vários disparos que o obrigaram a jogar-se no chão de boca

256. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 147; *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, nota 20 *supra*, par. 246; e *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, par. 88.

257. O artigo 1 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura dispõe que:

Os Estados Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos desta Convenção.

Além disso, o artigo 6 dispõe que:

Em conformidade com o disposto no artigo 1, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. Os Estados Partes assegurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade. Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

Por sua vez, o artigo 8 estabelece que:

Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial. Quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal. Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado.

258. Desde 28 de setembro de 1991, data em que entrou em vigor no Panamá a referida Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em conformidade com seu artigo 22, exige-se do Estado o cumprimento das obrigações incluídas nesse tratado (par. 57 *supra*).

259. Petição original recebida na Comissão Interamericana em 10 de fevereiro de 2004 (expediente de prova, tomo I, apêndice 3 da demanda, folhas 225 a 228), e escrito recebido na Comissão Interamericana em 3 de agosto de 2004 (expediente de prova, tomo I, apêndice 3 da demanda, folhas 214 a 218). No mesmo sentido, observações sobre o mérito apresentadas pelo peticionário à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 31 de janeiro de 2007 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 38 da contestação da demanda, folhas 3326 a 3329).

para baixo. Posteriormente, um dos agentes pôs o pé sobre a cabeça do senhor Vélez Loor [e] o outro pisou sobre suas mãos, e apoiou fortemente sua baioneta sobre as costas da [suposta] vítima, ameaçando matá-lo. Posteriormente, ataram-lhe as mãos, colocaram-lhe correntes nos pés e o fizeram caminhar descalço até um pequeno quartel, onde permaneceu algemado a um poste por aproximadamente oito horas.

b) na Prisão Pública de La Palma, o senhor Jesús Vélez Loor e outros migrantes em situação irregular iniciaram uma greve de fome para exigir sua imediata deportação. Em represália, a [suposta] vítima recebeu, em suas palavras: “uma pancada na espinha dorsal, uma paulada na cabeça com um pedaço de madeira, quando consegui reconhecer meu agressor policial”.

c) [No Complexo La Joya-Joyita], sofreu uma lesão no quadril, em consequência de uma queda de uma rede, quando membros da Polícia ingressaram no Pavilhão nº 6 lançando bombas de gás lacrimogêneo. Apesar de ter pedido atendimento médico em reiteradas ocasiões pelas lesões que havia sofrido, [...] esse atendimento não lhe foi prestado. Diante da falta de resposta a seus pedidos, em 1º de junho de 2003, o senhor Vélez Loor se abriu a boca e iniciou uma nova greve de fome no Pavilhão 6 de La Joyita para pedir que o atendessem. [Como] castigo, foi trasladado ao Pavilhão 12, considerado de alta segurança [ , onde, conforme informou a suposta vítima:] “me tiraram a roupa e, totalmente nu, me jogaram no chão, começaram a me bater nas costas com o cassetete policial, nas pernas e na sola dos pés, me chutavam na cabeça e, com a bota, raspavam a parte do couro cabeludo de minha cabeça, enquanto estava de boca para baixo, depois levantaram minha cabeça e me jogaram gás lacrimogêneo na cara e nos olhos, não podia respirar e tive que forçar os fios que tinha na boca para poder respirar [...] depois dessa longa tortura [um] tenente [...] me trancou em uma pequena cela chamada Discoteca, [...] depois atiraram o pó de gás lacrimogêneo em meu corpo e ao redor da cela [o que provoca uma] terrível sufocação [...] poucas horas depois chegou um guarda homossexual que me propôs [...] que se tivesse relação sexual com ele me enviaria a outro lugar [...] e, por ter me negado, começou a me bater com o cassetete, me dando uma tremenda surra e tirou um vidro de pó que não sei o que era e jogou em minhas costas e em minhas partes íntimas, depois colocou um pouco em um papel e pegou um lápis que carregava no bolso e o envolveu no pó, e introduziu no meu ânus ano quase dois centímetros desse estranho material na parte interior de meu reto com a parte da borracha do lápis, esse pó me ardia como fogo”.

233. Durante a audiência pública, o senhor Vélez Loor declarou detalhadamente que:

[...]o momento em que fui detido [...] a polícia abriu fogo com fuzis [...], me obrigaram a jogar-me no chão, se aproximaram, ficaram de pé sobre meus braços, me fizeram abrir os braços em forma de cruz no piso, pisaram sobre minhas mãos abertas sobre a palma de minha mão, e me tiraram meus pertences. Depois disso, tiraram meus sapatos, meus calçados, me colocaram umas correntes nos braços e nos pés e me obrigaram a caminhar descalço [...] até um pequeno quartel do povoado de Nueva Esperanza da Província de Darién. [...] o que fizeram depois [foi] pendurar-me em um poste [...] pelo braço direito onde permaneci por quase oito horas [...].

[Na Prisão Pública de La Palma,] todos os presos que aí se encontravam por problemas migratórios [tomaram a] decisão [...] de] fazer uma greve pacífica, nos demos as mãos para sair em um momento que nos tiraram, [e] nisso chegou um monte de policiais, e começam a arrastar-nos pelos pés, como estávamos agarrados começaram a nos espancar, dar pauladas, [...] e nessa agressão que nos aplicaram quebraram meu crânio [...].

[Durante uma greve de fome no Centro Penitenciário La Joyita], em 1º de junho [de 2003,] costurei minha boca [...] em resposta,] me levaram ao pavilhão 12 de máxima segurança, caminhando, afastado dos demais pavilhões [...], então um policial [...] disse: ‘me traga esse para cá, por que costurou a boca?’. Bom, eu não falava nada porque tinha minha boca costurada, nesse momento começam a jogar gás na minha cara, eu me vi obrigado a forçar os lábios, rasguei os lábios para poder respirar, e me sangrei todo, e daí me tiraram a roupa [...] me deixaram nu e me colocaram algemas, [...] nos pés [ , me deitaram no piso e] começaram a caminhar em círculo, primeiro me agredindo com cassetetes grossos na sola dos pés, e na volta vinham caminhando pelas costas dos detidos nus e abrindo garrafas de gás lacrimogêneo e jogando nos corpos nus e acrescentando água [...], era desesperador, era como fogo na pele. Depois, outra vez voltavam e nos faziam virar de boca para cima e vinham caminhando pelas barrigas [...] Daí [...], me levaram para um quartinho conhecido como ‘discoteca’ [...] e] continuaram jogando esse pó [...] depois me trancaram em um pavilhão [...] aí continuaram jogando gás, então veio um policial com ironia, rindo, e me disse: ‘ah, quer fazer sexo comigo?’ e rindo, [...], me bateu com as botas, então, me inseriu um pó com um lápis pelo lado da borracha no meu ânus, e me deu chutes [...].<sup>260</sup>

234. A Corte observa que, depois de ser deportado à República do Equador (par. 95 *supra*), o senhor Vélez Loor denunciou perante organismos estatais de seu país ter sido objeto de atos de torturas e maus-tratos tanto na Prisão Pública de La Palma como no Centro Penitenciário La Joyita.<sup>261</sup> Especificamente, dirigiu uma

260. Declaração prestada por Jesús Tranquilino Vélez Loor na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 25 de agosto de 2010.

261. Mencionou ter sido detido na Província de Darién por autoridades do Estado panamenho; que o amarraram pelos pés e mãos e o

comunicação à Comissão de Direitos Humanos do Congresso Nacional do Equador em 15 de setembro de 2003,<sup>262</sup> e à Defensoria do Povo do Equador em 10 de novembro de 2003.<sup>263</sup>

235. Posteriormente, segundo afirma o Estado, em 24 de janeiro de 2004, foi apresentado à Embaixada do Panamá no Equador um escrito elaborado por um suposto representante legal do senhor Vélez Loor,<sup>264</sup> ao qual se anexou a queixa que teria sido apresentada perante a Defensoria do Povo do Equador (par. 234 *supra*). As partes coincidem em que esta foi a primeira vez que se deu notícia às autoridades do Estado do Panamá sobre os alegados atos de tortura e maus-tratos. Do mesmo modo, em 15 de setembro de 2004, o senhor Vélez Loor levou os fatos ocorridos ao conhecimento da Chancelaria da República do Panamá,<sup>265</sup> A Corte constatou que em ambos os escritos se deu notícia ao Estado panamenho sobre os alegados atos de tortura e maus-tratos ocorridos no Panamá, tanto durante sua detenção em Darién, como enquanto esteve preso na Prisão Pública de La Palma e no Centro Penitenciário La Joyita. Posteriormente, em 7 e 24 de outubro de 2004, o senhor Vélez Loor enviou dois correios eletrônicos ao Departamento Geral de Política Exterior – Assuntos Jurídicos e Tratados do Panamá.<sup>266</sup>
236. A Corte observa que os referidos escritos foram apresentados pelo senhor Vélez Loor ao Estado do Panamá quando já não se encontrava sob a sua custódia. A esse respeito, é indispensável observar que a vítima costuma se abster, por temor, de denunciar os atos de tortura ou os maus-tratos, sobretudo se se encontra detida no mesmo recinto onde esses atos ocorreram.<sup>267</sup> Dada a situação de vulnerabilidade e desproteção que provocam as instituições como as prisões, cujo interior está completamente fora do escrutínio público, é importante ressaltar a necessidade de que se realizem inspeções periódicas nos centros de detenção,<sup>268</sup> de garantir a independência do pessoal médico e de saúde encarregado de examinar e prestar assistência aos detidos,<sup>269</sup> e de que estes contem com mecanismos acessíveis, adequados e eficazes para fazer valer suas reivindicações e apresentar queixas durante sua privação de liberdade.<sup>270</sup>
237. Da prova se infere que, posteriormente ao recebimento da queixa na Embaixada do Panamá (par. 235 *supra*), em 27 de janeiro de 2004, esse escrito foi enviado ao Ministério das Relações Exteriores do Panamá<sup>271</sup> e, em 10 de fevereiro de 2004, o Departamento Geral de Assuntos Jurídicos e Tratados do Ministério das Relações Exteriores informou à Embaixada que havia solicitado informação à Polícia Nacional e ao Departamento Nacional de Migração do Panamá,<sup>272</sup> sobre “se com efeito teve lugar no [Panamá] a detenção e posterior deportação do senhor Vélez Loor”.<sup>273</sup> Em resposta, em 17 de fevereiro e 30 de março de 2004, o Departamento Nacional de

---

conduziram até o povoado de Metetí; que na Prisão Pública de La Palma fez greve de fome como protesto e foi torturado em represália; no Pavilhão 6 do Centro Penitenciário La Joyita fez uma greve de fome durante a qual costurou a boca; enviaram-no ao pavilhão número 12 de máxima segurança, e foi objeto de tortura física e psicológica.

262. Cf. Escrito do senhor Vélez Loor à Comissão de Direitos Humanos do Congresso Nacional do Equador com comprovante de recibo desse organismo em 15 de setembro de 2003 (expediente de prova, tomo III, anexo 22 da demanda, folha 1256).

263. Cf. Escrito do senhor Vélez Loor à Defensoria do Povo do Equador com comprovante de recibo desse organismo em 10 de novembro de 2003 (expediente de prova, tomo III, anexo 19 da demanda, folha 1242).

264. Cf. Nota E.P.Ec nº 035-04, emitida pela Embaixada do Panamá no Equador, dirigida ao Ministro das Relações Exteriores do Panamá em 27 de janeiro de 2004 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 22 da contestação da demanda, folhas 3179 a 3182).

265. Cf. Denúncia assinada por Jesús Tranquilino Vélez interposta perante a Chancelaria da República do Panamá em 15 de setembro de 2004 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 48 da contestação da demanda, folha 3508).

266. Em ambos declarou que “foi vítima de um cruel encar[c]eramento por parte da Diretora de Migração”, durante o qual o enviaram ao Pavilhão 12 do Centro Penitenciário La Joyita, onde, “foi selvagememente maltratado f[is]icamente[,] moralmente e sexualmente”. Além disso, afirmou que durante esse encarceramento “[lh]e quebraram [a] cabeça com um pau, abrindo uma ferida de quase 4 [c]entímetros, e que até agora est[á] sofrendo com aquela fratura”. No segundo correio eletrônico, acrescentou que “um policial homossexual de La Joyita [lhe] exigia que [o] deixasse fazer sexo oral em [seu] pênis para tirá-lo do quarto de tortura, que é conhecido como a discoteca do Pavilhão 12 [...]”. Nota A.J. nº 2865 emitida pela Diretora-Geral de Assuntos Jurídicos e Tratados do Ministério das Relações Exteriores do Panamá, dirigida ao Encarregado de Assuntos Consulares da Embaixada do Panamá no Equador em 17 de novembro de 2004 e anexos (expediente de prova, tomo VIII, anexo 23 da contestação da demanda, folhas 3184 a 3186).

267. Cf. *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, par. 92.

268. Cf. Nações Unidas, Comitê contra a Tortura, Observação Geral nº 2: Aplicação do artigo 2 pelos Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de janeiro de 2008, par. 13.

269. Cf. *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, par. 92. Ver também, Nações Unidas, Escritório do Alto Comissário para os Direitos Humanos, Protocolo de Istambul (Manual sobre Investigação e Documentação Efetivas de Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes), Nova York e Genebra, 2001, pars. 56, 60, 65 e 66, e Nações Unidas, Comitê contra a Tortura, Observação Geral nº 2, nota 268 *supra*.

270. Cf. Nações Unidas, Comitê contra a Tortura, Observação Geral nº 2, nota 268 *supra*.

271. Cf. Nota E.P.Ec nº 035-04, nota 264 *supra*.

272. Cf. Nota A.J. nº 323, emitida pelo Ministério das Relações Exteriores do Panamá à Embaixadora do Panamá no Equador em 10 de fevereiro de 2004 (expediente de prova, tomo III, anexo 25 da demanda, folha 1305).

273. Nota A.J. nº 324 emitida pelo Ministério das Relações Exteriores do Panamá à Diretora Nacional de Migração e Naturalização em 10 de fevereiro de 2004 (expediente de prova, tomo VI, anexo 2 da contestação da demanda, folhas 2509 a 2510), e Nota A.J. nº 322, emitida pelo Ministério das Relações Exteriores do Panamá ao Diretor da Polícia Nacional em 10 de fevereiro de 2004 (expediente de prova, tomo VIII, anexo 33 da contestação da demanda, folhas 3265 a 3266).

Migração e a Polícia Nacional informaram, respectivamente, sobre a situação migratória do senhor Vélez Loor no Panamá sem fazer referência aos atos de tortura e aos maus-tratos denunciados.<sup>274</sup>

238. Em resposta à comunicação de 15 de setembro de 2004, em 27 de setembro de 2004, o Departamento Geral de Política Exterior se referiu a outros fatos também expostos pelo senhor Vélez, mas sem apresentar informação relacionada com os supostos atos de tortura.<sup>275</sup> Além disso, nos dias 7 e 24 de outubro de 2004, o senhor Vélez Loor enviou correios eletrônicos ao Departamento Geral de Política Exterior do Panamá em referência à comunicação de 15 de setembro (par. 235 *supra*). Em resposta, em 17 de novembro de 2004, a Diretora Geral de Assuntos Jurídicos e Tratados do Ministério das Relações Exteriores solicitou informação ao Encarregado de Assuntos Consulares da Embaixada do Panamá no Equador, mas sem referir-se aos supostos atos de tortura.<sup>276</sup>
239. Em relação a essas averiguações, o Estado negou ter deixado de realizar uma investigação séria e diligente das denúncias de tortura apresentadas pelo senhor Vélez Loor, uma vez que, no seu entender, a obrigação de investigar constante da Convenção contra a Tortura “está sujeita à existência de uma razão fundamentada para supor que tais atos tenham ocorrido. Entender o contrário implicaria que qualquer indicação infundada a respeito da ocorrência de tais atos obriga o Estado a iniciar procedimentos de denúncia frívolos que, longe ter alguma utilidade com respeito à percepção e punição de atos de tortura, resultam num desgaste inútil dos recursos judiciais”.
240. A esse respeito, a Corte esclarece que da Convenção contra a Tortura surgem dois pressupostos que acionam o dever estatal de investigar: por um lado, quando se apresente denúncia, e, pelo outro, quando exista razão fundamentada para supor que se cometeu um ato de tortura no âmbito da jurisdição do Estado. Nessas situações, a decisão de iniciar e realizar uma investigação não recai sobre o Estado, ou seja, não é uma faculdade discricionária, mas o dever de investigar constitui uma obrigação estatal imperativa que decorre do Direito Internacional e não pode ser descartada ou condicionada por atos ou disposições normativas internas de nenhum tipo.<sup>277</sup> No presente caso, considerando que o senhor Vélez Loor havia interposto mediante uma terceira pessoa a queixa perante a Embaixada do Panamá (par. 235 *supra*), de modo tal que havia levado os fatos ao conhecimento do Estado, isso era base suficiente para que surgisse a obrigação do Estado de investigá-los de maneira rápida e imparcial. Ademais, como já mencionou este Tribunal, mesmo quando os atos de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes não tenham sido denunciados perante as autoridades competentes pela própria vítima, sempre que existam indícios de sua ocorrência, o Estado deverá iniciar de ofício e de imediato uma investigação imparcial, independente e minuciosa que permita determinar a natureza e a origem das lesões sofridas, identificar os responsáveis e processá-los.<sup>278</sup>
241. No presente caso a Corte observa que as autoridades estatais não observaram os devidos cuidados, já que a atuação do Estado unicamente se limitou a verificar a detenção e presença do senhor Vélez Loor no Panamá durante a época indicada (par. 237 *supra*). Apenas em 14 de outubro de 2008, o Ministério das Relações Exteriores, por meio de seu Departamento de Direitos Humanos, remeteu à Defensoria do Povo o escrito junto com a queixa assinada pelo senhor Vélez Loor (par. 235 *supra*), o qual foi recebido no dia 16 daquele mesmo mês e ano.<sup>279</sup> Em relação aos escritos de 15 de setembro e de 7 e 24 de outubro de 2004, apresentados pelo senhor Vélez Loor, não consta que o Estado houvesse realizado gestão alguma sobre os supostos atos de tortura e os maus-tratos denunciados. Assim, as autoridades que tiveram conhecimento de tais denúncias não apresentaram às autoridades competentes na jurisdição do Panamá as denúncias respectivas a fim de iniciar de ofício e de imediato uma investigação imparcial, independente e minuciosa que garantisse a pronta obtenção e preservação de provas que permitissem estabelecer o que havia sucedido a Jesús Tranquilino Vélez Loor. Pelo contrário, rebateram a veracidade dos atos de tortura denunciados sem uma investigação exaustiva (par. 239 *supra*). Do mesmo modo, no âmbito desse procedimento, o Estado negou que houvessem ocorrido os alegados atos de tortura, o que, tal como afirmou a Comissão, compromete a seriedade da condução do processo penal interno.
242. Finalmente, cumpre salientar que não foi até o momento da notificação do Relatório de Mérito 37/09, emitido pela Comissão Interamericana, que se levaram os fatos denunciados pelo senhor Vélez Loor ao conhecimento

274. Cf. Nota nº DNMYN-AL-32-04, nota 70 *supra*, folhas 1202 a 1204, e Nota nº AL-0874-04, nota 69 *supra*, folhas 1206 a 1207.

275. Cf. Nota nº DGPE-DC-2666-04 emitida pelo Ministério das Relações Exteriores em 27 de setembro de 2004 (expediente de prova, tomo III, anexo 7 da demanda, folha 1209).

276. Cf. Nota A.J. nº 2865, nota 266 *supra*.

277. Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, nota 27 *supra*, par. 347; *Caso Escué Zapata*, nota 103 *supra*, par. 75. e *Caso Bueno Alves*, nota 157 *supra*, par. 90.

278. Cf. *Caso Gutiérrez Soler*, nota 27 *supra*, par. 54; *Caso Bayarri*, nota 27 *supra*, par. 92; e *Caso Bueno Alves*, nota 157 *supra*, par. 88.

279. Cf. Ofício A.J.D.H. nº 106, remetido pelo Chefe do Departamento de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores da República do Panamá ao Defensor do Povo em 14 de outubro de 2008 (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folha 2422).

da Promotoria Auxiliar da República do Ministério Público do Panamá e, em 10 de julho de 2009, iniciaram as investigações. A Promotoria, ao considerar que “[o] exposto constituiu uma *notitia criminis*”, ordenou iniciar de imediato a investigação sumária pelo crime contra a liberdade em detrimento do senhor Vélez Loor “destinada a esclarecer todas as circunstâncias que impliquem a comprovação do fato punível, sua natureza e consequências de relevância jurídico-penal, assim como os supostos responsáveis”.<sup>280</sup> Nesse sentido, em 11 de agosto de 2009, pediu informação relacionada com a detenção no Panamá do senhor Vélez Loor a todas as autoridades envolvidas, segundo o relato proporcionado por este.<sup>281</sup> Essas solicitações foram reiteradas em 19 de outubro de 2009.<sup>282</sup> Em dezembro de 2009, algumas dependências públicas haviam remetido a informação solicitada, enquanto outras respostas ainda se encontravam pendentes.<sup>283</sup> Finalmente, em 5 de abril de 2010, foi realizada uma diligência de inspeção ocular no Centro Penitenciário La Joyita que, porém, não pôde ser concluída, já que os documentos a inspecionar eram “livros velhos, e se encontravam arquivados”.<sup>284</sup>

243. Quanto às alegações do Estado sobre a impossibilidade de obter determinada prova (par. 229 *supra*), o Tribunal considera que o Estado não pode atribuir a falta de cumprimento e/ou a dilação de suas obrigações convencionais às gestões de coordenação no âmbito internacional necessárias para a efetiva tramitação de uma medida de prova, pois cabe ao Estado realizar todas as gestões concretas e pertinentes para cumprir essa obrigação e, em particular, adotar as medidas necessárias para conseguir o comparecimento das testemunhas e qualquer outra diligência que possa contribuir para o avanço das investigações, arbitrando todos os meios disponíveis, administrativos, judiciais, diplomáticos ou os que forem pertinentes, a fim de avançar na investigação, como também produzir as diligências necessárias para tal efeito.<sup>285</sup> A esse respeito, é relevante mencionar a importância da cooperação da vítima para poder realizar algumas das diligências dispostas pelo órgão a cargo da investigação.
244. Com respeito à alegação das representantes de que o Estado é responsável por não ter tipificado adequadamente o crime de tortura, a Corte recorda que determinou, no caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, o descumprimento das obrigações estabelecidas na Convenção contra a Tortura a esse respeito, o que tem efeitos gerais que ultrapassam o caso concreto.<sup>286</sup>
245. Por conseguinte, a Corte Interamericana conclui que existem graves alegadas violações à integridade pessoal do senhor Vélez Loor que poderiam chegar a constituir tortura, as quais cabe aos tribunais internos investigar. Assim, o Tribunal determina que o Estado não iniciou com a devida diligência, até 10 de julho de 2009, uma investigação sobre os alegados atos de tortura e os maus-tratos aos quais teria sido submetido o senhor Vélez Loor, desse modo descumprindo o dever de garantia do direito à integridade pessoal reconhecido no artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, e com as obrigações constantes artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura, em detrimento do senhor Vélez Loor.

### VIII-3

#### Não Discriminação e Igual Proteção Perante a Lei

246. As representantes sustentaram que as violações cometidas em prejuízo do senhor Vélez Loor “se enquadram dentro de um contexto generalizado de discriminação e criminalização da migração” com o propósito de procurar a diminuição dos fluxos migratórios ao Panamá, especialmente os irregulares.
247. O Estado negou de maneira categórica a existência do alegado contexto, e afirmou que os diferentes órgãos do Estado panamenho, cada um dentro do seu âmbito de competência, desenvolveram, e de fato continuam desenvolvendo ações que promovem a integração e a igualdade entre a totalidade da população, panamenhos

280. Auto de abertura da investigação emitido pela Promotoria Auxiliar da República do Ministério Público do Panamá em 10 de julho de 2009 (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folha 2373).

281. Cf. Auto emitido pela Promotoria Auxiliar da República do Ministério Público do Panamá em 11 de agosto de 2009 (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folhas 2374 a 2378).

282. Cf. Autos nº 1219 da Promotoria Auxiliar da República sobre a investigação do crime contra a liberdade em detrimento de Jesús Tranquilino Vélez Loor (expediente de prova, tomo VI, anexo 1 da contestação da demanda, folhas 2428 a 2440).

283. Cf. Autos nº 1219, nota 282 *supra*.

284. Autos nº 1219, nota 282 *supra*, folhas 2254, 2255, 2272 a 2279 e 2289.

285. Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de novembro de 2009, Considerando 19.

286. Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Interpretação da Sentença de Mérito*. Sentença de 3 de setembro de 2001. Série C Nº 83, par. 18; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 194; e *Caso Anzualdo Castro*, nota 60 *supra*, par. 191.

e estrangeiros, sem contemplar considerações sobre a origem nacional ou condição migratória das pessoas estrangeiras sob sua jurisdição. Desse modo, o Estado se referiu aos programas de regularização migratória e anistia, às leis sobre trabalho e segurança social e ao acesso à educação pública e à saúde, entre outros.

248. Este Tribunal já considerou que o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção perante a lei e não discriminação, ingressou, na atual etapa da evolução do Direito Internacional, no domínio do *jus cogens*.<sup>287</sup> Consequentemente, os Estados não podem discriminar ou tolerar situações discriminatórias em prejuízo dos migrantes. No entanto, o Estado pode dispensar tratamento distinto aos migrantes documentados em relação aos migrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, desde que esse tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional, e não infrinja os direitos humanos.<sup>288</sup> Por conseguinte, os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias, eliminar as regulamentações de caráter discriminatório, combater as práticas dessa natureza e estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade perante a lei de todas as pessoas.<sup>289</sup>
249. A esse respeito, esta Corte estabeleceu que não é possível ignorar a gravidade especial de atribuir a um Estado Parte na Convenção a acusação de ter executado ou tolerado em seu território uma prática generalizada de violações dos direitos humanos, e que isso “obriga a Corte a aplicar uma avaliação da prova que leve em conta esse aspecto e que, sem prejuízo do já exposto, seja capaz de convencer sobre a verdade dos fatos alegados”.<sup>290</sup> A Corte já estabeleceu que “a simples constatação de um caso individual de violação dos direitos humanos por parte das autoridades de um Estado não é, em princípio, base suficiente para que se presuma ou deduza a existência dentro desse Estado mesmo de práticas maciças e coletivas em prejuízo dos direitos de outros cidadãos”.<sup>291</sup>
250. O alegado contexto generalizado de discriminação constitui, pois, uma questão de fato. Desse modo, a parte que o alega tem de oferecer prova para sustentar sua alegação. A esse respeito, a Corte observa que as representantes não haviam feito referência a prova específica ou apresentada concretamente nos autos deste caso para sustentar essa afirmação. Depois do pedido de prova para melhor resolver sobre esse ponto (par. 79 *supra*), as representantes fizeram referência a relatórios elaborados por relatores das Nações Unidas ou a outros relatórios de organizações não governamentais ou particulares.
251. Com os documentos apresentados pelas representantes, a Corte não encontra elementos para considerar provado esse contexto, uma vez que algumas das referências encontradas não estão relacionadas à situação específica no Panamá; outros documentos foram elaborados posteriormente à época dos fatos do presente caso, e os que fazem alguma referência a supostas práticas discriminatórias aludem especificamente aos refugiados e migrantes procedentes da Colômbia. Em suma, não há antecedentes suficientes nos autos para que o Tribunal possa decidir que o presente caso se inscreve na situação referida. Por outro lado, o fenômeno da criminalização da migração irregular já foi analisado à luz das obrigações constantes dos artigos 7 e 2 da Convenção Americana (pars. 161 a 172 *supra*).
252. Além disso, as representantes consideraram que as violações de direitos humanos sofridas pelo senhor Vélez Lóor necessariamente devem ser avaliadas à luz das obrigações estabelecidas nos artigos 24 e 1.1, ambos da Convenção, em virtude de o Estado não ter adotado medidas destinadas a remediar a situação de vulnerabilidade na qual se encontrava o senhor Vélez Lóor em sua condição de migrante em situação irregular. Além disso, “expediu e aplicou normas claramente arbitrárias, baseadas em concepções e preconceitos discriminatórios, e violou de forma manifesta as garantias previstas no ordenamento jurídico para prevenir e remediar a violação de direitos fundamentais”. A Comissão não analisou as violações alegadas à luz dessas obrigações. O Estado afirmou que havia na legislação interna panamenha disposições suficientes para garantir a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, nacionais ou estrangeiras, um tratamento igualitário sem discriminação.
253. Com respeito ao alegado pelas representantes, a Corte recorda que a obrigação geral do artigo 1.1<sup>292</sup> se refere

287. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 101; *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 28 *supra*, par. 269, ; e *Caso Servellón García e outros*, nota 48 *supra*, par. 94.

288. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 82 *supra*, par. 119.

289. Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 54; *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C Nº 130, par. 141; e *Caso Yatama*, nota 38 *supra*, par. 185.

290. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 51 *supra*, par. 129; *Caso Perozo*, nota 9 *supra*, par. 148, e *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C Nº 194, par. 136.

291. *Caso Gangaram Panday*, nota 172 *supra*, par. 64.

292. O artigo 1.1 da Convenção dispõe que:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno

ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos constantes da Convenção Americana, enquanto o artigo 24<sup>293</sup> protege o direito à “igual proteção da lei”.<sup>294</sup> Em outras palavras, se se alega que um Estado discrimina no tocante ao respeito ou à garantia de um direito convencional, o fato deve ser analisado de acordo com o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se, ao contrário, a alegada discriminação se refere a uma proteção desigual da lei interna, o fato deve ser examinado em conformidade com o artigo 24 do mesmo instrumento.<sup>295</sup> Por isso, a alegada discriminação a respeito dos direitos constantes da Convenção, segundo afirmação das representantes, deve ser analisada segundo o dever genérico de respeitar e garantir os direitos convencionais sem discriminação, reconhecido pelo artigo 1.1 da Convenção Americana.

254. O Tribunal ressaltou as medidas necessárias que os Estados devem adotar para garantir um acesso à justiça efetivo e igualitário por parte das pessoas que se encontram em uma situação de vulnerabilidade agravada, como migrantes em situação irregular submetidos a uma medida de privação de liberdade. Assim, fez referência à centralidade da notificação sobre o direito à assistência consular (par. 152 *supra*) e à necessidade de se dispor de assistência jurídica, nas circunstâncias do senhor Vélez Loor (pars. 132 e 146 *supra*). No presente caso ficou claro que o senhor Vélez Loor não contou com esta assistência, o que tornou inefetiva a possibilidade de ter acesso e de exercer os recursos para questionar as medidas que dispuseram sua privação de liberdade, implicando um dano de fato injustificado em seu direito de ter acesso à justiça. Com base no acima exposto, a Corte considera que o Estado descumpriu sua obrigação de garantir, sem discriminação, o direito de acesso à justiça nos termos dos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Vélez Loor.

## IX

### Reparações

#### (Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)

255. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,<sup>296</sup> a Corte salientou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano comporta o dever de repará-lo adequadamente,<sup>297</sup> e que essa disposição “reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado”.<sup>298</sup>
256. Além disso, este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos comprovados e as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá observar essa concomitância para pronunciar-se devidamente e conforme o direito.<sup>299</sup>
257. Em consideração às violações da Convenção Americana e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura declaradas nos capítulos anteriores, o Tribunal analisará as pretensões apresentadas pela Comissão e pelas representantes, bem como as posições do Estado, à luz dos critérios determinados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar,<sup>300</sup> com o objetivo de ordenar as medidas destinadas a reparar os danos ocasionados à vítima.

---

exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

293. O artigo 24 da Convenção estipula que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

294. Cf. *Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização*, nota 289 *supra*, pars. 53 e 54; *Caso Rosendo Cantú*, nota 27 *supra*, par. 183; e *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 27 *supra*, par. 199.

295. Cf. *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 27 *supra*, par. 199; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 183.

296. O artigo 63.1 da Convenção dispõe que “[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

297. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 231; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 203.

298. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 62; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 231; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 203.

299. Cf. *Caso Ticona Estrada Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par. 110; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 262; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 204.

300. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 297 *supra*, pars. 25 a 27; *Caso Garrido e Baigorria*, nota 198 *supra*, par. 43; e *Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros)*, nota 48 *supra*, pars. 76 a 79.

258. Ao ordenar medidas de reparação no presente caso, a Corte levará em conta que o senhor Vélez Loor não é nacional ou residente do Estado panamenho e que, em razão de sua situação de migrante privado de liberdade, no momento dos fatos se encontrava em situação de especial vulnerabilidade (pars. 28, 132 e 207 *supra*).

**A. Parte lesada**

259. O Tribunal considera como parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, aquele que tenha sido declarado vítima da violação de algum direito nela reconhecido. No presente caso a vítima é o senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, que será considerado beneficiário das reparações que este Tribunal vier a ordenar.

**B. Medidas de reabilitação, de satisfação, obrigação de investigar e garantias de não repetição**

260. A Comissão considerou relevante que o Tribunal ordene ao Estado panamenho executar medidas de satisfação e de reabilitação. Declarou que essas medidas “devem levar em especial consideração as expectativas da vítima em sua condição de estrangeiro em relação ao Panamá, e que se disponham os meios necessários para que sua condição de imigrante não constitua um obstáculo ao cumprimento de tais reparações”. Do mesmo modo, afirmou que o Estado é obrigado a prevenir a recorrência de violações de direitos humanos. As representantes ressaltaram que estas reparações são de grande importância, não apenas para o presente caso, mas para evitar que continuem ocorrendo violações como as ocorridas neste caso. O Estado afirmou, por sua vez, que adotou algumas medidas que coincidem com as descritas na pretensão das demandantes, e que essas medidas se encontram em plena execução.

261. O Tribunal determinará as medidas que buscam reparar o dano imaterial e que não possuem natureza pecuniária, e ordenará medidas de alcance ou repercussão pública.<sup>301</sup>

**1. Medidas de reabilitação**

*a) Oferecer tratamento médico e psicológico adequado à vítima*

262. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado oferecer a assistência médica e psicológica necessária para reduzir os efeitos físicos e psíquicos das condições desumanas de detenção a que esteve submetido o senhor Vélez Loor. As representantes, por sua vez, solicitaram à Corte que ordene ao Estado prestar de forma gratuita tratamento médico e psicológico ao senhor Vélez Loor, incluindo o fornecimento dos medicamentos de que necessite. Especificaram que “[e]m virtude de a vítima não residir no Panamá, o Estado deve adotar as medidas para que o tratamento seja prestado em Santa Cruz, Bolívia—onde atualmente reside -, por pessoal e instituições especializados no atendimento de vítimas de atos de violência como os ocorridos no presente caso”. O tratamento respectivo “deve ser definido depois que a vítima seja submetida a um diagnóstico completo” e de acordo com um plano para sua implementação. O Estado declarou que existe mérito, e que não se opõe a que a Corte disponha medidas de reabilitação em favor do senhor Vélez Loor, “a respeito dos prejuízos materiais e imateriais decorrentes dos danos sofridos pela violação dos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial”.

263. A Corte considera, como o fez em outros casos,<sup>302</sup> que é preciso dispor uma medida de reparação que ofereça uma atenção adequada aos sofrimentos físicos e psicológicos infligidos à vítima. Portanto, tendo constatado as violações e os danos sofridos pelo senhor Vélez Loor enquanto permaneceu sob a custódia do Estado do Panamá (par. 227 *supra*), o Tribunal considera necessário ordenar medidas de reabilitação no presente caso, as quais devem levar em conta a expectativa da vítima e sua condição de estrangeiro (par. 258 *supra*). É por esse motivo que este Tribunal não considera pertinente que o senhor Vélez Loor receba o tratamento médico e psicológico no Panamá, mas que deve poder exercer seu direito à reabilitação no lugar onde se encontre, para que se possa cumprir o objetivo e a finalidade dessa reabilitação. Nesse sentido, a Corte, levando em conta as considerações *supra* (par. 258), considera necessário que o Panamá ofereça ao senhor Vélez Loor uma soma destinada a custear as despesas de tratamento médico e psicológico especializado, bem como outras despesas conexas, no lugar em que resida.

264. Por conseguinte, dispõe que o Estado deve destinar uma única vez ao senhor Vélez Loor, num prazo de seis

301. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, nota 298 *supra*, par. 84; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 219; e *Caso Chitay Nech e outros*, nota 104 *supra*, par. 242.

302. Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C Nº 87, pars. 42 e 45; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 252; e *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 27 *supra*, par. 251.

meses contados a partir da notificação desta Sentença, a soma de US\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) a título de tratamento e atendimento médico e psicológico especializado, medicamentos e outros gastos futuros correlatos.

## **2. Medidas de Satisfação**

### *a) Publicação da Sentença*

265. A Comissão não se referiu a esta medida de satisfação. Por sua vez, as representantes solicitaram que se “ordene ao Estado panamenho a publicação total da [S]entença, tanto na *Gaceta Oficial* do Panamá como em dois dos jornais de maior circulação no país, escolhidos de comum acordo com a vítima e seus representantes”. Em suas alegações finais especificaram que, para restabelecer a honra e a dignidade do senhor Vélez Loor em relação à sua família no Equador, a publicação das partes pertinentes da Sentença deve ser feita também em um jornal de ampla circulação no Equador. O Estado afirmou que a publicidade da Sentença que profira a Corte já se encontra garantida em virtude do conteúdo do artigo 31 de seu Regulamento, razão pela qual se opôs a esse pedido.
266. A Corte considera que a presente medida de satisfação é relevante e importante para restabelecer a dignidade da vítima, que sofreu física e emocionalmente em virtude da privação arbitrária de sua liberdade; pelas condições cruéis, desumanas e degradantes às quais foi submetido durante sua detenção; e pela frustração e prejuízo a ele causados por ter sido submetido a um processo migratório sem as devidas garantias. Por essa razão, como este Tribunal ordenou em outros casos,<sup>303</sup> o Estado deve publicar, uma única vez, no Diário Oficial do Panamá, a presente Sentença, com os respectivos títulos e subtítulos, sem as notas de rodapé, assim como a parte resolutiva do texto. Além disso, o Estado deve publicar em jornal de ampla circulação no Panamá e no Equador o resumo oficial da Sentença elaborado pela Corte. Além disso, como foi ordenado pela Corte em ocasiões anteriores,<sup>304</sup> a presente Decisão deve ser publicada integralmente em um sítio *web* oficial, e deve estar disponível por um período de um ano. Para a devida publicação no Diário Oficial, nos jornais e na Internet se fixa o prazo de um ano, a partir da notificação da presente Sentença.

## **3. Obrigação de investigar os alegados atos de tortura e outros danos cometidos contra o senhor Vélez Loor, e identificar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis**

267. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado a realização de uma investigação séria e diligente sobre as denúncias de tortura supostamente cometidas na jurisdição do Estado panamenho em prejuízo do senhor Vélez Loor.
268. As representantes sustentaram que o Estado panamenho deveria investigar de forma séria e exaustiva os atos de tortura que teriam sido cometidos em detrimento do senhor Vélez Loor, em relação a todos os partícipes que deveriam ser punidos de acordo com a gravidade das violações cometidas. Além disso, afirmaram que se deveria investigar a identidade dos funcionários responsáveis por outras violações cometidas contra a vítima, e puni-los de maneira adequada. Salientaram que “ao serem iniciadas as investigações, a vítima deverá ter pleno acesso a todas as etapas processuais, e de nelas atuar, de acordo com a lei interna e a Convenção Americana, e deverá ser garantida uma efetiva proteção a ela e a todas as pessoas envolvidas na promoção das investigações”. Além disso, solicitaram que os resultados das investigações sejam divulgados pública e amplamente, para que a sociedade panamenha os conheça. Finalmente, enfatizaram a necessidade que tinha o senhor Vélez Loor de obter justiça, e de que o que lhe aconteceu fosse “condenado no Panamá” para poder ver “restabelecida sua honra e dignidade”.
269. Por sua vez, o Estado informou que o Ministério Público havia aberto uma investigação penal a fim de determinar responsabilidades sobre os fatos mencionados neste caso. A respeito das demais violações, o Estado afirmou que a obrigação de oferecer medidas como esta não é viável, e se opôs a esse pedido, já que “estas só poderiam ser ordenadas ante a determinação efetiva de que ocorreu uma violação dos fatos protegidos pela Convenção”.
270. Levando em conta que, desde 10 de julho de 2009, vem-se realizando uma investigação pelo crime contra a liberdade em prejuízo do senhor Vélez Loor (pars. 242 e 245 *supra*), bem como a jurisprudência deste

303. Cf. *Caso Barrios Altos*, nota 302 *supra*, Ponto Resolutivo 5.d); *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 244; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 229.

304. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de março de 2005. Série C Nº 120, par. 195; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 244; e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 28 *supra*, par. 298.

Tribunal,<sup>305</sup> a Corte dispõe que o Estado deve continuar a conduzir com a maior diligência e de maneira eficaz, dentro de um prazo razoável, a investigação penal iniciada pelos fatos comunicados pelo senhor Vélez Loor. Para isso, o Estado deve executar com seriedade todas as ações necessárias para individualizar, julgar e, se for o caso, punir todos os autores e partícipes dos fatos denunciados pelo senhor Vélez Loor, para os efeitos penais e quaisquer outros que possam resultar da investigação dos fatos. Para a investigação dos alegados atos de tortura, as autoridades competentes deverão levar em consideração as normas internacionais de documentação e interpretação dos elementos de prova forense a respeito da prática de atos de tortura, especialmente as definidas no Manual para a Investigação e Documentação Efetivas de Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (“Protocolo de Istambul”).<sup>306</sup>

#### 4. *Garantias de não repetição*

##### a) *Adoção de medidas para garantir a separação das pessoas detidas por razões migratórias das detidas por delitos penais*

271. A Comissão não se referiu a esta medida. As representantes afirmaram que atualmente a legislação panamenha prevê que as pessoas migrantes em situação irregular que se encontrem detidas permanecerão em “albergues preventivos de curta permanência”. No entanto, só existem albergues desse tipo na Cidade do Panamá, e os migrantes em situação irregular detidos em outras regiões permanecem em centros penitenciários em conjunto com pessoas processadas e condenadas por delitos penais. Portanto, solicitaram à Corte que ordene ao Estado panamenho que adote medidas efetivas para garantir que as pessoas detidas por razões migratórias permaneçam em centros destinados a eles, nos quais se atendam a suas necessidades de maneira adequada. O Estado se referiu à abertura de albergues do Departamento Nacional de Migração e às características de seu funcionamento, e considerou importante destacar que nos albergues para migrantes unicamente se alojam migrantes.

272. No presente caso o Tribunal determinou que o senhor Vélez Loor foi privado de liberdade na Prisão Pública de La Palma e, posteriormente, no Centro Penitenciário La Joyita, centros carcerários dependentes do sistema penitenciário nacional nos quais foi preso junto com pessoas processadas e/ou punidas pela prática de delitos penais, em razão de sua situação migratória irregular (par. 210 *supra*). Para que as pessoas privadas de liberdade por questões migratórias em nenhuma circunstância sejam levadas a centros penitenciários ou a outros lugares onde possam estar junto com pessoas acusadas ou condenadas por delitos penais, a Corte ordena ao Estado que, num prazo razoável, adote as medidas necessárias para dispor de estabelecimentos com capacidade suficiente para alojar as pessoas cuja detenção seja necessária e efetivada concretamente por questões migratórias; e que esses estabelecimentos sejam especificamente adequados para tais propósitos, que ofereçam condições materiais e um regime apropriado para os migrantes, e que disponha de pessoal civil e devidamente qualificado e capacitado. Esses estabelecimentos deverão contar com informação visível em vários idiomas sobre a condição legal dos detidos, fichas com nomes e telefones dos consulados, assessores jurídicos e organizações a que estas pessoas possam recorrer para pedir apoio caso considerem pertinente.

##### b) *Adequação das condições carcerárias na Prisão Pública de La Palma e no Complexo Penitenciário La Joyita aos padrões internacionais*

273. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado assegurar que os centros de detenção panamenhos cumpram com padrões mínimos compatíveis com um tratamento humano e que permitam às pessoas privadas de liberdade ter uma vida digna.

274. As representantes, por sua vez, reiteraram que a maioria das “condições de detenção desumanas” enfrentadas pelo senhor Vélez Loor se mantêm na atualidade. Portanto, solicitaram à Corte que ordene ao Estado panamenho “a criação de um plano a curto, médio e longo prazo para assegurar que o Sistema Penitenciário contará com os recursos necessários para seu adequado funcionamento em um prazo razoável”, bem como “a criação de um mecanismo interinstitucional destinado à melhoria das condições carcerárias no país e consequentemente da qualidade de vida das pessoas privadas de liberdade”. Em especial, solicitaram que se ordene ao Estado garantir que as pessoas encarregadas da custódia dos privados de liberdade sejam civis com a preparação

305. Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, nota 27 *supra*, par. 441; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 211; e *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 27 *supra*, par. 228.

306. Cf. Nações Unidas, Escritório do Alto Comissário para os Direitos Humanos, Protocolo de Istambul (Manual para a Investigação e Documentação Efetivas de Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes), Nova York e Genebra, 2001.

adequada, e não membros da Polícia Nacional; adotar medidas efetivas para melhorar as condições de detenção das pessoas privadas de liberdade em prisões panamenhas; e garantir que o Sistema Penitenciário panamenho conte com médicos suficientes, os quais devem ter a independência necessária para levar a cabo seu trabalho e estabelecer protocolos para o exame das pessoas privadas de liberdade.

275. O Estado informou em detalhe sobre as medidas adotadas para melhorar as condições de vida das pessoas privadas de liberdade, as quais estariam atualmente em execução. Afirmou que, desde o mês de julho de 2009, cresceu a adoção de medidas destinadas a diminuir a superlotação existente nos centros penitenciários do país. Além disso, salientou que sob “a coordenação direta do chefe da Pasta de Governo, o Departamento Geral do Sistema Penitenciário executa, além de medidas de impacto imediato para a melhoria da situação das pessoas privadas de liberdade, programas integrais para resolver a médio prazo as deficiências, carências e irregularidades”. Além disso, informou sobre medidas concretas adotadas na área da saúde. Entre elas, ressaltou a implementação de visitas médicas aos centros do interior do país, além da dotação de recursos às clínicas dos centros penitenciários. Além disso, o Estado informou que havia conseguido a assinatura de um convênio com o Ministério da Saúde para melhorar o serviço médico da clínica no complexo La Joya.
276. A Corte toma nota das deficientes condições de detenção, reconhecidas pelo Estado (pars. 60 e 197 *supra*), na Prisão Pública de La Palma e no Centro Penitenciário La Joyita, as quais são incompatíveis com a Convenção Americana. Dado que este caso se refere a migrantes, e foi estabelecido que estes não podem ser alojados em tais estabelecimentos, o Tribunal considera que neste caso não é pertinente ordenar uma medida como a solicitada. Não obstante isso, a Corte recorda a posição especial de garante do Estado com respeito às pessoas privadas de liberdade, razão pela qual se encontra especialmente obrigado a garantir os direitos dessas pessoas,<sup>307</sup> em particular, o adequado fornecimento de água no Complexo Penitenciário La Joya-La Joyita, e a assegurar que as condições de detenção neste Complexo e na Prisão Pública de La Palma se adéquem aos padrões internacionais relativos a essa matéria.

c) *Medidas de capacitação para funcionários estatais*

277. As representantes solicitaram à Corte que “ordene ao Estado o estabelecimento de programas de formação destinados aos funcionários do Serviço Nacional de Migração [co]m relação às garantias do devido processo e ao direito de todas as pessoas [...] de ter acesso a elas de maneira efetiva”, e que o conteúdo desses programas seja estabelecido de comum acordo com organizações reconhecidas em matéria de direitos das pessoas migrantes. Em relação ao estabelecimento de programas de formação, o Estado não se pronunciou.
278. Após a análise da prova apresentada pela Comissão e pelas representantes e tendo em vista o reconhecimento de responsabilidade do Estado, esta Corte determinou que as violações dos direitos do senhor Vélez Looor se caracterizaram pela ação ou omissão de funcionários do então Departamento Nacional de Migração e Naturalização e do Sistema Penitenciário Nacional. Em virtude do exposto e nas circunstâncias do presente caso, esta Corte considera que o Estado deve executar, num prazo razoável, um programa de formação e capacitação para o pessoal do Serviço Nacional de Migração e Naturalização, bem como para outros funcionários que, em função de sua área de competência, tenham contato com pessoas migrantes, quanto às normas internacionais relativas aos direitos humanos dos migrantes, às garantias do devido processo e ao direito à assistência consular. No âmbito desse programa, o Estado deverá fazer especial menção à presente Sentença e aos instrumentos internacionais de direitos humanos nos quais o Panamá é parte.
279. A Comissão solicitou que se ordene ao Estado adotar medidas para que “as autoridades panamenhas conheçam e cumpram sua obrigação de iniciar investigações de ofício sempre que exista denúncia ou razão fundamentada para supor que se cometeu um ato de tortura em sua jurisdição”.
280. A Corte dispõe que o Estado implemente, num prazo razoável, programas de capacitação sobre a obrigação de iniciar investigações de ofício sempre que exista denúncia ou razão fundamentada para supor que se cometeu um ato de tortura em sua jurisdição, destinados a integrantes do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Polícia Nacional, bem como ao pessoal do setor de saúde com competência nesse tipo de caso, e que por suas funções sejam os primeiros chamados a atender às vítimas de tortura.

307. Cf. *Assunto da Penitenciária Urso Branco*. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, Considerandos sexto e oitavo; *Assunto Centro Penitenciário de Aragua “Cárcel de Tocorón”*. Medidas provisórias a respeito da Venezuela. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de novembro de 2010, Considerando décimo segundo, e *Assunto Guerrero Larez*. Medidas Provisórias a respeito da Venezuela. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de novembro de 2009, Considerando décimo terceiro.

d) *Medidas para assegurar que a legislação panamenha em matéria migratória e sua aplicação sejam compatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*

281. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado garantir que a legislação interna em matéria migratória e sua aplicação sejam compatíveis com as garantias mínimas estabelecidas nos artigos 7 e 8 da Convenção Americana, incluindo as reformas legislativas que sejam necessárias para assegurar que nos processos migratórios se observem estritamente todas as garantias convencionais. Também ressaltou que, apesar de o Decreto Lei nº 3 de 2008 ter eliminado a criminalização da reincidência migratória, vários elementos nessa norma continuariam sendo incompatíveis com a Convenção Americana.<sup>308</sup> Por esse motivo, solicitou à Corte que ordene ao Estado envidar os esforços necessários para concluir o processo de adequação da legislação migratória à Convenção Americana.
282. As representantes concordaram com a Comissão em que a legislação vigente continua a não respeitar as garantias do devido processo das pessoas submetidas a processos migratórios, já que “mantém várias das falhas que provocaram e propiciaram as violações dos direitos da vítima neste caso”.<sup>309</sup> Em função disso, as representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado panamenho modificar sua legislação de maneira a garantir o direito ao devido processo dos migrantes, e, em particular, que reforme sua legislação para garantir a revisão judicial da detenção das pessoas por razões migratórias, o direito a ser assistido por um advogado de ofício e o direito à informação consular.
283. O Estado salientou que “[n]ão se poderia [...] solicitar [...] a modificação da lei migratória atual, já que a [d]emanda apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos não inclui acusação alguma a respeito do Decreto-Lei 3, de 2008”. Ademais, afirmou que “[n]ão existe na Convenção disposição alguma que permita à Corte decidir [sobre] uma lei que ainda não afetou direitos e liberdades protegidos de indivíduos determinados, de modo que tal pretensão não poderia ser admitida sob a premissa de uma medida de satisfação”. Portanto, o Estado se opôs à solicitação.
284. A Corte toma nota de que a República do Panamá introduziu modificações em sua legislação e, em especial, nas normas sobre migração, durante o tempo em que o presente caso esteve sob o conhecimento dos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Com efeito, o Estado revogou o Decreto-Lei 16, de 1960, por meio do Decreto-Lei 3, de 2008, eliminando a possibilidade de aplicar sanções de natureza punitiva às pessoas que ingressem no Panamá violando ordens de deportação anteriores.
285. A esse respeito, este Tribunal ressalta que a competência contenciosa da Corte não tem por objeto a revisão das legislações nacionais de maneira abstrata,<sup>310</sup> mas é exercida para resolver casos concretos em que se alegue que um ato do Estado, executado contra pessoas determinadas, é contrário à Convenção. Desse modo, ao conhecer do mérito do assunto, a Corte examinou se a conduta do Estado se ajustou ou não à Convenção em relação à legislação vigente no momento dos fatos. Tendo em vista que no presente caso o Decreto-Lei 3, de 2008, não foi aplicado ao senhor Vélez Loor, este Tribunal não emitirá um pronunciamento sobre sua compatibilidade com a Convenção.
286. Não obstante isso, o Tribunal considera pertinente recordar ao Estado que deve prevenir a recorrência de violações de direitos humanos como as ocorridas e, por esse motivo, adotar todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza que sejam necessárias para evitar que fatos similares voltem a ocorrer no futuro, em cumprimento de seus deveres de prevenção e garantia dos direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção Americana. Além disso, deve adotar todas “as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos” os direitos reconhecidos pela Convenção Americana,<sup>311</sup> razão pela qual a obrigação estatal de adequar a legislação interna às disposições convencionais não se limita ao texto constitucional ou legislativo, mas deverá se estender a todas as disposições jurídicas de caráter regulamentar e traduzir-se na efetiva aplicação prática das normas de proteção dos direitos humanos das pessoas

308. Em especial, referiu-se à aplicação da detenção migratória como regra geral e não como exceção; à possibilidade de que essa detenção se estenda por um período de 18 meses, e à ausência de controle judicial da privação de liberdade de uma pessoa por razões migratórias, a não ser que se interponham recursos judiciais que não necessariamente se encontram à disposição de imigrantes indocumentados ou irregulares.

309. Referiram-se, *inter alia*, a que o Serviço Nacional de Migração continua tendo a faculdade de ordenar a detenção de pessoas estrangeiras, podendo estendê-la por até dezoito meses, sem que existam mecanismos para garantir um controle judicial automático dessa detenção, e a que não se adotam medidas destinadas a assegurar o devido processo dos estrangeiros, como garantir-lhes tradução para seu idioma, assistência jurídica ou assistência consular.

310. Cf. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares*. Sentença de 27 de janeiro de 1995. Série C Nº 21, par. 50; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 51; e *Caso Usón Ramírez*, nota 10 *supra*, par. 154.

311. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros)*, nota 48 *supra*, par. 203; *Caso Salvador Chiriboga*, nota 202 *supra*, par. 122; e *Caso Zambrano Vélez e outros*, nota 200 *supra*, par. 153.

migrantes, principalmente em relação à notificação aos detidos estrangeiros sobre seu direito à assistência consular, assim como assegurar a revisão judicial direta perante um juiz ou tribunal competente para que decida sobre a legalidade da prisão ou detenção.

287. Além disso, cabe ressaltar que quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, aqueles que exercem funções jurisdicionais também se submetem a ela, o que os obriga a zelar para que o efeito útil da Convenção não se veja enfraquecido ou anulado pela aplicação de leis contrárias a suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos de qualquer dos poderes cujas autoridades desempenhem funções jurisdicionais devem exercer não apenas um controle de constitucionalidade, mas também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regulamentações processuais devidas.<sup>312</sup>
288. Por conseguinte, a Corte recorda que a conduta do Estado em todos os seus âmbitos, no que se refere à questão migratória, deve ser coerente com a Convenção Americana.

*e) Tipificação adequada do crime de tortura*

289. A Comissão não apresentou pretensão alguma com respeito a essa medida. As representantes, por sua vez, afirmaram que até o momento o crime de tortura continua sem ser tipificado de maneira adequada no Panamá. Por conseguinte, solicitaram à Corte que ordene ao Estado panamenho que modifique sua legislação, “de maneira a tipificar o crime de tortura nos termos ordenados em sua sentença do Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, e de acordo com o disposto na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura”. O Estado afirmou que existe um anteprojeto de lei para a tipificação completa do crime de tortura.
290. A Corte já se referiu à obrigação geral dos Estados de adequar sua legislação interna às normas da Convenção Americana (par. 194 *supra*). Isso também se aplica à assinatura da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, o que decorre da norma consuetudinária segundo a qual um Estado que celebra uma convenção internacional deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas.
291. Na Sentença do Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* o Tribunal já havia declarado o descumprimento das obrigações do Estado e ordenado a consequente reparação nos seguintes termos:

[o] Tribunal considera pertinente ordenar ao Estado que adéque em um prazo razoável seu direito interno e, a esse respeito, tipifique [o crime de] tortura, nos termos e em cumprimento dos compromissos assumidos em relação à Convenção contra a Tortura [...].<sup>313</sup>

292. Nesse sentido, a Corte não considera pertinente ordenar novamente a tipificação adequada do crime de tortura, pois essa medida de reparação já foi estabelecida na Sentença *supra* mencionada e aquela tem efeitos gerais que ultrapassam o caso concreto. Além disso, o cumprimento do ordenado nesta Sentença continua sendo avaliado na respectiva etapa de supervisão de cumprimento.

*f) Outras medidas solicitadas*

293. As representantes solicitaram, ademais, que se ordene ao Estado: a) realizar um ato no qual reconheça expressamente sua responsabilidade pelas violações cometidas e se comprometa a que fatos similares não voltem a ocorrer; b) investigar de forma séria e efetiva a identidade dos funcionários que deixaram de iniciar uma investigação pelos alegados atos de tortura cometidos em prejuízo da vítima; c) criar “protocolos que obriguem a realização de exames médicos completos nas pessoas privadas de liberdade no momento em que ingressem nos diferentes centros penitenciários, ante qualquer indicio de maus-tratos e tortura, ou a respeito dos diferentes centros penitenciários que possam apresentar”; d) estabelecer um mecanismo de “visitas periódicas aos locais de detenção, com a intenção de prevenir, detectar e punir as condutas que impliquem a violação dos direitos à segurança, à integridade pessoal e à vida das pessoas privadas de liberdade”; e e) estabelecer “um mecanismo por meio do qual os privados de liberdade tenham a possibilidade de dar a conhecer diretamente às autoridades competentes os atos de agressão de que são objeto por parte das pessoas encarregadas de sua custódia”.
294. Com respeito a essas solicitações, a Corte considera que a emissão da presente Sentença e as reparações

312. Cf. *Caso Almonacid Arellano*, nota 48 *supra*, par. 124; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 202; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 219.

313. Cf. *Caso Heliodoro Portugal*, nota 27 *supra*, par.259.

ordenadas neste capítulo são suficientes e adequadas para remediar as violações sofridas pela vítima.<sup>314</sup>

295. Além disso, as representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado panamenho dar cumprimento à Lei nº 55, de 30 de julho de 2003, e garantir que a direção dos centros penitenciários e a custódia dos privados de liberdade sejam exercidas por funcionários públicos civis que tenham a preparação necessária para isso. O Estado afirmou que o Sistema Penitenciário Nacional se empenhou no recrutamento de recursos humanos interessados em receber capacitação formal para exercer trabalho de custódia nos centros penitenciários do país. Não obstante isso, reconheceu que os resultados dos concursos não encontraram eco na sociedade. Portanto, informou que mantém as convocações para localizar pessoas com o perfil adequado para o exercício dessa função. Afirmou que a convocação de novos guardas penitenciários se realiza pelos meios de comunicação em âmbito nacional. Além disso, salientou que atualmente o programa de concursos para a contratação de funcionários civis estabeleceu uma cota de 200 funcionários e B/.30.000,00 (trinta mil Balboas) para sua capacitação inicial.
296. A Corte avalia positivamente os esforços realizados pelo Estado, destinados à incorporação e capacitação de pessoal civil qualificado para exercer trabalhos de custódia nos centros penitenciários do Panamá. No entanto, ressalta que no presente caso não se pronunciou em suas considerações de mérito com respeito às disposições de direito interno relativas à Lei nº 55, de 2003, razão pela qual não é possível fixar reparações a esse respeito.
297. Em suas alegações finais escritas, as representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado garantir a separação das pessoas processadas das condenadas.
298. A Corte observa que essa solicitação não foi apresentada no momento processual oportuno pelas representantes, isto é, em seu escrito de petições e argumentos, motivo pelo qual essa medida de reparação solicitada extemporaneamente não será considerada pelo Tribunal.

### **C. Indenizações compensatórias**

#### **1. Dano material**

299. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e estabeleceu que esse dano supõe “a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados em virtude dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que guardem nexos causal com os fatos do caso”.<sup>315</sup>
300. A Comissão solicitou à Corte que “fixe, de maneira justa, o montante da indenização correspondente ao dano emergente e ao lucro cessante, no uso de suas amplas faculdades na matéria”. As representantes não fizeram referência específica ao dano emergente, mas apresentaram solicitações a respeito do lucro cessante. O Estado declarou que, quanto à indenização compensatória do dano material e imaterial, se submete à decisão da Corte a respeito das violações sobre as quais aceitou responsabilidade.
301. A seguir, o Tribunal fixará as respectivas indenizações a título de dano material em relação às violações declaradas nos Capítulos VIII-1, 2 e 3 da presente Sentença, levando em conta as circunstâncias particulares do caso, a prova oferecida pelas partes e suas alegações.

##### *a) Perda de receita*

302. As representantes afirmaram que o lucro cessante se refere à perda de receitas econômicas em consequência da “interrupção, enquanto esteve detido no Panamá, de [suas] atividades lucrativas [...]”. Do mesmo modo, afirmaram que, de 1998 a 2002, o senhor Vélez Loo trabalhou em compra e venda de roupa, veículos e gado em Quito, Equador. Segundo as representantes, no momento de sua detenção se dirigia aos Estados Unidos com a finalidade de obter fundos para fortalecer seu negócio. Considerando que não dispunham de cifras exatas para calcular a receita perdida pela vítima durante os 10 meses de sua detenção, solicitaram à Corte que leve em conta esses elementos para fixar, de maneira justa, o montante correspondente. Por sua vez, o Estado não apresentou pretensão alguma sobre a perda de receitas.

314. Cf. *Caso Radilla Pacheco*, nota 25 *supra*, par. 359; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 267; e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 11 *supra*, par. 238.

315. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 43; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 260; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 270.

303. A determinação da indenização por perda de receita no presente caso deve ser calculada com base no período em que a vítima permaneceu sem trabalhar, privada de liberdade. Nesse caso, a Corte já considerou provado que Jesús Tranquilino Vélez Loor permaneceu privado de liberdade de 11 de novembro de 2002 a 10 de setembro de 2003, e que esse encarceramento constituiu uma violação de seus direitos à liberdade e à integridade pessoal (Capítulos VIII-1 e VIII-2 *supra*). Nessa oportunidade, o Tribunal considera que, embora as representantes tenham afirmado que a vítima trabalhou em compra e venda de roupa, veículos e gado em Quito, Equador, o Tribunal não dispõe de prova suficiente para determinar que atividades laborais a vítima realizava no momento dos fatos.
304. Considerando o acima exposto, a Corte julga que o Estado deve pagar, em equidade, a soma de US\$ 2.500.00 (dois mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) ao senhor Vélez Loor, a título de indenização pelas receitas que deixou de receber durante o tempo em que esteve privado de liberdade, em violação do artigo 7 da Convenção Americana.

*b) Dano Emergente*

305. A Comissão solicitou à Corte que fixe em equidade o montante desse dano. Por sua vez, as representantes declararam que, a partir do momento em que a vítima foi deportada, tentou obter justiça pelas violações de que foi objeto. Para isso, informaram que Vélez Loor solicitou assistência jurídica e, junto com seu advogado, deram seguimento à denúncia que apresentaram perante a Embaixada do Panamá em Quito, mantendo comunicação com a Embaixada. Além disso, afirmaram que, no âmbito do processo internacional, a vítima incorreu em despesas de advogado, material de escritório, envio de comunicações, uma viagem a Washington para participar da audiência de admissibilidade perante a Comissão e uma viagem de Santa Cruz a La Paz, Bolívia, para documentar e preparar o caso em conjunto com as representantes. Afirmaram que tudo isso gerou gastos e que a Corte deve fixar o montante em equidade. O Estado não apresentou alegações a esse respeito.
306. Ainda que as representantes tenham definido os gastos em que a vítima incorreu como parte das custas e gastos, esta Corte considera que esses gastos fazem parte do dano emergente, pois se referem aos esforços econômicos que o senhor Vélez Loor realizou para reclamar justiça.
307. A esse respeito, a Corte observa que o senhor Vélez Loor recebeu assessoria jurídica para denunciar as violações das quais foi objeto. Não obstante isso, com base na prova existente nos autos, o Tribunal não pode quantificar o montante que a vítima gastou. Em vista disso, e tomando levando em conta o tempo transcorrido, o Tribunal fixa, em equidade, a soma de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) que deve ser paga pelo Estado ao senhor Vélez Loor a título de reembolso por despesas com assistência jurídica e outras despesas decorrentes do processo internacional.

**2. Dano imaterial**

308. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que esse dano compreende “tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, e a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, como as alterações de caráter não pecuniário nas condições de vida da vítima ou de sua família”.<sup>316</sup>
309. A Comissão solicitou à Corte que fixe, em equidade, o montante da indenização a título de danos imateriais. As representantes, por sua vez, solicitaram à Corte “que ordene ao Estado panamenho ressarcir o dano infligido a[o senhor] Vélez Loor devido às violações cometidas contra ele”. Para isso, solicitaram que a Corte “leve em conta também o sofrimento causado pelas violações bem como as sequelas deixadas por esse sofrimento, e fixe o montante em equidade”. O Estado declarou que se submete à decisão da Corte a respeito dessa medida.
310. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e as hipóteses em que cabe indenizá-lo. O dano imaterial pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados às vítimas diretas e aos seus familiares, e a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, como as alterações de caráter não pecuniário nas condições de vida da vítima ou de sua família. Porquanto não é possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, só pode ser objeto de compensação, de duas formas.

316. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, nota 298 *supra*, par. 84; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 278; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 275.

Em primeiro lugar, mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou serviços mensuráveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judicial e em termos de equidade. E, em segundo lugar, por meio da realização de atos ou obras de alcance ou repercussão públicos, tais como a transmissão de uma mensagem de reprovação oficial às violações dos direitos humanos em questão e de compromisso com os esforços destinados a que não voltem a ocorrer, que tenham como efeito, entre outros, o reconhecimento da dignidade da vítima.<sup>317</sup>

311. A jurisprudência internacional estabeleceu reiteradamente que a Sentença pode constituir *per se uma* forma de reparação.<sup>318</sup> Não obstante isso, considerando as circunstâncias do caso *sub judice*, a Corte considera pertinente fixar uma quantia, em equidade, como compensação a título de danos imateriais.<sup>319</sup>
312. Ao fixar a compensação por dano imaterial no presente caso, deve-se considerar que Jesús Tranquilino Vélez Loor foi submetido a condições de detenção cruéis, desumanas e degradantes, as quais lhe causaram intensas dores corporais, sofrimentos e perdas emocionais, bem como consequências físicas e psicológicas que ainda perduram (pars. 222 e 227 *supra*).
313. Além disso, as ações estatais a ele dirigidas não cumpriram os requisitos do devido processo (houve detenção arbitrária e falta de garantias judiciais). Naturalmente, a pessoa submetida a detenção arbitrária experimenta um profundo sofrimento,<sup>320</sup> que se agrava quando se leva em conta que não foram investigados os fatos relacionados aos maus-tratos e à suposta tortura denunciadas. Por essas razões, este Tribunal considera que se presume que as violações dessa natureza causam danos imateriais àqueles que as sofrem.<sup>321</sup>
314. Em consequência, o Tribunal considera pertinente fixar, em equidade, a soma de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor do senhor Vélez Loor, como compensação a título de dano imaterial.

#### **D. Custas e Gastos**

315. A Comissão solicitou à Corte que, uma vez ouvidas as representantes da vítima, ordene ao Estado do Panamá “o pagamento das custas e gastos que se tenham originado e se originem na tramitação do presente caso tanto no âmbito interno como perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos”. As representantes, por sua vez, afirmaram que em sua luta pela busca de justiça, o senhor Vélez Loor incorreu em múltiplos gastos nos processos no âmbito nacional e internacional. O mesmo ocorreu com o CEJIL em sua qualidade de representante da vítima no processo internacional. Em virtude disso, a representação da vítima salientou que os gastos nos quais incorreu no processo no âmbito nacional e internacional são os que se informam no parágrafo seguinte.
316. As representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado reembolsar os gastos e custas em que incorreu a vítima a título de assessoria jurídica para sua defesa nos processos conduzidos no âmbito interno e internacional. Por outro lado, solicitaram o reembolso dos gastos realizados pelo CEJIL em virtude de sua representação perante as instâncias internacionais, principalmente relacionados a viagens realizadas pelas advogadas dessa representação para documentar e preparar o caso, e também a viagens durante a tramitação do caso perante a Comissão. Além disso, incluíram os gastos pelo respectivo trabalho jurídico, a investigação, compilação e apresentação de provas, entrevistas e preparação de escritos. Desse montante, as representantes estimaram os gastos em que incorreram durante o litígio em aproximadamente US\$ 10.700,00 (dez mil e setecentos dólares dos Estados Unidos da América). Por outro lado, em seu escrito de alegações finais, atualizaram os montantes originalmente informados, remetendo os comprovantes dos gastos incorridos em relação à audiência pública realizada na sede do Tribunal, tais como viagens, hospedagem e alimentação das representantes, do perito e da vítima, chegando à quantia de US\$ 13.339,40 (treze mil trezentos e trinta e nove dólares e quarenta centavos dos Estados Unidos da América). Em suma, as representantes solicitaram o reembolso de gastos num total aproximado de US\$ 24.000,00 (vinte

317. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, nota 298 *supra*, par. 84; *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, nota 20 *supra*, nota de rodapé 547; e *Caso Anzualdo Castro*, nota 60 *supra*, par. 218.

318. Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29, par. 56; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 282; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 278.

319. Cf. *Caso Neira Alegria e outros*, nota 318 *supra*, par. 56; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 282; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 278.

320. Cf. *Caso Bulacio*, nota 102 *supra*, par. 98; *Caso La Cantuta*, nota 103 *supra*, par. 217; e *Caso Tibi*, nota 27 *supra*, par. 244.

321. Cf. *Caso Tibi*, nota 27 *supra*, par. 244.

e quatro mil dólares dos Estados Unidos da América). A respeito de gastos futuros, as representantes solicitaram à Corte que, na etapa processual respectiva, “seja concedida a oportunidade de apresentar cifras e comprovantes atualizados dos gastos nos quais se incorrerá durante o desenvolvimento do processo contencioso internacional”.

317. O Estado declarou que “[c]arece de mérito a pretensão de que se ordene ao Estado panamenho pagar a totalidade das custas e gastos legais incorridos no presente caso perante a Comissão e a Corte Interamericana”. Especificou que alguns dos gastos detalhados não correspondem a este processo e já foram pagos pelo Estado panamenho, e se referiu em particular ao “caso das faturas nas quais se detalha a compra de passagem para a verificação do cumprimento da Sentença no caso de Heliodoro Portugal”.
318. Quanto ao reembolso das custas e gastos, cabe ao Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, o que compreende os gastos incorridos perante as autoridades da jurisdição interna, bem como no curso do processo perante o Sistema Interamericano, levando em conta as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Essa apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em conta os gastos informados pelas partes, desde que seu *quantum* seja razoável.<sup>322</sup> Esta Corte tem argumentado que “as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual que lhes é concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões se atualizem num momento posterior, conforme as novas custas e gastos incorridos por ocasião do procedimento perante esta Corte”.<sup>323</sup>
319. Tendo em conta as considerações acima, a prova apresentada e a única objeção específica do Estado quanto aos comprovantes apresentados, para compensar as custas e gastos incorridos perante as autoridades da jurisdição do Panamá, assim como aqueles gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano, a Corte determina que o Estado reembolse a quantia de US\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil dólares dos Estados Unidos da América) diretamente ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL). No procedimento de supervisão de cumprimento da presente Sentença, o Tribunal poderá dispor o reembolso por parte do Estado à vítima ou seus representantes dos gastos razoáveis devidamente comprovados.
320. A Corte não ordenará o pagamento de custas e gastos a favor da vítima, uma vez já foi considerado na seção sobre dano emergente (par. 307 *supra*).

#### ***E. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados***

321. O Estado deverá realizar o pagamento a título de dano material, dano imaterial e reembolso das custas e gastos no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença.
322. O pagamento das indenizações estabelecidas em favor da vítima será feito diretamente a ela. Caso Jesús Tranquilino Vélez Loor faleça antes que lhe seja paga a indenização respectiva, esta será entregue a seus herdeiros.
323. O Estado deve cumprir suas obrigações mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América.
324. Caso, por motivos atribuíveis ao beneficiário das indenizações, não seja possível que este as receba no prazo indicado, o Estado depositará esses montantes em benefício de Jesús Tranquilino Vélez Loor numa conta ou certificado de depósito em instituição financeira do Panamá, em dólares estadunidenses e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Caso, ao final de dez anos a indenização não tenha sido reclamada, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.
325. As quantias determinadas na presente Sentença a título de indenização serão entregues à vítima integralmente conforme o estabelecido nesta Sentença. As quantias determinadas na presente Sentença a título de reembolso de custas e gastos serão entregues diretamente ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL). Essas quantias serão pagas sem reduções decorrentes de eventuais encargos fiscais.
326. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório no Panamá.

<sup>322</sup> Cf. *Caso Garrido e Baigorria*, nota 198 *supra*, par. 82; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penha*, nota 28 *supra*, par. 288; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 284.

<sup>323</sup> *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiquez*, nota 99 *supra*, par. 275; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 27 *supra*, par. 285; e *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 27 *supra*, par. 298.

**X**  
**Pontos Resolutivos**

327. Portanto,

**A CORTE**

**DECIDE,**

por unanimidade,

1. Rejeitar a primeira e a segunda exceções preliminares interpostas pelo Estado, de acordo com os parágrafos 14 a 36 da presente Sentença.
2. Aceitar parcialmente a primeira questão proposta pelo Estado com o caráter de assunto prévio, de acordo com os parágrafos 38 a 51 da presente Sentença.
3. Rejeitar a segunda questão proposta pelo Estado com o caráter de assunto prévio, de acordo com os parágrafos 52 a 56 da presente Sentença.
4. Aceitar o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional por parte do Estado, nos termos dos parágrafos 58 a 70 da presente Sentença.

**DECLARA,**

por unanimidade, que,

5. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade pessoal, reconhecido no artigo 7.1, 7.3, 7.4, 7.5 e 7.6, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de acordo com o exposto nos parágrafos 102 a 139, 149 a 172 e 189 a 195 da presente Sentença.
6. O Estado é responsável pela violação do direito às garantias judiciais, reconhecido no artigo 8.1, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.f e 8.2.h, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de acordo com o exposto nos parágrafos 140 a 160, 173 a 181 e 191 a 195 da presente Sentença.
7. O Estado é responsável pela violação do princípio de legalidade, reconhecido no artigo 9, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de acordo com o exposto nos parágrafos 182 a 188 da presente Sentença.
8. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal reconhecido no artigo 5.1 e 5.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a respeito das condições de detenção, em detrimento do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de acordo com o exposto nos parágrafos 196 a 227 da presente Sentença.
9. O Estado é responsável pela falta de garantia do direito à integridade pessoal reconhecido no artigo 5.1 e 5.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e pelo descumprimento dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a respeito da obrigação de investigar os alegados atos de tortura, em detrimento do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de acordo com o exposto nos parágrafos 228 a 245 da presente Sentença.
10. O Estado descumpriu a obrigação de garantir, sem discriminação, o direito de acesso à justiça, estabelecido nos artigos 8.1 e 25, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, nos termos dos parágrafos 252 a 254 da presente Sentença.

**E DISPÕE,**

por unanimidade, que,

11. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.
12. O Estado deve pagar a soma fixada no parágrafo 264 da presente Sentença, a título de tratamento e atendimento médico e psicológico especializado, bem como de medicamentos e outros gastos futuros correlatos, num prazo de seis meses.
13. O Estado deve providenciar as publicações ordenadas, de acordo com o estabelecido no parágrafo 266 da presente Sentença.
14. O Estado deve, de maneira eficaz, continuar e conduzir com a maior diligência e num prazo razoável, a investigação penal iniciada em relação aos fatos denunciados pelo senhor Vélez Loor, a fim de

- determinar as respectivas responsabilidades penais e aplicar, se for o caso, as sanções e demais consequências previstas na lei, de acordo com o estabelecido no parágrafo 270 da presente Sentença.
15. O Estado deve, num prazo razoável, adotar as medidas necessárias para dispor de estabelecimentos com capacidade suficiente para alojar as pessoas cuja detenção seja necessária e efetivada concretamente por questões migratórias, e que esses estabelecimentos sejam especificamente adequados para tais propósitos, que ofereçam condições materiais e um regime apropriado para os migrantes, e que disponha de pessoal civil e devidamente qualificado e capacitado, de acordo com o estabelecido no parágrafo 272 da presente Sentença.
  16. O Estado deve implementar, num prazo razoável, um programa de formação e capacitação para o pessoal do Serviço Nacional de Migração e Naturalização, bem como para outros funcionários que, em função de sua área de competência tenham contato com pessoas migrantes, quanto às normas internacionais relativas aos direitos humanos dos migrantes, às garantias do devido processo e ao direito à assistência consular, de acordo com o estabelecido no parágrafo 278 da presente Sentença.
  17. O Estado deve implementar, num prazo razoável, programas de capacitação sobre a obrigação de iniciar investigações de ofício sempre que exista denúncia ou razão fundamentada para supor que se cometeu um ato de tortura em sua jurisdição, destinados a integrantes do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Polícia Nacional, bem como ao pessoal do setor de saúde com competência nesse tipo de caso e que por suas funções sejam os primeiros chamados a atender às vítimas de tortura, de acordo com o estabelecido no parágrafo 280 da presente Sentença.
  18. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 307, 314 e 319 da presente Sentença, a título de indenização por dano material e imaterial e de reembolso de custas e gastos, conforme seja pertinente, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 321 a 326.
  19. A Corte supervisionará o cumprimento desta Sentença na íntegra, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres dispostos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao que nela se dispõe. No prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença o Estado deverá apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para dar-lhe cumprimento.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, no dia 23 de novembro de 2010.

Diego García-Sayán  
Presidente

Leonardo A. Franco  
Margarette May Macaulay  
Alberto Pérez Pérez

Manuel E. Ventura Robles  
Rhadys Abreu Blondet  
Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Diego García-Sayán  
Presidente



**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO NADEGE DORZEMA E OUTROS VS. REPÚBLICA DOMINICANA**  
**SENTENÇA DE 24 DE OUTUBRO DE 2012**  
**(Mérito, Reparações e Custas)**

No caso *Nadege Dorzema e outros*,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana” ou “a Corte”), integrada pelos seguintes juízes:<sup>1</sup>

Diego García-Sayán, Presidente;  
Manuel E. Ventura Robles, Vice-Presidente;  
Leonardo A. Franco, Juiz;  
Margarette May Macaulay, Juíza;  
Alberto Pérez Pérez, Juiz;  
Eduardo Vío Grossi, Juiz, e

presentes ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta;

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e com os artigos 31, 32, 65 e 67 do Regulamento da Corte<sup>2</sup> (doravante denominado “o Regulamento”), profere a presente Sentença que se estrutura na seguinte ordem:

---

1. De acordo com o artigo 19.1 do Regulamento da Corte Interamericana aplicável ao presente caso (nota 2 *infra*), que estabelece que “[n]os casos a que se refere o artigo 44 da Convenção, os Juízes não poderão participar do seu conhecimento e deliberação quando sejam nacionais do Estado demandado”, a Juíza Rhadys Abreu Blondet, de nacionalidade dominicana, não participou na tramitação do presente caso nem na deliberação e assinatura desta Sentença.

2. Regulamento da Corte aprovado em seu LXXXV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

ÍNDICE

	<b>Parágrafos</b>
<b>I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA</b>	<b>1 – 3</b>
<b>II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE</b>	<b>4 - 11</b>
<b>III. COMPETÊNCIA</b>	<b>12</b>
<b>IV. PROVA</b>	<b>13 – 25</b>
A. Prova documental, testemunhal e pericial	14
B. Admissibilidade da prova	15 – 25
1. Admissibilidade da prova documental	15 – 24
2. Admissibilidade das declarações das supostas vítimas e da prova testemunhal	25
<b>V. CONSIDERAÇÃO PRÉVIA SOBRE AS SUPOSTAS VÍTIMAS</b>	<b>26 – 37</b>
A. Alegações	27 – 28
B. Considerações da Corte	29 – 37
1. Pedido de ampliação do número de supostas vítimas sobreviventes	29 – 35
2. Pedido de ampliação do número de familiares das supostas vítimas falecidas	36
3. Pedido de inclusão dos familiares das vítimas sobreviventes como supostas vítimas	37
<b>VI. FATOS PROVADOS</b>	<b>38 – 65</b>
A. Antecedentes contextuais	38 – 40
B. Fatos do caso	41 – 65
1. Perseguição e incidente	41 – 49
2. Reação das autoridades diante do incidente	50 – 53
3. Detenção e expulsão	54 – 55
4. Sobre o processo na jurisdição militar	56 – 62
5. Sobre o processo na jurisdição ordinária	63 – 65
<b>VII. DIREITOS VIOLADOS</b>	<b>66</b>
<b>VII-1. DIREITOS À VIDA E À INTEGRIDADE PESSOAL</b>	<b>67 – 117</b>
A. Alegações	68 – 76
B. Considerações da Corte	77 – 117
1. Ações preventivas: legalidade e excepcionalidade do uso da força em relação ao dever de garantia	79 – 82
2. Ações concomitantes aos fatos: legalidade, necessidade e proporcionalidade em relação ao dever de respeito.	83 – 98
a) O uso da força no caso	85 – 91
b) Privação arbitrária da vida	92
c) Execuções extrajudiciais	93 - 97
d) Violações à integridade pessoal dos sobreviventes	98
3. Ações posteriores aos fatos: devida diligência e humanidade em relação ao dever de garantia do direito à vida e à integridade pessoal	99 – 117
a) Devida diligência	101 – 105
b) Tratamento dos sobreviventes	106 – 110
c) Tratamento das pessoas falecidas e seus cadáveres	111 – 117
<b>VII-2. DIREITOS À LIBERDADE PESSOAL, ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À LIVRE CIRCULAÇÃO</b>	<b>118 – 178</b>
A. Direito à liberdade pessoal	119 – 144
1. Alegações	119 – 123
2. Considerações da Corte	124 – 144

	<b>Parágrafos</b>
B. Liberdade de circulação, expulsão coletiva e direito às garantias judiciais	145 – 178
1. Alegações	146 – 149
2. Considerações da Corte	150 – 178
a) Proteção aos migrantes	152 – 155
b) Devido processo em casos de deportação ou expulsão	156 – 159
c) Garantias mínimas ao migrante sujeito a expulsão ou deportação	160 – 167
d) Expulsão coletiva	168 – 175
e) Conclusões	176 – 178
<b>VII-3. DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL</b>	<b>179 – 201</b>
A. Alegações	180 – 182
B. Considerações da Corte	183 – 201
1. A jurisdição militar não pode ser o foro competente em matéria de direitos humanos	187 – 198
2. Impunidade dos infratores e acesso à justiça	199 – 201
<b>VII-4. DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO</b>	<b>202 – 217</b>
A. Alegações	203 – 206
B. Considerações da Corte	207 – 217
1. Reformas legislativas	212 – 215
2. Conclusões	216 – 217
<b>VII-5. DEVER DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS SEM DISCRIMINAÇÃO E IGUALDADE PERANTE A LEI</b>	<b>218 – 238</b>
A. Alegações	219 – 223
B. Considerações da Corte	224 – 238
1. Discriminação no presente fato	228 – 236
2. Conclusões	237 - 238
<b>VIII. REPARAÇÕES</b>	<b>239 – 306</b>
A. Parte lesada	244
B. Obrigação de investigar os fatos e identificar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis	245 – 253
1. Reabertura da investigação e determinação de responsabilidades individuais	245 – 249
2. Identificação e repatriação dos restos mortais das vítimas	250 – 253
C. Medidas de reparação integral: reabilitação, satisfação e garantias de não repetição	254 – 279
1. Reabilitação	255 – 261
2. Satisfação	262 – 265
3. Garantias de não repetição	266 – 279
D. Indenização compensatória	280 – 289
1. Danos material e imaterial	280 – 289
E. Custas e gastos	290 – 297
F. Reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas	298 – 301
G. Modalidades de cumprimento dos pagamentos ordenados	302 – 306
<b>IX. PONTOS RESOLUTIVOS</b>	<b>307</b>

I

**Introdução da Causa e Objeto da Controvérsia**

1. *Submissão e resumo do caso.* – Em 11 de fevereiro de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana”) submeteu à Corte, de acordo com os artigos 51 e 61 da Convenção, o caso 12.688 contra a República Dominicana (doravante denominado “o Estado” ou “República Dominicana”), com base no que descreveu como “o uso excessivo de força de militares contra um grupo de haitianos, no qual perderam a vida sete pessoas e resultaram feridas várias outras”. A Comissão expressou, ademais, o seguinte:
  - a) “[o]s fatos foram postos em conhecimento direto da justiça militar a qual, depois de vários anos de processo e apesar do pedido dos familiares dos executados de submetê-lo à jurisdição ordinária, absolveu os militares envolvidos”;
  - b) “algumas das vítimas sobreviventes sofreram violação à sua liberdade pessoal e violações às garantias judiciais e à proteção judicial, posto que foram expulsas da República Dominicana, sem receber as garantias devidas por seu caráter de migrantes”;
  - c) no âmbito interno existe uma “denegação de justiça desde o cometimento dos fatos em prejuízo das vítimas executadas, assim como a respeito dos sobreviventes e a consequente impunidade”, e
  - d) “os fatos do presente caso se enquadram em um contexto mais geral de discriminação contra as pessoas haitianas ou de origem haitiana na República Dominicana, assim como de deportações de haitianos da República Dominicana”.
2. A Comissão solicitou à Corte que declare a violação dos artigos 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno), 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 7 (Direito à Liberdade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais), 25 (Proteção Judicial) e 24 (Igualdade perante a Lei) da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma. Por outro lado, a Comissão solicitou ao Tribunal que ordenasse ao Estado a adoção de certas medidas de reparação.
3. *Trâmite perante a Comissão.* – O trâmite do caso perante a Comissão Interamericana foi o seguinte:
  - a) A petição inicial foi apresentada em 28 de novembro de 2005, pelo Grupo de Apoio aos Repatriados e Refugiados (representado por Chérubin Tragelus) e pelo Centro Cultural Dominicano Haitiano (representado por Antonio Pol Emil). Em 23 de outubro de 2006, designou-se como co-peticionária a Clínica Internacional de Defesa dos Direitos Humanos da *Université du Québec à Montréal* (UQAM) (representada por Bernard Duheime e Carol Hilling)<sup>3</sup>;
  - b) Em 22 de dezembro de 2008, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 95/08;
  - c) Em 2 de novembro de 2010, a Comissão emitiu o Relatório de Mérito nº 174/10, de acordo com o artigo 50 da Convenção Americana (doravante denominado “Relatório de Mérito”). Neste relatório, a Comissão concluiu que a República Dominicana é responsável pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à não discriminação, às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados nos artigos 2, 4, 5, 7, 24, 8 e 25 da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das pessoas indicadas no relatório, e
  - d) O Relatório de Mérito foi notificado à República Dominicana, por meio de uma comunicação de 11 de novembro de 2010, na qual lhe foi concedido um prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações e, posteriormente, a Comissão concedeu uma prorrogação do prazo. A Comissão afirmou que o prazo e sua extensão haviam transcorrido, sem que o Estado desse cumprimento às recomendações, e, portanto, submeteu o caso à Corte em virtude da necessidade de obter justiça e uma justa reparação. A Comissão Interamericana designou como delegados os senhores Rodrigo Escobar Gil, Comissário, e seu então Secretário Executivo, Santiago A. Cantón, e como assessoras jurídicas as senhoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, Karla Quintana Osuna e Isabel Madariaga Cuneo, advogadas da Secretaria Executiva.

3. Doravante se designa as três instituições indicadas como “os representantes”.

## II

## Procedimento perante a Corte

4. *Notificação ao Estado e aos representantes.* – A submissão do caso por parte da Comissão foi notificada ao Estado e aos representantes em 24 de maio de 2011.
5. *Escrito de petições, argumentos e provas.* – Em 26 de julho de 2011, as organizações representantes apresentaram à Corte seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”), nos termos dos artigos 25 e 40 do Regulamento. Os representantes coincidiram substancialmente com as alegações da Comissão e solicitaram ao Tribunal que declarasse a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos mesmos artigos alegados pela Comissão e, adicionalmente, solicitaram que se declare a violação dos artigos 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica) e 22.9 (Direito de Circulação e de Residência) da Convenção Americana. Finalmente, pediram ao Tribunal que ordenasse ao Estado a adoção de diversas medidas de reparação e o reembolso de determinadas custas e gastos. Por outro lado, os representantes afirmaram que contavam com procurações de 28 familiares das sete supostas vítimas falecidas<sup>4</sup> e de nove das 14 supostas vítimas sobreviventes.<sup>5</sup>
6. *Apresentação extemporânea da contestação do Estado.* – Em 14 de fevereiro de 2012, o Estado apresentou à Corte seu escrito de contestação à submissão do caso e de observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação”). Por meio da nota de Secretaria de 23 de fevereiro de 2012 (REF: CDH-12.688/029), informou-se ao Estado que o escrito de petições, argumentos e provas dos representantes foi notificado ao Estado, via correio eletrônico, em 24 de novembro de 2011, e que, nesse mesmo dia, foi enviado também, via *courier*, junto com a totalidade dos anexos, os quais foram recebidos pelo Estado em 28 de novembro de 2011, data a partir da qual começou a correr o prazo improrrogável de dois meses para a apresentação do escrito de contestação, que, portanto, venceria em 28 de janeiro de 2012. Em consequência, dado o atraso de 17 dias na apresentação da contestação, o Plenário da Corte determinou, com fundamento no artigo 41.1 do Regulamento da Corte, que este escrito era inadmissível por ser extemporâneo.
7. *Acesso ao Fundo de Assistência Jurídica.* – Por meio da Resolução de 1º de dezembro de 2011, o Presidente da Corte declarou procedente o pedido interposto pelas supostas vítimas, através de seus representantes, para terem acesso ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas, e aprovou que fosse concedida a assistência econômica necessária para a apresentação de um máximo de três declarações, por *affidavit* ou na audiência pública, e o comparecimento de um dos representantes à audiência.<sup>6</sup>
8. *Audiência pública.* – Mediante uma Resolução de 31 de maio de 2012, o Presidente convocou as partes a uma audiência pública, a qual foi celebrada em 21 e 22 de junho de 2012, durante o 95º Período Ordinário de Sessões da Corte, o qual teve lugar em sua sede.<sup>7</sup> Na audiência foram recebidas as declarações de duas supostas vítimas e as observações e alegações finais orais da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado. Durante a referida audiência, a Corte requereu às partes que apresentassem determinada documentação e explicações para melhor resolver. Além disso, o Presidente ordenou, entre outros, receber diversas declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) no presente caso<sup>8</sup> (par. 25 *infra*).

4. Illiodor Dorzema, Rose Fortilus, Nathalie Guerrier, Antoniette Saint Phar, Loubens Fortilus, Lifaite Alcé, Franceau Alcé, Jacques Wana Maxime, Ecléus Maxime, Wilson Lamour, Tinacie Jean, Lamerchie Estimable, Rose Dol, Rosulma Mireil Florvilien, Rony Beauvil, Jheffly Alcé, Louna Beauvil, Génevine Felizor, Jolina George, Lona Beauvil, Kernelus Guerrier, Roseline Jean Mary, Wikenson Franco, Stephanie Franco, Jose Radhames Peralta Espinal, Jose Leonel Peralta Espinal, Amariliz Mercedes Peralta Espinal e Carmen Rosa Peralta Espinal (expediente de anexos ao escrito de petições, argumentos e provas, tomo V, folhas 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2637, 2639, 2640, 2641, 2643, 2644, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2656 e 2659).

5. Sonide Nora, Rose-Marie Petit-Homme, Sylvie Felizor, Renaud Tima, Joseph Desravine, Selafoi Pierre, Joseph Pierre, Josier Maxime e Noclair Florvilien (expediente de anexos ao escrito de petições, argumentos e provas, tomo V, folhas 2638, 2639, 2642, 2645, 2646, 2647, 2655, 2657 e 2658).

6. Cf. Resolução do Presidente da Corte. *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*. Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas de 1º de dezembro de 2011. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/mérito\\_victim/nadege\\_fv\\_11.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/mérito_victim/nadege_fv_11.pdf).

7. A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Rosa María Ortiz, Comissária, Karla Quintana Osuna, especialista da Secretaria; b) pelos representantes: Bernard Duhaime, Clínica Internacional de Defesa dos Direitos Humanos da Université du Québec a Montreal (CIDDHU); Natalia Lippman Mazzaglia, CIDDHU; Christopher Campbell-Durufflé, CIDDHU; Colette Lespinasse, Grupo de Apoio aos Repatriados e Refugiados (GARR); Antonio Pol Emil, Centro Cultural Dominicano-Haitiano (CCDH); Roberto Antuan, CCDH; Amarilis Espinal, CCDH, e Manuel de Jesús Dandre, intérprete, e c) pelo Estado: Néstor Cerón Suero, Embaixador da República Dominicana na Costa Rica, Assessor; Bernardo Ureña Bueno, Procurador Geral Adjunto das Forças Armadas, Agente; Jose Marcos Iglesias Iñigo, Agente Permanente da República Dominicana perante a Corte IDH, Agente Assistente, e Jose Casado-Liberato, Advogado Analista de Direitos Humanos para assuntos da OEA, Assessor.

8. Cf. Resolução do Presidente da Corte. *Caso Nadege Dorzema Vs. República Dominicana*. 31 de maio de 2012. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/assuntos/nadege\\_31\\_05\\_12.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/assuntos/nadege_31_05_12.pdf).

9. *Amici curiae*. – Por outro lado, a Corte recebeu escritos de *amicus curiae* das seguintes instituições:<sup>9</sup> Instituto de Direitos Humanos “Bartolomé de las Casas” da Universidade Carlos III de Madrid;<sup>10</sup> Clínica de Direitos Humanos de Loyola Law School de Los Angeles;<sup>11</sup> The Equal Rights Trust;<sup>12</sup> Clínica de Asilo e Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Boston University<sup>13</sup> e Conselho Latinoamericano de Estudiosos de Direito Internacional e Comparado, Capítulo República Dominicana (COLADIC-RD).<sup>14</sup>
10. *Alegações e observações finais escritas*. – Em 23 e 24 de julho de 2012, o Estado e os representantes remeteram, respectivamente, suas alegações finais escritas e, em 23 de julho de 2012, a Comissão Interamericana apresentou suas observações finais escritas. Os representantes e o Estado deram resposta aos pedidos da Corte sobre informação, documentação e explicações para melhor resolver (par. 8 *supra*).
11. *Observações dos representantes e do Estado*. – As alegações e observações finais escritas foram transmitidas às partes e à Comissão Interamericana em 1º de agosto de 2012. O Presidente concedeu um prazo aos representantes e ao Estado, para que apresentassem as observações que considerassem pertinentes à prova para melhor resolver solicitada pela Corte, bem como à informação e aos anexos remetidos pelos representantes e pelo Estado. Em 14 e 15 de agosto de 2012, os representantes e o Estado, respectivamente, apresentaram suas observações às alegações finais escritas da outra parte e a seus anexos (pars. 21 a 24 *infra*).

### III Competência

12. A Corte Interamericana é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, pois a República Dominicana é Estado-Parte da Convenção Americana desde 19 de abril de 1978, reconheceu a competência contenciosa da Corte em 25 de março de 1999, e os fatos do caso são posteriores a essas datas.

### IV Prova

13. Com base no estabelecido nos artigos 46, 47, 50 e 57 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência a respeito da prova e sua apreciação,<sup>15</sup> a Corte examinará e valorará os elementos probatórios documentais, remetidos pelas partes nas diversas oportunidades processuais, as declarações e testemunhos prestados mediante declaração juramentada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) e aquelas prestadas na audiência pública perante a Corte, além das provas para melhor resolver solicitadas pela Corte (par. 15 *infra*). Para isso, a Corte se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco normativo correspondente.<sup>16</sup>

#### A. Prova documental, testemunhal e pericial

14. A Corte recebeu diversos documentos apresentados como prova pela Comissão Interamericana, pelos

9. O escrito do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS) foi apresentado fora do prazo, de maneira que foi declarado extemporâneo.

10. Assinado pelo senhor Miguel Angel Ramiro Avilés.

11. Assinado pelos senhores e senhoras Cesare Romano, Juan Pablo Albán, Juan M. Amaya Castro, Donald K. Anton, Freya Baetens, Caroline Bettinger -López, Nerina Boschiero, Matthew E. B. Brotmann, Bartram S. Brown, David James Cantor, Gabriella Citroni, Niccolò A. Figà-Talamanca, Stefan Kirchner, Konstantinos D. Magliveras, Nathan Miller, Jacqueline M. Nolan -Halei, Manfred Nowak, Belén Olmos Giupponi, Jordan J. Paust, Cristina Ponce, Miguel Ángel Ramiro Avilés, Margherita Salvadori, Jaume Saura, Tullio Scovazzi, Anna Spain e Matthew Zagor.

12. Assinado pelos senhores e senhoras Dimitrina Petrova, Catherine Casserley, Schona Jolly, Christopher Milsom e Catriona Stirling.

13. Assinado pelos senhores e senhoras Guy S. Goodwin-Gill, Caroline Bettinger-López, David Abraham, Perveen Ali, David C. Baluarte, Jon Bauer, Faisal Bhabha, Lauren Carasik, Jessica Chicco, George E. Edwards, Martin S. Flaherty, Mary M. Gundrum, Anjum Gupta, Barbara E. Harrell-Bond, Chester D. Hooper, Cornelius Hurlei, Deena R. Hurwitz, Francisco J. Rivera Juaristi, Daniel Kanstroom, Harvey Kaplan, Gil Loescher, Karen Pita Loo, Miram H. Martom, Michelle McKinley, Fabiano L. de Menezes, Jennifer Moore, Karen Musalo, Salima Namusobya, Obiora Chinedu Okafor, Aaram Marr Page, Marselha Gonçalves Margerin, Robert D. Sloane, Tom Syring e Deborah M. Weissman.

14. Assinado pelos senhores e senhoras Boris de León Reyes, Presidente de COLADIC-RD, Paola C. Pelletier Quiñones, Coordenadora de dezembro de 2011 a março de 2012 e Ansel Patricia Sierra Ferreira, Coordenadora de abril a junho de 2012, e com a colaboração e redação de Emmanuel Adolfo Moreta Fermín, Fernando Roedán Hernández, Francisco José Batlle Pérez, Joey Nuñez, Mariel Ortega de los Santos e Raimy Ivonne Reyes Reyes.

15. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C Nº 37, pars. 69 ao 76, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C Nº 250, par. 40.

16. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala, supra*, par. 76, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 40.

representantes e pelo Estado, anexos a seus escritos principais (pars. 4, 5 e 10 *supra*). Além disso, a Corte recebeu as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por parte das supostas vítimas Joseph Pierre, Sonide Nora e Joseph Desravine, bem como da testemunha Pedro Ureña. Quanto à prova oferecida em audiência pública, a Corte recebeu as declarações das supostas vítimas Noclair Florvilien e Josier Maxime. Além disso, foram convocados para a audiência pública os peritos oferecidos pela Comissão, Doudou Diène, ex-Relator Especial das Nações Unidas sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância e Gay McDougall, Especialista Independente das Nações Unidas sobre Questões de Minorias. Apesar disso, a Comissão cancelou a apresentação destas perícias.<sup>17</sup>

## **B. Admissibilidade da prova**

### **1. Admissibilidade da prova documental**

15. No presente caso, como em outros, a Corte admite os documentos apresentados pelas partes, na devida oportunidade processual (pars. 4 e 5 *supra*), que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi posta em dúvida.<sup>18</sup> Os documentos solicitados pela Corte em audiência pública, que foram apresentados pelas partes com posterioridade à audiência pública, são incorporados ao acervo probatório, em aplicação ao disposto no artigo 58 do Regulamento.
16. Quanto às notas de jornal,<sup>19</sup> este Tribunal considerou que poderão ser apreciadas quando reúnam fatos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado ou quando corroborem aspectos relacionados ao caso. A Corte decide admitir os documentos que se encontrem completos ou que, pelo menos, permitam constatar sua fonte e data de publicação, e os valorará tomando em conta o conjunto do acervo probatório, as observações das partes e as regras da crítica sã.<sup>20</sup>
17. Igualmente, com respeito a alguns documentos indicados pelas partes e pela Comissão, por meio de links eletrônicos, a Corte estabeleceu que, se uma parte proporciona ao menos o link eletrônico direto do documento citado como prova e é possível acessá-lo, não se vê afetada a segurança jurídica nem o equilíbrio processual, porque é imediatamente localizável pela Corte e pelas outras partes.<sup>21</sup> Neste caso, não houve oposição ou observações das outras partes ou da Comissão sobre o conteúdo e a autenticidade de tais documentos.
18. Com respeito à oportunidade processual para a apresentação de prova documental, de acordo com o artigo 57 do Regulamento, esta deve ser apresentada, em geral, junto com os escritos de submissão do caso, de petições e argumentos ou na contestação, segundo corresponda. A Corte recorda que não é admissível a prova apresentada fora das devidas oportunidades processuais, salvo nas exceções estabelecidas no referido artigo 57.2 do Regulamento, a saber, em casos de força maior, impedimento grave ou no caso de um fato ocorrido posteriormente aos citados momentos processuais.
19. A esse respeito, em relação aos efeitos da inadmissibilidade da contestação do Estado pela extemporaneidade de 17 dias em sua apresentação (par. 6 *supra*), cabe indicar que de acordo com o artigo 41.3 de seu Regulamento, “[a] Corte poderá considerar aceitos os fatos que não tenham sido expressamente negados e as pretensões que não tenham sido expressamente controvertidas”, sem que isso signifique que os considerará aceitos automaticamente em todos os casos nos quais não houver oposição de uma parte a respeito, e sem que exista uma valoração das circunstâncias particulares do caso e do acervo probatório existente. O silêncio do demandado ou sua contestação elusiva ou ambígua podem ser interpretados como uma aceitação dos fatos do Relatório de Mérito, enquanto o contrário não apareça dos autos ou não resulte da convicção judicial.<sup>22</sup> No entanto, a Corte pode permitir às partes participar em certas atuações processuais, tomando em conta as etapas que tenham vencido, de acordo com o momento processual oportuno.

17. Os objetos de todas estas declarações se encontram estabelecidos na Resolução do Presidente da Corte de 31 de maio de 2012, nota 8 *supra*.

18. *Cf. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 140, e *Caso dos Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 40.

19. Escrito de petições, argumentos e alegações finais escritas (expediente de mérito, folhas 293 a 296 e 1100 a 1107).

20. *Cf. Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 10 *supra*, par. 146, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia. Exceção Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C Nº 248, par. 62.

21. *Cf. Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 165, par. 26, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia, supra*, par. 63.

22. *Cf. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, nota 18 *supra*, par. 138 e *Caso González Medina Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Série C Nº 240, par. 73.

20. Nesse sentido, o Estado teve a oportunidade processual de participar, na audiência pública, através do interrogatório dos declarantes, pôde responder aos questionamentos dos juízes da Corte e apresentar suas alegações finais orais e escritas. Por conseguinte, a Corte considera que, dada a falta de contestação da demanda, não serão valoradas pela Corte nenhuma alegação ou prova do Estado que controverta os fatos do caso, sua admissibilidade e a demonstração do caráter de supostas vítimas, por não terem sido apresentadas no momento processual oportuno (artigo 41.1 do Regulamento). Por sua vez, poderão ser valoradas unicamente as controvérsias de declarações prestadas por *affidavit* e na audiência pública, as alegações de direito apresentadas durante a mesma e as alegações finais escritas vinculadas às alegações realizadas nesta audiência, assim como as respostas e provas estritamente relacionadas às perguntas dos juízes durante a audiência.
21. Por outro lado, o Estado solicitou que se declarem inadmissíveis, por serem extemporâneas, as alegações finais escritas, enviadas pelos representantes em 24 de julho de 2012, cujo prazo improrrogável venceria em 23 de julho de 2012. A esse respeito, a Corte observa que, de acordo com o registro do servidor de correio eletrônico da Secretaria da Corte, o início da mensagem eletrônica dos representantes que anunciava a remissão das alegações finais escritas e incluía a lista de anexos foi recebida às 23:35 horas de 23 de julho de 2012. Em seguida, outros 30 anexos foram recebidos entre essa hora e as 2:16 horas de 24 de julho de 2012. As alegações finais escritas foram recebidas, via eletrônica, às 00:24 horas. A esse respeito, a Corte considera que, em virtude de tratar-se de um procedimento internacional com a remissão de um grande volume de informação através de meios eletrônicos, de acordo com os artigos 28 e 33 do Regulamento da Corte que permitem esta modalidade, e sendo que o envio começou a ser recebido dentro do prazo e prosseguiu de maneira ininterrupta até as 2:16 horas da madrugada, nesta ocasião admitem-se as alegações finais escritas dos representantes e seus anexos, por considerar que foram recebidos dentro do prazo estipulado pelo artigo 28 do Regulamento da Corte.<sup>23</sup>
22. A respeito dos pedidos dos representantes e do Estado sobre a inadmissibilidade de argumentos e provas adicionais incluídos nas alegações finais escritas da contraparte, a Corte recorda que as alegações finais são essencialmente uma oportunidade para sistematizar os argumentos de fato e de direito apresentados oportunamente e não uma etapa para apresentar novos fatos e/ou argumentos de direito adicionais, porquanto não poderiam ser respondidos pelas outras partes. Em razão do exposto, a Corte considera que apenas serão consideradas em sua decisão as alegações finais escritas que estejam estritamente relacionadas com prova e alegações de direito já apresentadas no momento processual oportuno (par. 18 *supra*), ou a prova para melhor resolver solicitada por um juiz ou pela Corte e, se for o caso, as hipóteses estabelecidas no artigo 57 do Regulamento da Corte, o que, caso seja necessário, será indicado na sentença, no capítulo correspondente. Por outro lado, será inadmissível toda alegação nova apresentada nas alegações finais escritas, por serem extemporâneas.<sup>24</sup> Para tanto, a Corte tomará em conta as observações das partes e o conjunto do acervo probatório para valorar o referido escrito, de acordo com as regras da crítica sã.
23. Em particular, em suas alegações finais escritas, o Estado apresentou documentos específicos para responder às perguntas dos juízes, bem como diversos testemunhos e decisões judiciais. Por sua vez, os representantes enviaram documentos para responder as perguntas formuladas pelos juízes em audiência, prova adicional, e realizaram novas petições de direito e reparações. Face ao exposto, a respeito destes documentos e alegações, apenas serão admitidos aqueles apresentados a fim de dar resposta às perguntas requeridas pelos juízes na audiência.
24. Por outro lado, a Corte observa que os representantes enviaram, com suas alegações finais escritas, comprovantes de gastos relacionados ao litígio do presente caso. A esse respeito, apenas serão considerados os gastos que se refiram a pedidos de reembolso de custas e gastos ocorridos após a apresentação do escrito de petições e argumentos.

## **2. Admissibilidade das declarações das supostas vítimas e da prova testemunhal**

25. A respeito das declarações das supostas vítimas e da testemunha, prestadas mediante *affidavit* e durante a

23. Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*, *supra*, pars. 37 e 39; *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 117; *Caso Kimel vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C Nº 177, par. 12; *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009, Série C Nº 197, par. 13, e *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de dezembro de 2006, Considerando décimo.

24. Exceto as hipóteses do artigo 43 do Regulamento da Corte.

audiência pública, a Corte as considera pertinentes apenas naquilo em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente da Corte na Resolução por meio da qual ordenou recebê-los (par. 8 *supra*). Além disso, conforme a jurisprudência deste Tribunal, as declarações prestadas pelas supostas vítimas não podem ser avaliadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo, já que são úteis, na medida em que podem proporcionar maior informação sobre as supostas violações e suas consequências.<sup>25</sup>

## V

### Consideração Prévia sobre as Supostas Vítimas

26. A seguir, a Corte analisará as seguintes petições dos representantes: a) ampliação do número de supostas vítimas sobreviventes; b) ampliação do número de familiares das supostas vítimas falecidas, e c) inclusão dos familiares das vítimas sobreviventes como supostas vítimas, a fim de estabelecer previamente quais serão consideradas como supostas vítimas no presente caso. A Corte adverte que tanto a Comissão como os representantes utilizaram de forma indistinta diversos nomes ou pseudônimos para referir-se às supostas vítimas do caso. Em virtude disso, no Anexo A que se incorpora à presente Sentença, encontram-se os nomes utilizados pela Corte nesta decisão, assim como os outros nomes ou pseudônimos eventualmente utilizados nos documentos apresentados pelas partes.

#### A. Alegações

27. A Comissão, em seu Relatório de Mérito, individualizou como supostas vítimas sete pessoas falecidas,<sup>26</sup> 13 pessoas sobreviventes<sup>27</sup> e 51 familiares das pessoas falecidas. Por outro lado, a Comissão assinalou em seu Relatório de Mérito que “os representantes remeteram uma lista de vítimas feridas nas quais incluíram os nomes de Noclair Florvilien, Rose Marie Petit-Homme Estilien, Joseph Dol e Silvie Felizor, assim como sete pessoas “com nome desconhecido”. Não obstante isso, a Comissão não contava “com informação nos autos sobre estas vítimas, nem sobre os fatos e violações alegadas a respeito delas. Em virtude disso, a Comissão não [pôde] analisar as circunstâncias aplicadas a eles no [...] Relatório de Mérito”. Posteriormente, na apresentação do caso perante a Corte, a Comissão afirmou que, “no momento de aprovar o [R]elatório [nº] 174/10, delimitou o universo de vítimas, deixando em aberto, nas recomendações, a obrigação do Estado de localizar as demais vítimas dos fatos. Depois da aprovação do [R]elatório de [M]érito, os petionários apresentaram à Comissão uma lista de pessoas que considera[ram] como parte dos sobreviventes e familiares das vítimas executadas”. Finalmente, além dos 51 familiares das pessoas falecidas, individualizados, a Comissão indicou, de forma indeterminada, uma série de filhos, irmãos e uma companheira como supostas vítimas.<sup>28</sup>

28. Os representantes citaram como supostas vítimas as mesmas sete pessoas falecidas indicadas pela Comissão,<sup>29</sup> 14 pessoas sobreviventes,<sup>30</sup> oito pessoas referidas como “outras vítimas (pessoas não identificadas no caso, mas nomeadas *ab initio* pelo Estado)”<sup>31</sup> e 104 familiares individualizados das pessoas sobreviventes e/

25. Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C Nº 33, par. 43, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 43.

26. “Jacqueline Maxime, Fritz Alce (Gemilord), Roselene Theremeus, Ilfaudia Dorzema, Máximo Rubén de Jesús Espinal, Pardis Fortilus e Nadege Dorzema” (expediente de mérito, tomo I, folha 34).

27. “Joseph Pierre, Selafoi Pierre, Silvie Therméus, Roland Israel, Rose Marie Dol, Josué Maxime, Michel Florantin, Cecilia Petithome/Estilien, Sonide Nora, Alphonse Oremis, Renaud Timat, Honorio Winique e Joseph Devraine (também conhecido como Maudire Felizor)” (expediente de mérito, tomo I, folha 34). Por outro lado, cabe indicar que a suposta vítima Michel Francoise foi considerada pela Comissão como uma das pessoas que sofreram dano à sua integridade pessoal, entretanto, não incluiu como vítima dentro dos parágrafos conclusivos das violações aos artigos 7, 5.1, 5.2, 8 e 25 da Convenção Americana, sem que haja uma justificação a respeito (expediente de mérito, tomo I, folhas 6, 20, 23, 59 e 65).

28. Nos casos de Ilfaudia Dorzema, Jacqueline Maxime, Nadege Dorzema e Pardis Fortilus, a Comissão fez referência a um número indeterminado de “filhos”. De igual forma, nos casos de Máximo Rubén de Jesús Espinal, Nadege Dorzema e Pardis Fortilus, a Comissão fez referência a “irmãos” sem determinar seus nomes nem quantos seriam. Finalmente, no caso de Roselene Theremeus, a Comissão fez referência a uma companheira sem determinar seu nome (expediente de mérito, tomo I, folhas 34 e 35). Além disso, ver escritos dos representantes à Comissão de 17 de setembro de 2010 (apresentado via correio eletrônico em 21 de setembro de 2010) e de 20 de outubro de 2010 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, folhas 101 a 1004 e 1055 a 1064).

29. “Jacqueline Maxime, Fritz Alice (Gemilord), Roselene Theremeus, Ilfaudia Dorzema, Máximo Rubén Jesús Espinal, Pardis Fortilus e Nadege Dorzema” (expediente de mérito, tomo I, folha 192).

30. “Joseph Pierre, Celafoi Pierre, Joseph Desravine, Renaud Tima, Noclair Flor Vilien, Sylvie Felizor, Roland Israel, Rose Marie Petit-Homme, Sonide Nora, Josué Maxime, Alphonse Oremis, Honorio Winique, Rose Marie Dol e Michel Forentin (ou François)” (expediente de mérito, tomo I, folhas 192 e 193).

31. Cf. Ofício do Chefe da Polícia Nacional de 20 de junho de 2000: “Favio Patra, Ninaza Popele, Antonio Torres, Michel Marilyn, Alfonso Ajise, Jose Luis, Manuel Bladimir e Zuñidla Neiba” (expediente de mérito, tomo I, folha 193; expediente de anexos ao escrito de petições e

ou falecidas.<sup>32</sup> Ademais, com respeito aos sobreviventes, os representantes esclareceram que existiu uma confusão a respeito de três das quatro pessoas mencionadas pela Comissão em seu Relatório de Mérito, que não foram incluídas como vítimas pela alegada falta de informação (par. 27 *supra*). A esse respeito, os representantes esclareceram que a senhora Rose Marie Petit-Homme Estilien também é conhecida como Cecilia Petithomme/Estilien ou Cecilia Petit-Homme; a senhora Sylvie Felizor também é conhecida como Sylvie Thermeus e o senhor Joseph Dol também é conhecido como Joseph Desravine ou Maudire Felizor. Além disso, indicaram como suposta vítima sobrevivente o senhor Noclair Florvilien. Sobre os familiares das vítimas falecidas, anunciados pela Comissão como filhos, irmãos e companheira, os representantes adicionalmente individualizaram quatro irmãos do senhor Máximo Rubén de Jesús Espinal<sup>33</sup> e uma irmã da senhora Pardis Fortilus.<sup>34</sup> Adicionalmente, indicaram que Sylvie Felizor é ao mesmo tempo vítima sobrevivente e irmã da vítima falecida Roselene Thermeus. Finalmente, os representantes esclareceram que Sonide Nora, suposta vítima sobrevivente, que inicialmente havia sido indicada como menor de idade, já havia completado a maioridade no momento dos fatos.

## **B. Considerações da Corte**

### **1. Pedido de ampliação do número de supostas vítimas sobreviventes**

29. A Corte ressalta que, de acordo com o artigo 35.1 do Regulamento da Corte, o relatório ao qual se refere o artigo 50 da Convenção deve conter “todos os fatos supostamente violatórios, inclusive a identificação das supostas vítimas”. Nesse sentido, corresponde à Comissão, e não a este Tribunal, identificar com precisão e na devida oportunidade processual as supostas vítimas em um caso perante a Corte.<sup>35</sup> Não obstante isso, o artigo 35.2 do Regulamento estabelece que “[q]uando se justificar que não foi possível identificar alguma ou algumas supostas vítimas dos fatos do caso, por se tratar de casos de violações massivas ou coletivas, o Tribunal decidirá, no momento oportuno, se as considera vítimas”.
30. A esse respeito, a Corte adverte que os fatos do caso versam sobre a suposta violação de direitos humanos em prejuízo de pessoas migrantes, entre os quais alguns perderam a vida, outros foram feridos e, além disso, outros foram supostamente detidos e expulsos do país. O exposto permite considerar que, por um lado, os fatos do caso tratam sobre supostas violações coletivas e, por outro, que a condição migratória das supostas vítimas supostamente expulsas e sua condição de vulnerabilidade e marginalização pode, no presente caso, apresentar complexidades em sua efetiva identificação e determinação. Além disso, a Corte observa que, mediante comunicação de 21 de setembro de 2010, a requerimento da Comissão, os representantes remeteram um documento à Comissão, no qual afirmaram que anexavam uma lista de vítimas e de seus familiares. Neste escrito, afirmaram que, por motivo da expulsão, algumas vítimas foram obrigadas a se mudar de maneira frequente, e que o terremoto ocorrido no Haiti, em 12 de janeiro de 2010, gerou uma série de complicações técnicas para localizar e comunicar-se com as vítimas, de maneira que foi impossível entregar uma lista completa e atualizada destas pessoas. Em vista disso, solicitaram à Comissão que considerasse esta situação extraordinária e, por força maior, permitisse apresentar um lista atualizada de vítimas no futuro.<sup>36</sup>
31. Portanto, a Corte considera que este caso se enquadra dentro da hipótese do artigo 35.2 do Regulamento. Em razão disso, a Corte considerará como supostas vítimas aquelas pessoas anunciadas pela Comissão em seu Relatório de Mérito (par. 27 *supra*), que constam da lista remetida pelos representantes no trâmite perante a Comissão (par. 30 *supra*).
32. Nesse sentido, em relação aos senhores e senhoras Noclair Florvilien, Rose Marie Petit-Homme Estilien, Joseph Dol e Sylvie Felizor, a Comissão advertiu sobre a remissão da lista dos representantes na qual incluíam seus nomes (par. 27 *supra*); não obstante isso, sem fundamentação específica, afirmou não contar com maior informação para declará-los como vítimas. Por outro lado, a pedido dos representantes, o senhor Florvilien

argumentos, tomo III, folhas 2778 e 2779).

32. Escrito de petições e argumentos (expediente de mérito, folhas 193 a 196).

33. “Amarilis Mercedes, Carmen Rosa, Jose Leonel e Jose Radhames” (expediente de mérito, tomo I, folha 194).

34. “Rose Fortilus” (expediente de mérito, tomo I, folha 194).

35. Cf. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 98, e *Caso Furlan e familiares. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C Nº 246, par. 277.

36. Escrito de 21 de setembro de 2010 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, folhas 1001 e 1002).

prestou declaração em audiência perante a Corte, sem que o Estado ou a Comissão se opusessem a isso. Assim, além da referida declaração em audiência, a Corte conta com material probatório suficiente que permite determinar que o senhor Noclair Florvillien esteve envolvido nos fatos do presente caso e, como tal, será considerado como suposta vítima.<sup>37</sup>

33. Por outro lado, a Corte observa que os representantes esclareceram que as senhoras Rose Marie Petit-Homme Estilien, Joseph Dol e Sylvie Felizor correspondem aos pseudônimos das mesmas pessoas identificadas pela Comissão em seu Relatório de Mérito<sup>38</sup> (par. 27 *supra*), e deste modo a situação não implica uma ampliação de supostas vítimas sobreviventes.
34. Em relação às oito pessoas anunciadas pelos representantes e pela Comissão como “outras vítimas não identificadas no caso, mas supostamente nomeadas *ab initio* pelo Estado” (par. 28 *supra*),<sup>39</sup> a Corte adverte que não conta com informação suficiente para identificar estas pessoas nesta etapa processual, em virtude de que, dentro da prova remetida pelas partes, não existe nenhum documento que permita determinar, com clareza, o nome e os dados das supostas vítimas, assim como sua relação com os fatos do caso. Portanto, não serão consideradas como supostas vítimas na presente decisão.
35. Em face do exposto, a Corte declara que serão considerados como supostas vítimas sobreviventes as 13 pessoas identificadas pela Comissão<sup>40</sup> e o senhor Noclair Florvilien.

### **2. Pedido de ampliação do número de familiares das supostas vítimas falecidas**

36. A Corte observa que, além dos 51 familiares das pessoas falecidas individualizados pela Comissão, esta fez referência, no parágrafo 104 de seu Relatório de Mérito, a uma série de “filhos, irmãos e companheiras” de, maneira inominada e indeterminada, junto aos nomes dos familiares individualizados. Especificamente, nos casos de Ilfaudia Dorzema, Jacqueline Maxime, Nadege Dorzema e Pardis Fortilus, a Comissão fez referência a “filhos”. Nos casos de Máximo Rubén de Jesús Espinal, Nadege Dorzema e Pardis Fortilus, a Comissão fez referência a “irmãos”. Finalmente, no caso de Roselene Thermeus, a Comissão fez referência a uma “companheira”. Por sua vez, os representantes esclareceram que Sylvie Felizor, que também é suposta vítima sobrevivente, é irmã de Roselene Thermeus, suposta vítima falecida. A esse respeito, a Corte nota que, ao corroborar esta informação com as listas de familiares apresentadas pelos representantes, constata-se que os representantes individualizaram quatro irmãos do senhor Máximo Rubén de Jesús Espinal<sup>41</sup> e uma irmã da senhora Pardis Fortilus.<sup>42</sup> No entanto, no caso da senhora Fortilus, adicionaram sua madrasta,<sup>43</sup> sem que isso houvesse sido referido no enunciado de familiares, do parágrafo 104 do Relatório de Mérito. Em razão disso, já que essas pessoas não foram devidamente individualizadas pela Comissão em seu Relatório de Mérito, apenas poderão ser considerados como supostas vítimas, no presente caso, os 51 familiares que foram identificados pela Comissão, com precisão, e na devida oportunidade processual (Anexo A *infra*).

### **3. Pedido de inclusão dos familiares das vítimas sobreviventes como supostas vítimas**

37. Os representantes incluíram em sua lista de supostas vítimas, apresentada no escrito de petições e argumentos, 53 familiares adicionais de algumas supostas vítimas sobreviventes, para que fossem considerados como supostas vítimas em seu próprio direito e beneficiários de eventuais reparações. No entanto, já que os familiares de sobreviventes não foram considerados como supostas vítimas pela Comissão nem foram indicados como titulares ou beneficiários de algum direito em controvérsia no presente caso, em aplicação do artigo 35.1 do Regulamento e da jurisprudência deste Tribunal (par. 29 *supra*), não serão considerados como supostas vítimas no presente caso.

37. Cf. Declaração prestada por Noclair Florvilien, durante a Audiência Pública do presente caso, celebrada em 21 de junho de 2012. Ver também: Declaração juramentada prestada, por Noclair Florvilien, em 8 de julho de 2011; avaliação médica de Noclair Florvilien de 9 de julho de 2011; avaliação psicológica de Noclair Florvilien de 9 de julho de 2011 e declaração juramentada de Noclair Florvilien de 9 de julho de 2011 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folhas 2687, 2969, 2986 e 3095, respectivamente).

38. Também conhecidas como Cecilia Petithomme/Estilien, Joseph Desravine ou Maudire Felizor e Sylvie Thermeus, respectivamente.

39. “Favio Patra, Nianza Popole, Antonio Torres, Michel Marilin, Alfonso Ajise, Jose Luis, Manuel Bladimir e Zuñidla Neiba”.

40. Joseph Pierre, Selafoi Pierre, Sylvie Felizor, Roland Israel, Rose Marie Dol, Josué Maxime, Michel Françoise, Rose-Marie Petit-Homme/Estilien, Sonide Nora, Alphonse Oremis, Renaud Timat, Honorio Winique e Joseph Devraine (expediente de mérito, tomo I, folha 34).

41. Amarilis Mercedes, Carmen Rosa, Jose Leonel e Jose Radhames (expediente de mérito, tomo I, folha 194).

42. Rose Fortilus (expediente de mérito, tomo I, folha 194).

43. Antoniette Sainphar (expediente de mérito, tomo I, folha 194).

## VI Fatos Provados

### A. Antecedentes contextuais

38. Esta Corte constatou que as primeiras grandes migrações de haitianos para a República Dominicana ocorreram durante as primeiras três décadas do século 20, quando ao redor de 100 mil pessoas se trasladaram aos canais daquele país. Os engenhos dominicanos estiveram, em um primeiro momento, sob o controle de empresas privadas e, depois, em sua maioria, passaram ao controle do Conselho Estatal do Açúcar. Muitos imigrantes haitianos passaram a viver de forma permanente na República Dominicana, constituíram família neste país e agora vivem com seus filhos e netos (segunda e terceira geração de dominicanos de ascendência haitiana), que nasceram e viveram na República Dominicana.<sup>44</sup>
39. De acordo com distintas estimativas, vivem na República Dominicana entre 900.000 e 1.2 milhões de haitianos e dominicanos de ascendência haitiana.<sup>45</sup> A população total da República Dominicana é de aproximadamente 8.5 milhões de habitantes e, segundo o Observatório Migrantes do Caribe, a população estrangeira registrada no país, até 2011, era de 292.737 pessoas, das quais 247.468 eram haitianos e 45.269 eram de outras nacionalidades.<sup>46</sup> Esta migração de pessoas haitianas se dá, em maior medida, em virtude das condições de degradação ambiental e de pobreza no Haiti e da esperança de oportunidades laborais e melhores condições socioeconômicas na República Dominicana. Além disso, muitos dos haitianos na República Dominicana sofrem condições de pobreza e marginalidade derivada de seu *status* legal e falta de oportunidades.<sup>47</sup>
40. No presente caso, tanto a Comissão como os representantes alegaram que os fatos ocorridos se enquadraram em um contexto de discriminação contra pessoas haitianas na República Dominicana. Por sua vez, o Estado afirmou que dos fatos do caso não se depreende que existiu um tratamento discriminatório. A esse respeito, a Corte considera que, para a resolução do presente caso, não é necessário fazer um pronunciamento sobre o alegado contexto de discriminação estrutural que existiria na República Dominicana a respeito de pessoas haitianas ou de descendência haitiana. Sem prejuízo do exposto, a Corte analisará, no Capítulo VII-5, se, no presente caso, existiu discriminação em razão da condição de migrantes das supostas vítimas, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção.

### B. Fatos do caso

#### 1. Perseguição e incidente

41. Em 16 de junho de 2000, um grupo de nacionais haitianos chegaram ao povoado de Ouanamithe (Wanament), no Haiti, onde passaram a noite. No dia seguinte, cruzaram o rio Massacre e diversos matagais, entrando em território dominicano,<sup>48</sup> até chegar a um lugar na região de Santa María, onde foram recebidos por um dominicano, de quem se desconhecem seus dados, em cuja casa passaram a noite e onde receberam comida.<sup>49</sup> Na madrugada de 18 de junho de 2000, um caminhão amarelo, da marca Daihatsu,<sup>50</sup> conduzido pelo senhor Félix Antonio Núñez

44. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C Nº 130, par. 109.1.

45. Cf. Relatório Nacional apresentado de acordo com o parágrafo 14 A) do anexo à Resolução 5/1 do Conselho de Direitos Humanos, UN Doc A/HRC/WG.6/6/DOM/1, 27 de agosto de 2009 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VI, folha 3319).

46. Cf. relatório sobre a questão da migração internacional na República Dominicana, no ano de 2011, Observatório Migrantes do Caribe, abril de 2012. Disponível em [http://www.obmica.org/noticias/resena/b896d7\\_Informe\\_Anuar\\_Obmica\\_2011.pdf](http://www.obmica.org/noticias/resena/b896d7_Informe_Anuar_Obmica_2011.pdf) (última consulta em 20 de outubro de 2012).

47. Cf. *Caso Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, pars. 109.2 e 109.3. Ver também, *Huéspedes Mal Recibidos: Un Estudio de las Expulsiones de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano de la República Dominicana a Haiti*. *International Human Rights Law Clinic, Boalt Hall School of Law, University of California at Berkeley*, 2002 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VI, folha 3500).

48. Cf. Declaração testemunhal de Sylvie Felizor, prestada em 22 de setembro de 2007 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1584); declaração testemunhal de Rose Marie Dol, prestada em 22 de setembro de 2007 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1585); declaração testemunhal de Renaud Tima prestada, em 21 de setembro de 2007 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1586); declaração testemunhal de Selafoi Pierre, prestada em 22 de setembro de 2007 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1587); declaração testemunhal de Joseph Pierre, prestada em 22 de setembro de 2007 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1588); declaração prestada, perante agente dotado de fé pública, por Joseph Pierre em 14 de junho de 2012 (expediente de mérito, tomo II, folha 564) e declaração prestada, perante agente dotado de fé pública, por Joseph Desravine em 14 de junho de 2012 (expediente de mérito, tomo II, folha 567).

49. Cf. Declaração testemunhal de Sylvie Felizor, *supra*, folha 1584; declaração testemunhal de Rose Marie Dol, *supra*, folha 1585; declaração testemunhal de Renaud Tima, *supra*, folha 1586, e declaração testemunhal de Selafoi Pierre, *supra*, folha 1587.

50. Cf. Interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1659); interrogatório de Wilkins Siri Tejeda em 19 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1672); interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 19 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1653); interrogatório de

- Peña, em companhia do senhor Máximo Rubén de Jesús Espinal, ambos de nacionalidade dominicana, iniciou o trajeto à cidade de Santiago de los Caballeros, na República Dominicana,<sup>51</sup> transportando a aproximadamente 30 nacionais haitianos,<sup>52</sup> entre eles o menor de idade Roland Israel<sup>53</sup> e uma mulher grávida, Sylvie Felizor.<sup>54</sup> Os nacionais haitianos encontravam-se de cócoras ou sentados na parte traseira do caminhão, cobertos por uma lona.<sup>55</sup>
42. O caminhão passou por um primeiro posto de controle sem ser detido.<sup>56</sup> Ao chegar no segundo posto de controle, localizado em Botoncillo, aproximadamente às 3:00 horas, os militares que se encontravam ali realizaram sinais para que o caminhão parasse; no entanto, este tomou um desvio e continuou seu caminho com destino ao povoado de Copey.<sup>57</sup>
43. Diante de tal situação, quatro militares pertencentes ao Destacamento Operativo de Força Fronteiriça embarcaram em seu carro patrulha e iniciaram a perseguição ao caminhão amarelo. Depois de percorrer entre 2 e 5 quilômetros, a patrulha alcançou o caminhão e deu luz alta e buzinou para que o caminhão parasse; no entanto, o condutor do caminhão continuou seu caminho.<sup>58</sup> A estrada que percorriam ambos os veículos era irregular, e havia pouca visibilidade por causa da escuridão da madrugada. Igualmente, este caminhão ia em zigue-zague a uma “velocidade considerável”. O condutor da patrulha percorria essa rota pela primeira vez, e o veículo se encontrava a uma distância aproximada de 150 a 300 metros do caminhão.<sup>59</sup>
44. Os militares realizaram vários disparos, com suas armas de serviço e com um fuzil M16, na direção do caminhão,<sup>60</sup>

Santiago Florentino Casilla em 19 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1668) e interrogatório de Pedro María Peña Santos em 17 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1699).

51. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Félix Antonio Núñez Peña em 15 de abril de 2009 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1549) e interrogatório de Félix Antonio Núñez Peña em 17 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1572).

52. Comunicação do Procurador Geral das Forças Armadas ao Secretário de Estado das Forças Armadas em 24 de maio de 2007 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1592), e nota do Diretor de Inteligência da SEFA de 18 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1646).

53. Cf. Nota do Comandante do 10º Batalhão de Infantaria de 18 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 846).

54. Cf. Declaração testemunhal de Sylvie Felizor, *supra*, folha 1584 e declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 567.

55. Cf. Interrogatório de Félix Antonio Núñez Peña, *supra*, folha 1573; interrogatório de Michel Françoise, *supra*, folha 1581; declaração testemunhal de Sylvie Felizor, *supra*, folha 1584; declaração testemunhal de Rose Marie Dol, *supra*, folha 1585; declaração testemunhal de Renaud Tima, *supra*, folha 1586; declaração testemunhal de Selafoi Pierre, *supra*, folha 1587; declaração testemunhal de Joseph Pierre, *supra*, folha 1588; declaração testemunhal de Rose-Marie Petit-Homme (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1639); declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Pierre, *supra*, folha 564; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 567; declaração de Sonide Nora (expediente de mérito, tomo II, folha 571), e declarações prestadas por Noclair Florvilien e Josier Maxime, durante a Audiência Pública do presente caso celebrada, em 21 de junho de 2012.

56. Cf. Declaração testemunhal de Sylvie Felizor, *supra*, folha 1584; declaração testemunhal de Selafoi Pierre, *supra*, folha 1587, e declarações prestadas por Noclair Florvilien e Josier Maxime durante a Audiência Pública.

57. Cf. Interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 18 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1568); interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 19 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1664); interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1576); interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 17 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1636); interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1672; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1653; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 17 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 2691); interrogatório de Santiago Florentino Casilla em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1668; interrogatório de Félix Antonio Núñez Peña em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 1572; interrogatório de Michel Françoise, *supra*, folha 1581; declaração testemunhal de Rose Marie Dol, *supra*, folha 1585; declaração testemunhal de Renaud Tima, *supra*, folha 1586; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 567 e declaração prestada por Josier Maxime durante a Audiência Pública.

58. Cf. Interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 18 de julho de 2000, *supra*, folha 1568; interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1664; interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de julho de 2000, *supra*, folha 1576; interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1659; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 1636; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1672; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1653; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 2691, e interrogatório de Santiago Florentino Casilla em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1668.

59. Cf. Interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho, 18 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1569); interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho, 19 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1665); interrogatório de Bernardo de Aza Núñez, 19 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1577); interrogatório de Bernardo de Aza Núñez, 19 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1660); interrogatório de Wilkins Siri Tejada, 17 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1636); interrogatório de Wilkins Siri Tejada, 19 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1672); interrogatório de Ferison LaGrange Vargas, 19 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1653) e interrogatório de Ferison LaGrange Vargas, 17 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 2692).

60. Cf. Interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 18 de julho de 2000, *supra*, folha 1569; interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1664; interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de julho de 2000, *supra*, folha 1577; interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de junho de 2000, *supra*, folhas 1659 e 1660; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 1636; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1672; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1653; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 2692; interrogatório de Santiago Florentino Casilla em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1668; declaração prestada perante agente dotado de fé

os quais impactaram a porta traseira e a cabine, mas não os pneus.<sup>61</sup> Durante o tiroteio, o acompanhante do condutor, Máximo Rubén de Jesús Espinal, foi morto por um disparo e seu corpo caiu do caminhão.<sup>62</sup> Os militares que se encontravam em perseguição observaram o corpo do senhor Espinal cair do veículo, mas continuaram sem parar.<sup>63</sup>

45. A respeito dos disparos contra o caminhão, observam-se declarações contraditórias. O motorista do caminhão e as vítimas sobreviventes afirmaram que os militares sabiam que o caminhão transportava pessoas, posto que a lona que os cobria se movia ou se levantava, a noite era clara e constantemente gritavam pedindo ajuda.<sup>64</sup> Por sua vez, os militares manifestaram que a lona estava fixa, que a região era escura e que, em nenhum momento, escutaram gritos nem viram movimento embaixo da lona.<sup>65</sup>
46. Quilômetros mais adiante, na região de Copey, o caminhão capotou à margem da estrada, e algumas pessoas ficaram presas embaixo do veículo.<sup>66</sup> De acordo com o motorista do caminhão, a humidade do sangue do ferimento sofrido pelo senhor Espinal, somado ao nervosismo do momento, fez com que perdesse o controle do caminhão em uma curva e capotasse o veículo.<sup>67</sup> Quando os militares fizeram a curva, o condutor da patrulha perdeu o controle e bateu no caminhão que havia capotado anteriormente.<sup>68</sup>
47. O motorista e as vítimas sobreviventes disseram que, quando os militares chegaram ao local do acidente, ao verem que várias pessoas que se encontravam no caminhão saíram correndo, pelo nervosismo da situação, começaram a disparar contra elas.<sup>69</sup> Especificamente, o senhor Núñez Peña manifestou que “ainda conserv[a] a imagem aterradora [do] momento em que uma nacional haitiana que tentava cruzar um alambrado [...] foi fuzilada, da mesma maneira que outros dois nacionais haitianos que tentavam sair da cena foram assassinados.”<sup>70</sup>

pública por Félix Antonio Núñez Peña, *supra*, folha 1549; interrogatório de Félix Antonio Núñez Peña, *supra*, folha 1572; interrogatório de Michel Françoise, *supra*, folha 1581; declaração testemunhal de Sylvie Felizor, *supra*, folha 1584; declaração testemunhal de Rose Marie Dol, *supra*, folha 1585; declaração testemunhal de Renaud Tima, *supra*, folha 1586; declaração testemunhal de Selafoi Pierre, *supra*, folha 1587; declaração testemunhal de Joseph Pierre, *supra*, folha 1588; declaração testemunhal de Rose-Marie Petit-Homme, *supra*, folha 1639; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Pierre, *supra*, folha 564; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 567 e 568; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 571 e declarações prestadas por Noclair Florvilien e Josier Maxime durante a Audiência Pública.

61. Cf. Auto Qualificativo do Juízo de Instrução do Conselho de Guerra de Primeira Instância Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional de 24 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1559).

62. Cf. Interrogatório de Félix Antonio Núñez Peña em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 2666.

63. Cf. Interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 18 de julho de 2000, *supra*, folha 1569; interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1664; interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de julho de 2000, *supra*, folha 1577; interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1660; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 1636; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1672; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1653; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 2692, e interrogatório de Santiago Florentino Casilla em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1668.

64. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Félix Antonio Núñez Peña, *supra*, folha 1549; interrogatório de Félix Antonio Núñez Peña, *supra*, folha 1573; interrogatório de Michel Françoise, *supra*, folha 1581; declaração testemunhal de Sylvie Felizor, *supra*, folha 1584; declaração testemunhal de Rose-Marie Petit-Homme, *supra*, folha 1639; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Pierre, *supra*, folha 564; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 568; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 571, e declarações prestadas por Noclair Florvilien e Josier Maxime durante a Audiência Pública. Além disso, ver Auto Qualificativo do Juízo de Instrução, *supra*, folha 1559.

65. Cf. Interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 18 de julho de 2000, *supra*, folha 1569; interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 19 de junho de 2000, *supra*, folhas 1665 e 1666; interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de julho de 2000, *supra*, folha 1577; interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de junho de 2000, *supra*, folhas 1661 e 1662; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 1636; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 19 de junho de 2000, *supra*, folhas 1673; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1655 e interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 2692.

66. Cf. Interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de julho de 2000, *supra*, folha 1577; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 1636; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1654; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 2692; interrogatório de Michel Françoise, *supra*, folha 1581; declaração testemunhal de Sylvie Felizor, *supra*, folha 1584; declaração testemunhal de Renaud Tima (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1586; declaração testemunhal de Selafoi Pierre, *supra*, folha 1587; declaração testemunhal de Joseph Pierre, *supra*, folha 1588; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Pierre, *supra*, folha 564 e declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 568.

67. Cf. Interrogatório de Félix Antonio Núñez Peña em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 1573.

68. Cf. Interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1665; interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1660; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 19 de junho de 2000, *supra*, folhas 1673; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1654; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 2692; interrogatório de Santiago Florentino Casilla em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1668.

69. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Félix Antonio Núñez Peña, *supra*, folha 1549; interrogatório de Félix Antonio Núñez Peña, *supra*, folha 1573; interrogatório de Michel Françoise, *supra*, folha 1581; declaração testemunhal de Sylvie Felizor, *supra*, folha 1584; declaração testemunhal de Rose Marie Dol, *supra*, folha 1585; declaração testemunhal de Renaud Tima, *supra*, folha 1586; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Pierre, *supra*, folha 564; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 568; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 571 e Declaração prestada por Noclair Florvilien durante a Audiência Pública.

70. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Félix Antonio Núñez Peña, *supra*, folha 1549. Além disso, *crf.* declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 568; declaração prestada perante agente dotado de fé pública

Entretanto, segundo os testemunhos dos militares, quando estes chegaram ao local do acidente, ao verem que algumas pessoas que se encontravam no caminhão começaram a fugir, realizaram vários disparos para cima.<sup>71</sup>

48. Segundo a prova dos autos, depreende-se que durante a perseguição ao caminhão, como consequência de impactos de projéteis de arma de fogo, perderam a vida Fritz Alce,<sup>72</sup> Ilfaudia Dorzema<sup>73</sup> e Nadege Dorzema,<sup>74</sup> todos de nacionalidade haitiana, e Máximo Rubén de Jesús Espinal,<sup>75</sup> de nacionalidade dominicana. Durante a capotagem do caminhão, faleceu Jacqueline Maxime, devido a um trauma no tórax e no abdômen.<sup>76</sup> Além disso, Pardis Fortiluse e Roselene Thermeus faleceram em função de disparos realizados depois da capotagem do caminhão.<sup>77</sup> De acordo com os laudos médicos, a causa de morte de seis deles se devia a ferimentos por projétil de arma de fogo, principalmente na cabeça, no tórax, no abdômen e em outras partes do corpo.
49. De igual forma, a Corte observa que o Estado afirmou que tinha conhecimento de, ao menos, 13 pessoas sobreviventes que foram feridas.<sup>78</sup> No entanto, da prova apresentada, o Tribunal conseguiu determinar as seguintes 10 pessoas sobreviventes feridas: Rose-Marie Petit-Homme,<sup>79</sup> Michel François, Noclair Florvilien, Joseph Desravine, Joseph Pierre, Renaud Tima, Selafoi Pierre, Sylvie Felizor, Josier Maxime e Sonide Nora;<sup>80</sup> e ao menos quatro outros sobreviventes: Roland Israel, Rose-Marie Dol, Winique Honorio e Alphonse Oremis (pars. 54 e 55 *infra*).

por Sonide Nora, *supra*, folha 571 e Declaração prestada por Noclair Florvilien durante a Audiência Pública.

71. *Cf.* Interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1665; interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 2692 e interrogatório de Santiago Florentino Casilla em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1669.

72. *Cf.* Laudo preliminar de perícia médico legal de Fritz Alce, elaborado pelo Instituto Regional de Patologia Forense em 20 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folhas 1612 e 1613): Fritz Alce: “Apresenta um orifício de entrada de projétil de arma de fogo na região temporal esquerda e de saída na região occipital posterior direita, onde apresenta ferida aberta ampla, arciforme, com saída de massa encefálica, com fratura de múltiplos ossos do crânio. O trajeto é da esquerda para a direita e da frente para trás, provocando hemorragia cerebral e laceração cerebral difusa. Apresenta ferida aberta irregular de 3,2 cm na região da rama mandibular direita. Apresenta escoriações apergaminhadas em hemiface direita, no ombro esquerdo e no braço direito”.

73. Laudo preliminar de perícia médico legal de Ilfaudia Dorzema, elaborado pelo Instituto Regional de Patologia Forense em 20 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folhas 1604 e 1605): “Apresenta um orifício de entrada de projétil de arma de fogo em face externa do braço direito e de saída na região subescapular esquerda. Seguindo um trajeto de frente para trás, da direita para a esquerda. Provocando laceração e perfuração de ambos os pulmões e do coração, com hemotórax. Apresenta outro orifício de entrada na região das costas, à esquerda, e de saída em linha axilar posterior com quarto espaço intercostal esquerdo, seguindo um trajeto de trás para frente e da direita para a esquerda”.

74. Laudo preliminar de perícia médico legal de Nadege Dorzema, elaborado pelo Instituto Regional de Patologia Forense em 20 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folhas 1606 e 1607): “Apresenta dois orifícios de entrada de projéteis de arma de fogo no lado direito das costas. Apresenta orifício de entrada na região posterior do ombro esquerdo. Apresenta um orifício de entrada em flanco abdominal esquerdo. Apresenta um orifício de saída na região glútea direita. Apresenta um orifício de saída na região axilar direita. Apresenta um orifício de saída no braço direito. Apresenta um orifício de saída na região peitoral direita”.

75. Laudo preliminar de perícia médico legal de Máximo Rubén de Jesús Espinal, elaborado pelo Instituto Regional de Patologia Forense em 20 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folhas 1610 e 1611): “Apresenta escoriações apergaminhadas amplas no [ilegível] ombro esquerdo, tórax e abdome antero-lateral esquerdo. Ambas as extremidades inferiores e costas. Ferida aberta irregular de 9,0 cm no Joelho direito. Apresenta orifício de entrada de projétil de arma de fogo na região parietal esquerda, saída na região occipital lateral esquerda. Trajeto de direita para a esquerda e de frente para trás”.

76. *Cf.* Laudo preliminar de perícia médico legal de Jacqueline Maxime, elaborado pelo Instituto Regional de Patologia Forense em 20 de Junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1598): “Apresenta fratura de múltiplas costelas bilaterais, enfisema subcutâneo e hemotórax. Apresenta escoriações e equimose nas costas [ilegível] à esquerda e região lateral esquerda do abdômen”.

77. *Cf.* Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 568; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 571; laudos preliminares de Perícias Médico Legais do Instituto Regional de Patologia Forense de 20 de junho de 2000, *supra*, folhas 1600 a 1613; Roselene Thermeus: “Apresenta orifício circular que corresponde ao orifício de entrada de projétil de arma de fogo na região lombar média na altura da coluna vertebral. Sem saída, que provoca fratura de vértebras e secção medular. Foram recuperados dois fragmentos metálicos na altura da coluna vertebral”; Pardis Fortiluse: “Apresenta um orifício de entrada de projétil de arma de fogo na região peitoral direita e de saída na região posterior do ombro direito. Seguindo um trajeto de frente para trás, provocando laceração e perfuração de lóbulo superior de pulmão direito. Apresenta um orifício de entrada na região dorsal da mão direita e de saída na face palmar. Falange média do dedo polegar. Apresenta um orifício de entrada em face interna do antebraço esquerdo e de saída na região contralateral. Apresenta dois ferimentos irregulares, pequenos em terço distal da coxa direita, que chegam até os planos musculares. Em um deles se recuperou um fragmento laminar metálico dourado. Apresenta um orifício de entrada na região vertebro-lombar que provocou fratura. Foi recuperado um projétil deformado. Foi estabelecida correlação topográfica das perfurações na vestimenta com os ferimentos descritos no tórax”.

78. *Cf.* Nota do Diretor de Inteligência da SEFA de 18 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1646) e resumo da investigação, realizada pela Junta Mista, sobre os fatos ocorridos na madrugada de 18 de junho de 2000, de 21 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1690). Além disso, *cf.* interrogatório de Ferison LaGrange Vargas em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 2693.

79. *Cf.* Declaração testemunhal de Rose-Marie Petit-Homme, *supra*, folha 1639.

80. *Cf.* Laudo médico de Michel François de 23 de junho de 2000 (expediente de anexos do Relatório de Mérito, tomo II, folha 1641); laudo médico de Noclair Florvilien de 9 de julho de 2011 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folha 2969); laudo médico de Joseph Desravine (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folha 2971); laudo médico de Joseph Pierre (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folha 2974); laudo médico de Renaud Tima (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folha 2976); laudo médico de Selafoi Pierre (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folha 2979); laudo médico de Sylvie Felizor (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folha 2980); laudo médico de Josier Maxime (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folha 2974), e declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 572.

## 2. Reação das autoridades diante do incidente

50. Dois militares foram em busca de pessoal médico<sup>81</sup> e, posteriormente, ordenaram às vítimas sobreviventes que levantassem o caminhão que se encontrava tombado. Ao ver que não podiam levantá-lo, os militares passaram a ajudá-los.<sup>82</sup> Em seguida, os militares, com a ajuda de alguns sobreviventes, retiraram as pessoas que ainda se encontravam presas embaixo do veículo e separaram os mortos e os feridos. Ordenaram aos sobreviventes que colocassem os mortos e os feridos graves nas ambulâncias, para que fossem levados ao Hospital Regional Universitário José María Cabral y Báez, na cidade de Santiago.<sup>83</sup>
51. Algumas das pessoas que foram levadas ao hospital manifestaram que os tratamentos que receberam foram “escassos ou nulos.”<sup>84</sup> Um total de nove pessoas foram levadas ao hospital e, ao menos, cinco delas ficaram internadas, entre eles, Joseph Desravine, Sonide Nora, Noclair Florvilien, Josier Maxime e Michel François.<sup>85</sup> No entanto, seus dados pessoais não foram registrados no momento de seu ingresso ou de alta do hospital.<sup>86</sup>
52. Em 19 de junho de 2000, os corpos dos seis haitianos falecidos foram enterrados em uma fossa comum, em Gurabo, República Dominicana.<sup>87</sup> Os familiares de alguns dos mortos realizaram o enterro.<sup>88</sup> Não se observa da informação apresentada neste caso qual foi o destino dado à vítima dominicana.
53. Em 20 de junho de 2000, o Instituto Regional de Patologia Forense emitiu laudos preliminares sobre a causa da morte de sete pessoas. Nesses laudos, salientou-se que o caso se referia a “haitianos ilegais”.<sup>89</sup>

## 3. Detenção e expulsão

54. Em 18 de junho de 2000, depois da capotagem do caminhão, 11 pessoas sobreviventes foram detidas.<sup>90</sup> Como não foi efetuado um registro oficial da detenção de todas as pessoas, a Corte unicamente tem conhecimento da identificação das seguintes sete pessoas: Rose Marie Dol, Sylvie Felizor, Rose-Marie Petit-Homme, Renaud Tima, Selafoi Pierre, Joseph Pierre e o menor Roland Israel. Estas pessoas foram levadas ao Destacamento Operativo de Inteligência Fronteira em Montecristi.<sup>91</sup> Horas mais tarde do mesmo dia 18 de junho de 2000, os detidos foram levados a um quartel militar em Dajabón.

81. Cf. Interrogatórios de Johannes Paul Franco Camacho em 18 de julho de 2000, *supra*, folha 1569; e em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1665; interrogatório de Bernardo de Aza Núñez em 19 de julho de 2000, *supra*, folha 1577; interrogatório de Wilkins Siri Tejada em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 1636; interrogatórios de Ferison LaGrange Vargas em 19 de junho de 2000, *supra*, folha 1654, e em 17 de julho de 2000, *supra*, folha 2692.

82. Cf. Declaração testemunhal de Renaud Tima, *supra*, folha 1586; declaração testemunhal e juramentada de Joseph Pierre, *supra*, folhas 1588 e 564; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 568 e declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 571.

83. Cf. Declaração testemunhal de Rose Marie Dol, *supra*, folha 1585; declaração testemunhal de Selafoi Pierre, *supra*, folha 1587; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Pierre, *supra*, folha 565; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 568 e declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 572.

84. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 569; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 572), e declarações prestadas por Noclair Florvilien e Josier Maxime durante a Audiência Pública.

85. Cf. Nota do Comandante do 10º Batalhão de Infantaria de 18 de junho de 2000, *supra*, folha 846; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 569; declaração de Sonide Nora, *supra*, folha 572; declarações prestadas por Noclair Florvilien e Josier Maxime durante a Audiência Pública, e laudo médico de Michel François de 23 de junho de 2000, *supra*, folha 1641.

86. A esse respeito, o Diretor Geral do Hospital, Ronaldo Baéz García, afirmou que “[os] cidadãos haitianos não foram recebidos nem atendidos n[on] Centro Hospitalar”. Nota do Diretor Geral do Hospital Jose Maria Cabral Báez, de 11 de julho de 2012 (expediente de anexos às alegações finais do Estado, folha 4107.1). Além disso, ver Declaração prestada por Noclair Florvilien durante a Audiência Pública.

87. Cf. Nota de jornal publicada no *Diário El Siglo* de 20 de junho de 2000, intitulada “*Haitianos acribillados vivían en el país; os sepultan en Gurabo*” (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 1630) e nota de jornal publicada no *Diário Le Nouvelliste* de 22 de junho de 2000, intitulada “*Inhumation des 6 haitiennes tués*” (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folhas 3194 e 3195). A esse respeito, a Corte observa que o Estado apresentou documentos nos quais autoridades da área de saúde manifestaram ignorar o destino final destes corpos. Cf. Notas do Diretor Geral do Hospital Jose Maria Cabral Báez, do Diretor do Instituto Nacional de Ciências Forenses e dos Serviços Especializados de Saúde do Ministério de Saúde, com datas de 11, 5 e 12 de julho de 2012, respectivamente (expediente de anexos às alegações finais do Estado, folhas 4107.1 a 4107.22).

88. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 572; avaliação psicológica do senhor Vivandieu Dorzema, emitida pelo psicólogo Jean Evenson Lizaire perante notário público em 24 de fevereiro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 2995). Além disso, ver certidões de enterro emitidas nos dias 13 e 19 de julho de 2012, a respeito de Fritz Alce, Roselene Thermeus, Ilfaudia Dorzema, Nadege Dorzema e Jacqueline Maxime (expediente de anexos às alegações finais escritas dos representantes, tomo II, folhas 4738 e 4739).

89. Relatórios Preliminares de Perícias Médico Legais do Instituto Regional de Patologia Forense de 20 de junho de 2000, *supra*, folhas 1598 a 1613.

90. Cf. Nota do Diretor de Inteligência da SEFA de 18 de junho de 2000, *supra*, folha 1646, e nota do Comandante do 10º Batalhão de Infantaria de 18 de junho de 2000, *supra*, folha 846.

91. Cf. Declaração testemunhal de Sylvie Felizor, *supra*, folha 1584; declaração testemunhal de Rose Marie Dol, *supra*, folha 1585; declaração testemunhal de Selafoi Pierre, *supra*, folha 1587; declaração testemunhal de Joseph Pierre, *supra*, folha 1588; declaração testemunhal de Rose-Marie Petit-Homme, *supra*, folha 1639; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Pierre, *supra*, folhas 565. No entanto, de acordo com uma Nota do Comandante do 10º Batalhão de Infantaria de 18 de junho de 2000, as pessoas detidas foram enviadas ao escritório de migração da cidade de Dajabón, para depois serem devolvidos a seu território, *supra*, folha 846.

55. No quartel militar de Dajabón, agentes militares desse quartel ameaçaram obrigá-los a trabalhar no campo ou lhes propuseram de que poderiam dar dinheiro a eles em troca de que estes os levassem à fronteira com o Haiti. Em resposta, os detidos fizeram uma coleta de dinheiro para entregar aos agentes. No mesmo dia, à tarde, os agentes os levaram à cidade de Ouanaminthe (Wanament), no Haiti.<sup>92</sup> Segundo declarações das pessoas detidas, estas não foram postas oficialmente sob detenção, não foram informadas de terem feito algo proibido ou ilegal, não lhes permitiram contactar um advogado, ou a embaixada haitiana nem a nenhuma outra pessoa.<sup>93</sup> Além disso, os homens, as mulheres e o menor haitianos não foram separados durante sua detenção e tampouco houve distinção no tratamento que receberam em virtude de sua condição.<sup>94</sup>

#### 4. Sobre o processo na jurisdição militar

56. Em 19 de junho de 2000, a Secretaria de Estado das Forças Armadas ordenou a uma Junta Mista de Oficiais Gerais das Forças Armadas dar início à investigação “minuciosa e exaustiva” sobre os fatos do caso.<sup>95</sup>
57. Em 23 de junho de 2000, a Junta Mista de Oficiais Gerais das Forças Armadas emitiu um relatório sobre os fatos, no qual constam as declarações iniciais dos quatro militares que atuaram durante os mesmos, assim como de uma das pessoas sobreviventes, do motorista do caminhão e de outra testemunha. Neste relatório, com base no artigo 3 do Código de Justiça das Forças Armadas (Lei nº 3.483 de 1953), os militares Ferison LaGrange Vargas, Santiago Florentino Castilla, Bernardo de Aza Núñez e Johannes Paul Franco Camacho foram encaminhados ao Conselho de Guerra de Primeira Instância Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional (doravante denominado “Conselho de Guerra de Primeira Instância”) para serem julgados; além disso, ordenou que os civis Ruddy Jimenez Ortiz, Félix Antonio Núñez Peña e Ramón A. Estevez Liriano, envolvidos no suposto tráfico de pessoas, fossem colocados à disposição da justiça ordinária. Por outro lado, o relatório enfatizou que deveria ser realizada uma investigação adicional sobre a denúncia no sentido de que militares da região se dedicavam à tarefa de “recolher dinheiro para permitir o tráfico de [pessoas] indocumentad[a]s”. Finalmente, o relatório recomendou que não se tomasse ação jurisdicional nem disciplinar em prejuízo dos soldados rasos Pedro María Peña Santos, Fernando Contreras Alcantara e Wilkins Siri Tejada, por “não terem incorrido em faltas”.<sup>96</sup>
58. Em 13 de julho de 2000, a Promotoria do Conselho de Guerra de Primeira Instância apresentou “auto introdutório” ao Juiz de Instrução do Conselho de Guerra de Primeira Instância, requerendo o julgamento dos quatro soldados “como supostos autores do crime de homicídio voluntário, em prejuízo dos falecidos Maximo Rubén de Jesus Espinal, dominicano, e dos nacionais haitianos [Jacqueline Maxime, Roselene Thermeus, Ilfaudia Dorzema, Nadege Dorzema, Pardis Fortilus e Fritz Alce]; além de causarem ferimentos a (6) outras pessoas, em violação dos artigos 295, 304 e 309 do Código Penal”.<sup>97</sup> Este auto introdutório não individualizou as pessoas feridas.

92. Da prova apresentada nos autos, a Corte observa que Sonide Nora e Josier Maxime, que foram hospitalizados, posteriormente foram expulsos juntamente com as pessoas que estiveram detidas no quartel militar de Dajabón. Por outro lado, a Corte não possui informação sobre o ocorrido aos senhores Alphonse Oremis e Honorio Winique. Cf. Declaração testemunhal de Sylvie Felizor, *supra*, folha 1584; declaração testemunhal de Rose Marie Dol, *supra*, folha 1585; declaração testemunhal de Renaud Tima, *supra*, folha 1586; declaração testemunhal de Selafoi Pierre, *supra*, folha 1587; declaração testemunhal de Joseph Pierre, *supra*, folha 1588; declaração testemunhal de Rose-Marie Petit-Homme, *supra*, folha 1639, declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Pierre, *supra*, folha 565; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 572, e declaração prestada por Josier Maxime durante a audiência pública. Além disso, não foi apresentada prova nos autos de que os senhores Winique Honorio e Alphonse Oremis tenham sido detidos e/ou expulsos da República Dominicana.

93. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Pierre, *supra*, folha 565; declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 569 e declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 572.

94. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Pierre, *supra*, folha 565. Com respeito à detenção do condutor do caminhão, a Corte tem conhecimento de que o senhor Núñez Peña foi enviado ao Departamento J-2 da Secretaria de Estado das Forças Armadas para fins de investigação. Ver Nota do Comandante do 10º Batalhão de Infantaria de 18 de junho de 2000, *supra*, folha 846.

95. Cf. Relatório da Junta Mista de Oficiais Gerais das Forças Armadas de 23 de junho de 2000 (expediente de trâmite perante a Comision, tomo II, folha 837).

96. Cf. Relatório da Junta Mista de Oficiais Gerais das Forças Armadas, *supra*, folha 841.

97. Cf. Auto Introdutório nº 15/2000 da Promotoria do Conselho de Guerra de Primeira Instância Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional de 14 de julho de 2000 (expediente de trâmite perante a Comissão, tomo II, folha 831). Além disso, Código Penal de República Dominicana:

Artículo 295.- O que voluntariamente mata a outro, torna-se réu de homicídio.

Artigo 304.- O homicídio será castigado com a pena de trinta anos de trabalhos públicos, quando sua comissão preceda, acompanhe ou proceda outro crime. Igual pena se imporá quando haja havido por objetivo preparar, facilitar ou executar um delito, ou favorecer a fuga dos autores ou cúmplices desse delito, ou assegurar sua impunidade. [...] O artigo 463 deste Código não possui aplicação aos crimes previstos neste parágrafo; e sim são aplicáveis a estes as disposições dos artigos 107 e 108. Parágrafo II.- A qualquer outro caso, o culpado de homicídio será castigado com a pena de trabalhos públicos.

Artículo 309.- O que voluntariamente provocar ferimentos, der golpes, cometer atos de violência ou vias de fato, se deles resultar ao prejudicado(a) uma enfermidade ou impossibilidade de se dedicar ao trabalho durante mais de vinte dias, será castigado(a) com a pena de prisão de seis meses ou dois anos, e multa de quinhentos a cinco mil pesos. Poderá, ademais, ser condenado à privação dos direitos

Nesse mesmo dia, a Promotoria do Conselho de Guerra de Primeira Instância requereu ao Secretário de Estado das Forças Armadas a prisão dos referidos militares acusados.<sup>98</sup> No entanto, da prova apresentada perante a Corte não se observa que esta ordem tenha sido cumprida.

59. Em 21 de julho de 2000, a Promotoria do Conselho de Guerra de Primeira Instância remeteu a causa ao Juiz de Instrução do Conselho de Guerra de Primeira Instância para a qualificação do caso.<sup>99</sup> Este Juiz, na mesma data, proferiu auto de abertura do processo.<sup>100</sup> Em seguida, em 24 de julho de 2000, o referido Juízo emitiu auto “qualificativo”, no qual assinalou que “existem indícios de culpabilidade sérios, graves, precisos e concordantes que comprometem a responsabilidade penal” pelo delito de homicídio voluntário atribuído aos quatro militares e ordenou que o caso fosse remetido ao Magistrado Procurador Promotor do Conselho de Guerra de Primeira Instância.<sup>101</sup>
60. Em 28 de julho de 2000, a Promotoria do Conselho de Guerra elaborou a ata de acusação contra os militares pela morte das sete vítimas e os ferimentos causados a outras seis pessoas, especificando que existiam as seguintes circunstâncias atenuantes: a) os agentes se encontravam em serviço ordenado por um superior; b) tinham informação de que passaria um veículo com carregamento de drogas; c) o veículo tentou evadir o controle; d) os militares observaram que uma pessoa foi lançada do caminhão, o que lhes fez supor que ocorria algo grave, e e) os haitianos vinham “contrabandeados, [...] alguns sentados e outros deitados e cobertos por uma lona, como se fossem pacotes”.<sup>102</sup>
61. Em 5 de março de 2004, o Conselho de Guerra de Primeira Instância emitiu sentença no processo penal militar contra os agentes envolvidos nos fatos, na qual foram considerados culpados de homicídio Santiago Florentino Castilla e Bernardo de Aza Núñez, sendo condenados a cinco anos de prisão. A mesma Decisão considerou culpado por homicídio Ferison LaGrange Vargas; entretanto, devido a “amplas circunstâncias atenuantes”, foi condenado a uma pena de 30 dias de suspensão de funções. Finalmente, Johannes Paul Franco Camacho foi considerado “não culpado dos fatos” e foi absolvido “de toda responsabilidade penal”.<sup>103</sup>
62. No mesmo dia, os militares Santiago Florentino Castilla, Bernardo Aza Núñez e Ferison LaGrange interpuseram recursos de apelação contra a sentença condenatória.<sup>104</sup> Por meio de uma decisão de 27 de maio de 2005,<sup>105</sup> o Conselho de Guerra de Apelação Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional determinou como “bons e válidos” os recursos interpostos por Bernardo de Aza Núñez e Santiago Florentino Castilla contra a sentença de 5 de março de 2004, e “modific[ou] a referida Sentença”, ordenando a absolvição dos acusados, com base “nos artigos 321 e 327 do Código Penal Dominicano”.<sup>106</sup> Não há registros nos autos a respeito da resolução do recurso de apelação interposto pelo senhor Ferison LaGrange Vargas.

---

mencionados no artigo 42, durante ao menos um ano, e no máximo cinco. Quando a violência expressada acima tenha produzido mutilação, amputação ou privação do uso de um membro, perda da vista, de um olho, ou outras deficiências, impor-se-á ao culpado a pena de reclusão. Se os ferimentos ou os golpes provocados voluntariamente causarem a morte do prejudicado(a), a pena será de reclusão, ainda quando a intenção do agressor(a) não tenha sido causar a morte daquele.

98. Cf. Mandado de prisão nº 022-2000 da Promotoria do Conselho de Guerra de Primeira Instância Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional de 14 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, folha 832).

99. Cf. Auto de requerimento definitivo nº 13(2000) do Promotor do Conselho de Guerra de Primeira Instância Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional de 21 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 826).

100. Cf. Auto de abertura de processo penal proferido pelo Juízo de Instrução do Conselho de Guerra de Primeira Instância Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional de 21 de julho de 2000. (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, folha 828).

101. Cf. Auto Qualificativo do Juízo de Instrução do Conselho de Guerra de Primeira Instância Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional de 24 de julho de 2000 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 2756). Este auto indica os militares como culpados de violar os artigos 295 e 304, parágrafo segundo, do Código Penal Dominicano, e não do artigo 309 como proposto no Auto Introdutório da Promotoria nº 15/2000. Além disso, o auto também ordenou que o mandado de prisão contra os quatro militares conservasse sua força executória até o pronunciamento de uma sentença definitiva.-

102. Cf. Ata de Acusação nº 07 de 2000 do Promotor do Conselho de Guerra de Primeira Instância Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional de 28 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, folha 1722).

103. Cf. Decisão do Conselho de Guerra de Primeira Instância Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional de 5 de março de 2004 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folha 815).

104. Cf. Certidões de recursos de apelação de Santiago Florentino Castilla, Bernardo Aza Núñez e Ferison Lagrange contra a sentença condenatória de 5 de março de 2004. (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folhas 816 a 818).

105. A Decisão não contém data, mas o Estado, em suas alegações finais escritas, afirmou que esta Decisão foi emitida em 27 de maio de 2005 (expediente de mérito, folha 918).

106. Cf. Decisão do Conselho de Guerra de Apelação Misto das Forças Armadas e da Polícia Nacional (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 2736). Além disso, os artigos 321 e 327 do Código Penal de República Dominicana vigentes, no momento da referida decisão, dispunham o seguinte:

Artigo 321.- O homicídio, os ferimentos e os golpes são excusáveis se de parte do ofendido precederam imediatamente provocação, ameaças ou violências graves.

Artículo 327. (Derrogado pela Lei 24-97 de 28 de janeiro de 1997 G.O. 9945). [Disponível em [http://www.suprema.gov.do/PDF\\_2/codigos/Codigo\\_Penal.pdf](http://www.suprema.gov.do/PDF_2/codigos/Codigo_Penal.pdf) (última consulta em 20 de outubro de 2012)]

### 5. Sobre o processo na jurisdição ordinária

63. Em 30 de setembro de 2002, os senhores Telusma Fortilus, Rosemond Dorsala, Nerve Fortilus, Allice Gyfanord, Alce Ruteau, Mirat Dorsema e Onora Thermeus, familiares das pessoas falecidas, apresentaram uma petição de constituição como parte civil perante o Juízo de Instrução do Distrito Judicial de Montecristi.<sup>107</sup> Este juízo denegou a petição por existir um processo sobre os mesmos fatos perante a jurisdição militar.
64. Em 12 de março de 2003, os mesmos familiares das pessoas falecidas apresentaram uma demanda perante a Suprema Corte de Justiça de República Dominicana (doravante denominada “Suprema Corte”), solicitando o traslado do conhecimento do caso à justiça ordinária.<sup>108</sup> Nesse recurso alegaram a lentidão do processo e a necessidade de transparência processual para garantir os direitos das vítimas e de seus familiares. Diante dessa petição, a Suprema Corte emitiu uma decisão no dia 3 de janeiro de 2005, na qual “rejeit[ou] a demanda de designação de juiz” em virtude de que a justiça militar havia conhecido o trâmite em primeiro lugar.<sup>109</sup> Essa decisão confirmou a competência da jurisdição militar sobre o caso.
65. Em 2 de agosto de 2007, “as vítimas e seus representantes [foram] informados sobre decisão da Suprema Corte de Justiça com [r]elação ao [c]onflito de [j]urisdição”.<sup>110</sup>

## VII Direitos Violados

66. A consideração dos fatos provados à luz das disposições da Convenção, leva à conclusão de que, no presente caso, foram violados os seguintes direitos:
- VII-1: Direitos à vida e à integridade pessoal (artigos 4 e 5), em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1 e 2);
  - VII-2: Direitos à liberdade pessoal, à livre circulação e às garantias judiciais (artigos 7, 22 e 8), em relação à obrigação de respeitar os direitos (artigo 1);
  - VII-3: Direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8 e 25) em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos (artigo 1);
  - VII-4: Dever de adotar disposições de direito interno (artigo 2), ainda que posteriormente aos fatos do caso essa violação foi sanada em relação ao futuro, e
  - VII-5: Dever de respeitar e garantir os direitos sem discriminação (artigo 1.1 em relação aos direitos anteriormente descritos).

### VII-1 Direitos à Vida e à Integridade Pessoal

67. Neste capítulo, a Corte analisará os fatos do caso à luz dos direitos à vida e à integridade pessoal, relacionados com o dever de respeitar e garantir os direitos sem discriminação, tomando em consideração os padrões sobre o uso da força aplicáveis ao presente caso, assim como as ações posteriores ao incidente que poderiam ter violado a integridade pessoal das supostas vítimas.

#### A. Alegações

68. A *Comissão* argumentou que os agentes da força pública podem utilizar a força legitimamente no exercício de suas funções, mas que esse uso “deve ser excepcional, [...] planejado e limitado proporcionalmente [...] de forma que apenas procederão a us[á-la] quando se tenham esgotado e fracassado todos os demais meios de controle”. Nesse sentido, os agentes das Forças Armadas dominicanas fizeram uso excessivo da força nos

107. Cf. Formal apresentação de queixa, com petição de constituição em parte civil, apresentada perante o Juízo de Instrução do Distrito Judicial de Montecristi de 30 de setembro de 2002 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folhas 2761 a 2766)

108. Cf. Petição de Designação de Juízes para o conhecimento de demanda de conflito positivo de jurisdição de 12 de março de 2003 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folhas 2741 a 2747).

109. Cf. Decisão nº 25-2005 da Suprema Corte de Justiça de República Dominicana (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, folhas 627 a 630).

110. Alegações finais escritas do Estado (expediente de mérito, folha 919).

fatos ocorridos em 18 de junho de 2000, objeto deste caso, em virtude de que: i) em nenhum momento as pessoas que se encontravam no caminhão dispararam ou puseram em perigo a vida das pessoas que viajavam na patrulha nem a de outras pessoas; ii) o fato de fugir em alta velocidade não implicava um perigo para a vida dos membros da patrulha nem para a de terceiros; iii) o fato potencial de que traficavam drogas, e não pessoas, não implicava um perigo real e iminente para a patrulha nem para terceiros; iv) todos os impactos de bala do caminhão estavam na parte traseira e nenhum nos pneus, e v) quatro pessoas morreram por causa dos impactos de bala no caminhão, uma ao capotar esse caminhão e duas pessoas mortas receberam disparos nas costas”.

69. Além disso, a Comissão destacou que “historicamente a fronteira do Haiti com a República Dominicana foi e continua sendo uma passagem de grande fluxo de migrantes haitianos em busca de trabalho, o que é uma prática de conhecimento das autoridades dominicanas”. O Estado tinha conhecimento, ademais, de que o caminhão no qual eram transportados os haitianos se dedicava a este tipo de atividades, em virtude de que havia sido detido anteriormente. Por esta razão, os agentes deveriam considerar razoavelmente a probabilidade de que no caminhão se transportassem pessoas e não drogas.
70. Ademais, a Comissão argumentou que “a situação de risco à vida e medo vivida pelas pessoas sobreviventes dos fatos e que foram detidas, aplica-se da mesma forma que no caso das pessoas que perderam a vida, [em descumprimento] do dever de respeito e de garantia à sua integridade pessoal, [...] pelo temor que é razoável inferir que sentiram no momento da perseguição, do tiroteio, da execução extrajudicial e dos ferimentos graves de vários de seus companheiros [...] e pelos ferimentos que eles mesmos sofreram”. Acrescentou que o Estado também descumpriu o dever de garantir tais direitos ao não realizar uma investigação séria e diligente para esclarecer o sucedido.
71. A Comissão argumentou também que se havia violado a integridade pessoal dos sobreviventes pela falta de entrega dos restos das pessoas falecidas a seus familiares, o que constitui um sofrimento e angústia adicional em seu prejuízo. Além disso, o direito foi violado em consequência do temor que os sobreviventes sentiram depois da perseguição e do tiroteio, por terem sido obrigados a levantar os corpos dos mortos e dos feridos graves, bem como por terem sido detidos por agentes estatais sem saber seu destino, por serem levados a dois centros de detenção sem informação sobre seus direitos, por terem sido ameaçados de que seriam obrigados a realizar trabalhos forçados e sem que houvessem sido oferecidas garantias judiciais.
72. Os *representantes* concordaram com as alegações da Comissão e acrescentaram que os militares podiam saber que o caminhão transportava pessoas uma vez que as haviam visto quando a lona que os cobria se desprendeu, e, segundo testemunhos dos vizinhos da localidade, indicaram ter escutado gritos que provinham do caminhão. Acrescentaram que “o Estado deveria ter atuado com a maior prudência ao executar as operações e ao decidir utilizar a força” e deveriam explorar outras maneiras de deter o veículo. A atividade da força pública foi “grosseiramente negligente”, o que deixou evidenciado o “despotismo e o abuso de poder exercido” pelos agentes do Estado ante um clima de “xenofobia e racismo instaurado em âmbito institucional”, o que permeia o contexto geral dos fatos ocorridos. Adicionalmente, “o assassinato de [duas pessoas que se encontravam sob o controle do Estado] acentua o título de massacre atribuído neste caso”.
73. A respeito das consequências à integridade pessoal, os representantes alegaram que, “posteriormente à perseguição, as ações dos agentes do Estado também violaram o direito à integridade moral dos sobreviventes identificados na causa”. Ademais, precisaram que “as vítimas tiveram que obedecer às ordens que, sob ameaça de armas de fogo – certamente eloquente –, emitiram os militares, passando a transportar os corpos das pessoas falecidas e gravemente feridas às ambulâncias. Esses tipos de condutas enquadra[m]-se no conceito de abuso de autoridade exercido pelos militares que ali se encontravam, posto que nem sequer tiveram em conta que havia crianças, mulheres grávidas e que as pessoas falecidas eram familiares e amigos dos sobreviventes”. Em especial, destaca-se a situação de “Silvie Thermeus, [que] estava grávida de 16 semanas no momento da detenção e que, apesar disso, [permaneceu] no mesmo recinto que o resto dos detidos, sem receber cuidados diferenciados em atenção ao seu estado de gravidez. Além disso, é repudiável a conduta assumida em relação a Roland Israel [...], que, no momento dos fatos tinha 14 anos, [e] tampouco recebe[u] um tratamento apropriado à sua situação de particular vulnerabilidade”.
74. Além disso, os representantes indicaram que os familiares também viram violados seu direito à integridade moral pelo sofrimento de seus entes queridos, derivado da impunidade que persiste quanto aos crimes cometidos em prejuízo das vítimas e a consequente falta de reparação e, finalmente, em virtude da não repatriação dos corpos, o que impediu que os familiares das vítimas cumprissem o luto adequado à sua perda, e o posterior enterro dos corpos em uma fossa comum na República Dominicana, para o que tampouco foi facilitado o ingresso dos familiares ao território para que pudessem estar presentes no enterro.

75. O *Estado* argumentou, na audiência pública, que o único interesse dos membros da patrulha era deter um possível tráfico de drogas ou armas que, segundo fontes oficiais, ocorreria naquela noite na fronteira, e não tiveram, em nenhum momento, a intenção de causar danos à integridade física das pessoas que estavam no caminhão. A suspeita de tráfico de drogas “adquiriu maior credibilidade pela atitude temerária dos ocupantes do caminhão diante da atitude das autoridades, ao [não responderem] a ordem das autoridades para que parassem”. Mais ainda, os agentes ignoravam que esse caminhão transportava pessoas, posto que estavam cobertos com uma lona, o que, somado à falta de iluminação da estrada, a escuridão da noite e a posição na qual estavam acomodados os passageiros, impediu-lhes de ver com clareza a carga do veículo.
76. A respeito da integridade pessoal dos sobreviventes, o Estado afirmou, na audiência pública, que “não existe vínculo causal [...], entre as lesões atuais das supostas vítimas e o que lhes poderia ter ocorrido no ano 2000. É importante recordar que se passaram 11 anos e que a suposta cegueira e demais problemas de saúde alegadas [...] pelas supostas vítimas nas declarações [em audiência], não possuem nenhum vínculo causal com o que lhes poderia ter ocorrido há 11 anos, ou pelo menos isso não consta nos autos”. Ademais, manifestaram que, ao não existir *animus*, não pode ser sustentada a intenção dos agentes do Estado em relação aos fatos.

### **B. Considerações da Corte**

77. A seguir, a Corte analisará os fatos do presente caso à luz do exposto em sua jurisprudência relativa ao direito à vida e à integridade pessoal em relação às obrigações de respeito e de garantia,<sup>111</sup> e em matéria de uso da força,<sup>112</sup> a fim de se pronunciar sobre a alegada violação dos referidos direitos.
78. Nesse sentido, a Corte leva em consideração os diversos instrumentos internacionais sobre a matéria e, em particular, os Princípios Básicos sobre o uso de força e de armas de fogo por agentes responsáveis pela aplicação da lei e do Código de Conduta para os agentes responsáveis pela aplicação da lei<sup>113</sup> (doravante denominados, “Princípios sobre o uso da força” e “Código de conduta”, respectivamente). Com base nesses padrões, a Corte considera que na análise do uso da força por parte de agentes do Estado se devem tomar em conta três momentos fundamentais:<sup>114</sup> a) as ações preventivas; b) as ações durante os fatos, e c) as ações posteriores aos fatos.

#### **1. Ações preventivas: legalidade e excepcionalidade do uso da força em relação ao dever de garantia**

79. Dos fatos do caso e da prova apresentada no processo perante a Corte, constata-se que, no momento dos fatos, a República Dominicana não contava com uma legislação que estabelecesse os parâmetros para o uso da força por parte de agentes do Estado. Nesse sentido, durante a audiência pública, a Corte solicitou ao Estado o envio da regulamentação sobre o uso da força e de armas de fogo por parte da Polícia e do Exército ou por quem estivesse exercendo funções de controle migratório na fronteira, além dos protocolos e procedimentos de ação de controle da fronteira e equipamentos autorizados por lei. Igualmente, solicitou ao Estado as regras e informação sobre as práticas e treinamentos da força pública dominicana em relação ao uso da força e de armas de fogo.<sup>115</sup> Em relação ao exposto, o Estado enviou alguns documentos supostamente sobre o uso da força e de armas de fogo, a respeito dos quais não se observa a existência de um marco regulatório adequado sobre o tema na época dos fatos e inclusive na atualidade.<sup>116</sup>
80. Esta Corte estabeleceu anteriormente que existe um dever do Estado de adequar sua legislação nacional e de “vigiar que seus corpos de segurança, a quem está atribuído o uso da força legítima, respeitem o direito

111. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, par. 144, e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela, supra*, par. 132.

112. Cf. *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 166, pars. 67 e ss., e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela, supra*, par. 132.

113. Princípios básicos sobre o uso de força e de armas de fogo por agentes responsáveis pela aplicação da Lei. Adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Tratamento de Infratores, celebrado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990; Código de conduta para os agentes responsáveis pela aplicação da lei, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979.

114. Cf. Princípios sobre o Uso da Força. Princípios nº 5, 6, 7, 11, inciso f), 22 e 23 e Código de conduta. Artigos 1 a 8.

115. Cf. Audiência Pública do presente caso celebrada em 21 de junho de 2012, *supra*.

116. Lei que cria o Código de Justiça das Forças Armadas, nº 3483, publicada na *Gaceta Oficial* de 6 de março de 1953 (expediente de anexos às alegações finais do Estado, tomo VII, folha 4054 - 4107) e Regulamento Militar das Forças Armadas (expediente de anexos às alegações finais do Estado, tomo VII, folha 3927 - 3954).

à vida de quem se encontra sob sua jurisdição”.<sup>117</sup> O Estado deve ser claro no momento de demarcar as políticas internas sobre o uso da força e buscar estratégias para implementar os Princípios sobre o uso da força e o Código de conduta.<sup>118</sup> Nesse sentido, deve dotar os agentes de distintos tipos de armas, munições e equipamentos de proteção que lhes permitam adequar materialmente sua reação de forma proporcional aos fatos em relação aos quais devem intervir, limitando, ao máximo, o uso de armas letais que possam causar lesão ou morte.<sup>119</sup>

81. Por sua vez, o Estado deve capacitar seus agentes com a finalidade de que conheçam as disposições legais que permitem o uso de armas de fogo e que tenham o treinamento adequado para que, no momento em que devam decidir sobre o seu uso, possuam os elementos de juízo para fazê-lo.<sup>120</sup> Além disso, diante de infrações administrativas, como as migratórias, o Estado deve assegurar uma capacitação apropriada para enfrentar a qualidade da infração e a situação de vulnerabilidade das pessoas migrantes.
82. Considerando o exposto, o Estado não cumpriu sua obrigação de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal através de uma legislação adequada sobre o uso da força, tampouco demonstrou ter oferecido capacitação e treinamento na matéria aos agentes encarregados de fazer cumprir a lei e, especificamente, aos agentes envolvidos nos fatos do caso (par. 87 *infra*), em contravenção do dever de garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal, em conexão com o artigo 1.1, e do dever de adotar medidas de direito interno, disposto no artigo 2 da Convenção.<sup>121</sup>

## **2. Ações durante os fatos: legalidade, necessidade e proporcionalidade em relação ao dever de respeito**

83. A Corte observa que os fatos do caso demonstram que agentes dominicanos abriram fogo indiscriminado contra um caminhão amarelo que não se deteve em um posto de controle. Em vista disso, perseguiram o caminhão por vários quilômetros, realizando disparos que atingiram as pessoas que estavam dentro do caminhão, o que provocou a morte de quatro delas. Com a capotagem do caminhão, perdeu a vida outra pessoa e várias outras correram para salvar suas vidas, momento em que os agentes abriram fogo, provocando a morte adicional de duas pessoas. Em virtude deste uso de força, morreram seis nacionais haitianos, um nacional dominicano e ao menos 10 outras pessoas foram feridas (pars. 48 e 49 *supra*). Da prova disponível nos autos, não se observa nenhum indício de que os migrantes estivessem armados ou que houvessem tentado algum tipo de agressão contra os agentes, o que foi confirmado pelos militares envolvidos nos fatos<sup>122</sup> e o Estado não contestou.
84. A esse respeito, a Corte considera que, durante o desenvolvimento de um ato de uso da autoridade, os agentes estatais, na medida do possível, devem realizar uma avaliação da situação e um plano de ação prévio à sua intervenção. Nesse sentido, os Princípios básicos sobre uso da força estabelecem que “os agentes responsáveis pela aplicação da lei não deverão usar armas de fogo contra indivíduos a não ser em defesa própria ou em defesa de outros em caso de ameaça iminente de morte ou ferimentos graves, para prevenir a perpetração de um crime, principalmente se grave, envolvendo séria ameaça à vida, para prender uma pessoa que representa tal perigo e resiste à autoridade, ou para evitar sua fuga, e apenas quando medidas menos extremas sejam insuficientes para atingir esses objetivos. Em qualquer caso, o uso letal intencional de armas de fogo só poderá ser feito quando estritamente inevitável para proteger a vida.”<sup>123</sup>

### **a) O uso da força neste caso**

85. A fim de observar as medidas de atuação, caso seja imperativo o uso da força, esta deve realizar-se em harmonia com os princípios de legalidade, absoluta necessidade e proporcionalidade:

117. Cf. *Caso Montero Aranguren e Outros, (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C Nº 150, par. 66, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela, supra*, par. 49.

118. Cf. *Caso Montero Aranguren e Outros, (Retén de Catia) Vs. Venezuela, supra*, par. 75, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela, supra*, par. 49.

119. Cf. Princípios sobre o Uso da Força, Princípio nº 2.

120. Cf. *Caso do Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones e Custas*. Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C Nº 95, par. 143.1.a, e *Caso Montero Aranguren e Outros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, supra*, par. 78. Ver também TEDH, *Caso McCann e Outros Vs. Reino Unido*. nº 18984/91. Grande Câmara. Sentença. 27 de setembro de 1995, par. 151, e TEDH, *Caso Kakoulli Vs. Turquia*. nº 385/97. Quarta Câmara. Sentença, 22 de novembro de 2005, pars. 109 e 110.

121. Em relação ao anterior, à luz do artigo 2 da Convenção, a Corte indicou que “[o] dever geral [derivado deste artigo] implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por um lado, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação às garantias previstas na Convenção. Por outro, a aprovação de normas e o desenvolvimento de práticas dirigidas à efetiva observância destas garantias”.

122. Cf. Interrogatório de Johannes Paul Franco Camacho em 18 de julho de 2000, *supra*, folha 1569.

123. Cf. Princípios sobre o Uso da Força, Princípio nº 9.

*Legalidade:* o uso da força deve estar dirigido a alcançar um objetivo legítimo; neste caso, deter o veículo que desacatou uma ordem em um posto de controle. Diante disso, a legislação e o treinamento deveriam prever a forma de atuação nesta situação,<sup>124</sup> o que não existiu no presente caso (par. 79 *supra*).

*Absoluta necessidade:* é preciso verificar se existem outros meios disponíveis para proteger a vida e a integridade da pessoa ou da situação que se pretende proteger, de acordo com as circunstâncias do caso.<sup>125</sup> O Tribunal Europeu indicou que não se pode concluir que se demonstre o requisito de “absoluta necessidade” para utilizar a força contra pessoas que não representem um perigo direto, “inclusive quando a falta do uso da força resultar na perda da oportunidade de captura”.<sup>126</sup> Apesar de que os fatos, neste caso, em teoria, poderiam se enquadrar na hipótese de oposição de resistência à autoridade e de impedimento da fuga, a Corte considera que, ainda quando a abstenção do uso da força houvesse permitido a fuga das pessoas objeto da ação estatal, os agentes não deveriam empregar a força letal em relação às pessoas que não representavam uma ameaça ou perigo real ou iminente aos agentes ou a terceiros. Em consequência, este acontecimento não constituiu, em suma, uma situação de absoluta necessidade.

*Proporcionalidade:* o nível de força utilizado deve ser adequado ao nível de resistência oferecido.<sup>127</sup> Assim, os agentes devem aplicar um critério de uso diferenciado e progressivo da força, determinando o grau de cooperação, resistência ou agressão por parte do sujeito contra quem pretendem intervir e, com isso, empregar táticas de negociação, controle ou uso de força, conforme corresponda.<sup>128</sup>

86. No presente caso foi provado que, apesar de que o caminhão não atendeu ao sinal da autoridade, o que gerou uma perseguição temerária, em nenhum momento existiu uma agressão ou ataque por parte das pessoas que se encontravam no caminhão. Ao contrário, os agentes atuaram de maneira indiscriminada, com armas de alto calibre, causando ferimentos e mortes. Alguns testemunhos inclusive afirmaram ter escutado gritos de auxílio, e foi provado que um corpo caiu do veículo em movimento, sem que nada disso fresse a ação militar (par. 44 *supra*)
87. A esse respeito, a Corte considera que a proporcionalidade também está relacionada ao planejamento de medidas preventivas, toda vez que este comporta uma avaliação da razoabilidade do uso da força. Para isso, é útil analisar os fatos sob um estrito exame a fim de determinar: a) se com a implementação de meios menos lesivos poderiam ter sido evitadas as violações, e b) se existiu proporcionalidade entre o uso da força e o dano que estava encaminhado a repelir.<sup>129</sup>
88. A respeito dos meios empregados, a Corte reitera que os Estados têm o dever de planejar adequadamente a atividade de seus agentes para minimizar o uso da força e as fatalidades que possam ocorrer (par. 81 *infra*). A esse respeito, a Corte observa que, no presente caso, poderiam ter sido empregados meios menos lesivos para obter o controle de trânsito que se pretendia e evitar uma perseguição violenta,<sup>130</sup> por exemplo, por meio da instalação de controles de trânsito, barricadas, redutores de velocidade, dilacerador de pneus e/ou câmaras que permitissem o registro e a identificação pacífica dos envolvidos e o melhor controle do fluxo veicular na zona. Principalmente, poderiam ter sido adotadas medidas apropriadas à realidade cotidiana do trânsito de pessoas migrantes naquela zona. Além disso, do acervo probatório decorre que o mesmo caminhão amarelo que transportava as supostas vítimas havia sido detido em 28 de março de 2000, meses antes dos fatos, por ter sido surpreendido por [agentes], transportando 50 nacionais haitianos indocumentados, na região de Santa María, jurisdição de Montecristi.<sup>131</sup>
89. Em conclusão, o Estado podia prever medidas menos extremas para alcançar o mesmo objetivo. Inclusive, enfrentado o suposto tráfico de drogas ou de armas, o Estado não demonstrou a implementação de uma

124. Cf. Princípios sobre o Uso da Força, Princípios nº 1, 7, 8 e 11.

125. Cf. Princípios sobre o Uso da Força, Princípio nº 4.

126. Cf. TEDH, *Caso Kakoulli Vs. Turquia*, *supra*, par. 108.

127. Cf. Princípios sobre o Uso da Força, Princípios nº 5 e 9.

128. Cf. Princípios sobre o Uso da Força, Princípios nº 2, 4, 5 e 9.

129. Cf. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, *supra*, pars. 67 e 68. No mesmo sentido ver TEDH, *McCann e Outros vs. Reino Unido*, *supra*, par. 150 e *Erdogan e outros vs. Turquia*, nº 19807/02. Quarta Câmara. 13 de setembro de 2006, par. 68.

130. A modo de exemplo, observa-se as seguintes regulamentações: Lei 29166, da República do Peru, denominada “Lei que estabelece regras de uso da força por parte do pessoal das Forças Armadas no território nacional” e “Lei que regulamenta o uso da força dos corpos de segurança pública do Distrito Federal”, dos Estados Unidos Mexicanos. Além disso, outros exemplos são o “Manual de Normas e Procedimentos sobre o Uso Progressivo e Diferenciado da Força Policial” da República Bolivariana da Venezuela; “*A National Use of Force Framework*” do Canadá; e o “*Use of Force by Seattle Police Officers*”, dos Estados Unidos da América.

131. Cf. Ata de envio de veículo de 29 de março de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, folhas 848 e 849).

operação voltada para tal efeito, ao contrário, a atividade estatal demonstrou a falta de planejamento, capacitação e organização, o que resultou em ações altamente desproporcionais por parte dos agentes militares. A esse respeito, este Tribunal considerou que “em todo caso de uso de força [por parte de agentes estatais] que tenha produzido a morte ou lesões a uma ou mais pessoas, cabe ao Estado a obrigação de dar uma explicação satisfatória e convincente sobre o ocorrido e afastar as alegações sobre sua responsabilidade, mediante elementos probatórios adequados,”<sup>132</sup> o que não foi demonstrado no presente caso.

90. O anteriormente exposto evidencia, neste caso, a falta de uma regulamentação clara e de uma política pública de prevenção do uso da força e de implementação de meios de dissuasão não letais com equipamentos defensivos adequados para o controle deste tipo de situações<sup>133</sup> (par. 80 *supra*).

91. Em conclusão, não se demonstrou a legalidade nem a absoluta necessidade que motivou o uso de força letal durante a perseguição, já que não se estava repelindo uma agressão ou um perigo iminente.<sup>134</sup> Como consequência, a grave situação ocasionada foi o resultado, ao menos negligente, do uso desproporcional da força imputável ao Estado, em virtude da ação dos funcionários encarregados de fazer cumprir a lei. Além disso, a Corte observa que, no contexto de discriminação contra migrantes, o uso excessivo da força, neste caso, demonstrou a falta de implementação de medidas razoáveis e adequadas para lidar com essa situação, em prejuízo deste grupo de pessoas haitianas.

*b) Privação arbitrária da vida*

92. A Corte estabeleceu que, quando os agentes estatais usam a força de forma ilegítima, excessiva ou desproporcional, como no presente caso, dando lugar à perda de vidas, considera-se que se trata de uma privação arbitrária da vida.<sup>135</sup> Consequentemente, a morte de quatro pessoas, por disparos de arma de fogo, durante a perseguição do veículo (par. 48 *supra*), constitui uma privação arbitrária da vida, atribuível ao Estado, em prejuízo de Fritz Alce, Ilfaudia Dorzema, Nadege Dorzema e Máximo Rubén de Jesús Espinal.

*c) Execuções extrajudiciais*

93. Adicionalmente, como agentes do Estado dispararam contra pessoas que fugiam tentando salvar suas vidas depois da capotagem do caminhão, a Corte analisará as particularidades e consequências deste segundo momento.

94. De acordo com a autópsia realizada nas senhoras Pardis Fortilus e Roselene Thermeus, estas receberam disparos no tórax, abdômen e costas.<sup>136</sup> Isso também é corroborado pelas declarações de diversas testemunhas, que afirmaram que estas pessoas receberam disparos enquanto fugiam (pars. 47 e 48 *supra*).

95. Sobre esse tipo de situação, o Relator Especial das Nações Unidas sobre Execuções Extrajudiciais tem argumentado que existe intencionalidade quando há certo grau de premeditação ao produzir-se uma morte, “na medida em que uma decisão que se adota antecipadamente e que descarta a possibilidade de oferecer ou de aceitar a oportunidade de a pessoa se render determina a ilegalidade desse tipo de operações.”<sup>137</sup> Isto é, das ações realizadas pelos agentes se pode concluir que não se permitiu às pessoas se renderem e não se adotaram ações graduais para conseguir sua detenção, ao contrário, os agentes utilizaram armas letais que causaram a morte dessas pessoas.

96. A Corte considera que, no presente caso, da atuação do Estado em relação a estas duas pessoas que corriam, pode-se depreender o cometimento de execuções extrajudiciais, derivadas do emprego deliberado do uso de armas letais dirigidas a privá-las da vida, sobretudo diante do seu estado de vulnerabilidade, sem que elas representassem uma ameaça.

97. Em função das razões anteriores, a Corte conclui que, com motivo do uso ilegítimo, desnecessário e desproporcional da força, o Estado violou o direito à vida, disposto no artigo 4.1 da Convenção Americana sobre

132. Cf. *Caso Zambrano Vélez Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C N° 166, par. 108, e *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, *supra*, par. 80.

133. Cf. TEDH. *Caso Makaratzis Vs. Grécia*. Sentença, 20 de dezembro de 2004, pars. 66 a 70.

134. Princípios sobre o Uso da Força, Princípios n° 4 e 9.

135. Cf. *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, *supra*, par. 49.

136. Cf. *Laudos Preliminares de Perícias Médico Legais do Instituto Regional de Patologia Forense de 20 de junho de 2000*, *supra*, folhas 1600 a 1613.

137. Cf. Relatório do Relator Especial das Nações Unidas sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. UN Doc. A/66/330. 30 de agosto de 2011, pars. 66 e 67.

Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em sua dimensão de respeito, com motivo da privação arbitrária da vida de Fritz Alce, Ilflaudia Dorzema, Nadege Dorzema, Jacqueline Maxime e Máximo Rubén de Jesús Espinal. Além disso, a Corte considera a responsabilidade do Estado pela execução extrajudicial de Pardis Fortilus e Roselene Thermeus, em contravenção dos mesmos artigos.

d) *Violações à integridade pessoal dos sobreviventes*

98. No mesmo sentido, a Corte considera que, em virtude do uso ilegítimo, desnecessário e desproporcional da força, ao menos outras cinco pessoas sobreviventes foram feridas por projéteis de arma de fogo durante os fatos, a saber: Noclair Florvilien, Joseph Desvraine, Sylvie Felizor, Michel Françoise e Sonide Nora. Além disso, ao menos outras cinco pessoas foram feridas por causa do acidente automobilístico, a saber: Rose-Marie Petit-Home, Joseph Pierre, Renaud Tima, Selafoi Pierre, e Josier Maxime. Segundo laudos médicos, estas vítimas também sofreram violações à sua integridade psicofísica em razão dos fatos (par. 51 *supra*). Por outro lado, os senhores Honorio Winique e Alphonse Oremis também sobreviveram à perseguição e ao acidente automobilístico.<sup>138</sup> Portanto, a Corte considera o Estado responsável pela violação do dever de respeitar o direito à integridade pessoal, disposto no artigo 5.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma. Ademais, apesar do conhecimento dessa situação, o Estado não individualizou as pessoas feridas durante a investigação, de modo que esses fatos permaneceram impunes (par. 61 *supra*), em violação do dever de garantia do direito à integridade pessoal.

**3. Ações posteriores aos fatos: devida diligência e humanidade em relação ao dever de garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal**

99. A seguir, a Corte analisará as alegações relacionadas à obrigação de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal, sem discriminação, através dos seguintes subcapítulos: a) a devida diligência nas investigações; b) o tratamento aos sobreviventes, e c) o tratamento às pessoas falecidas.

100. A Corte observa que, de acordo com os Princípios sobre o Uso da Força, em caso de apresentarem-se feridos depois do seu uso, estes devem receber atenção médica e devem ter facilitado o acesso aos serviços médicos correspondentes. O ocorrido deve ser notificado o quanto antes a parentes ou amigos íntimos.<sup>139</sup> Além disso, deve-se elaborar os relatórios de situação, os quais deverão ter supervisão administrativa e judicial. De igual forma, deve existir uma investigação dos fatos que permita determinar o grau e o modo da participação de cada um dos intervenientes, sejam materiais ou intelectuais, e com isso estabelecer a responsabilidade que possa corresponder a cada um.<sup>140</sup>

a) *Devida diligência*

101. A proibição geral aos agentes do Estado de privar a vida arbitrariamente seria ineficaz se não existissem procedimentos para verificar a legalidade do uso letal da força usada por agentes estatais.<sup>141</sup> A Corte entendeu que a obrigação geral de garantir os direitos humanos consagrados na Convenção, contida em seu artigo 1.1, contém a obrigação de investigar os casos de violações do direito substantivo que deve ser amparado, protegido ou garantido.<sup>142</sup> Essa obrigação geral se vê especialmente acentuada em casos de uso da força letal. Uma vez que tenha conhecimento de que seus agentes de segurança fizeram uso de armas de fogo com consequências letais, o Estado está obrigado a iniciar, *ex officio*, e sem demora, uma investigação séria, independente, imparcial e efetiva<sup>143</sup> (pars. 183 a 186 *infra*). Essa obrigação constitui um elemento fundamental e condicionante para a proteção do direito à vida que se vê anulado nessas situações.<sup>144</sup>

102. Além disso, “em casos de execuções extrajudiciais, é fundamental que os Estados investiguem efetivamente a privação do direito à vida e castiguem a todos os seus responsáveis, especialmente quando estão envolvidos agentes estatais, já que se não for assim, estariam criando, dentro de um ambiente de impunidade, as condições

138. Cf. Expediente de mérito, folha 925.

139. Cf. Princípios sobre o Uso da Força, Princípio nº 5, incisos c) e d).

140. Cf. Princípios sobre o Uso da Força, Princípios nº 6 e 22.

141. Cf. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, *supra*, par. 79, e *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador*, *supra*, par. 88.

142. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C nº 140, par. 142, e *Caso González e Outras (Campo Algodoeiro) vs México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 287.

143. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 148, e *Caso Uzcátegui e Outros Vs. Venezuela*, *supra*, par. 226.

144. Cf. *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador*, *supra*, par. 88, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, *supra*, par. 49.

para que estes fatos se repitam, o que é contrário ao dever de respeitar e garantir o direito à vida.<sup>145</sup> Ademais, se os fatos violatórios aos direitos humanos não são investigados com seriedade, resultariam, de certo modo, favorecidos pelo poder público, o que compromete a responsabilidade internacional do Estado.<sup>146</sup>

103. A Corte observa que, diante dos fatos do presente caso, em um comunicado da Secretaria das Forças Armadas, emitido logo depois do incidente, foi anunciado que “os militares atuaram em cumprimento do dever de vigiar e proteger [seu] território”.<sup>147</sup> Além disso, meses antes, o mesmo caminhão amarelo havia sido detido com pessoas indocumentadas. Ademais, segundo prova anexada aos autos, em 16 de janeiro de 2001, um caminhão que igualmente transportava haitianos foi atacado com disparos, supostamente de membros das Forças Armadas dominicanas, fato conhecido como “A matança dos Coabas”.<sup>148</sup> Adicionalmente, foram publicados na imprensa outros supostos incidentes de uso excessivo da força contra migrantes haitianos.<sup>149</sup> Especificamente, considerando o contexto do caso, as notas de jornal, os diversos testemunhos e a queixa dos familiares no foro interno, o Estado deveria ter investigado os fatos tomando em conta o contexto de violência e discriminação contra esse tipo de vítimas. Mas, ao contrário, o Estado não apresentou, perante este Tribunal, razões que teriam justificado estas atuações (pars. 63 e 64 *supra*).

104. Além disso, a testemunha e jornalista Pedro Ureña afirmou que:<sup>150</sup>

[Como] correspondente das revistas *Suceso* e *Última Hora* no momento dos fatos, [f]oi uma das primeiras pessoas a chegar ao lugar dos fatos. Este não é o primeiro caso que se dá entre migrantes haitianos e as forças [...] dominicanas. Este caso é um dentre tantos casos de perseguição e discriminação contra haitianos. [Foi] testemunha de como o chefe do DOIF deu a ordem aos migrantes sobreviventes de trasladar os corpos dos migrantes feridos ou falecidos, [...] sem a presença de um promotor. [O]s feridos e os mortos foram colocados nas ambulâncias pelos militares, como se estes fossem objetos e sem importar a gravidade dos ferimentos que algumas destas pessoas apresentavam. [O]s militares tinham uma atitude intimidante e repressiva em relação às vítimas [...] Os militares tentavam ocultar o acidente [...] negavam o tiroteio. As pessoas do local confirmaram que os migrantes haitianos foram atacados com armas de alto calibre. [Deu-se] conta de que não havia interesse por parte das autoridades dominicanas de preservar a cena do crime e fazer justiça. [...] As vítimas apenas receberam primeiros auxílios e seus ferimentos foram limpos minimamente. [...] As investigações realizadas foram mal conduzidas, nunca se fez justiça às vítimas e nunca se [realizou] uma investigação séria para conhecer o mérito do caso. Escre[veu] um artigo sobre a indignação dos familiares dos mortos e feridos, assim como a indignação do cônsul haitiano pelos fatos ocorridos em Guayubin [...]

105. Além disso, em razão do referido acima, a efetividade da investigação, pela autoridade competente, adquire particular intensidade e importância em função da gravidade dos fatos e do contexto do caso.<sup>151</sup> Esta análise é feita no capítulo relativo aos artigos 8 e 25 da Convenção (VII-3 *infra*). Sem prejuízo disso, a Corte reitera que, de acordo com sua jurisprudência constante, a impunidade que persiste no caso, a qual derivou na denegação do acesso à justiça (par. 201 *infra*), afeta a integridade pessoal dos familiares das vítimas falecidas.<sup>152</sup> Em casos de privações coletivas da vida, a Corte considera que não se necessita prova para demonstrar as graves consequências à integridade psíquica dos familiares das vítimas executadas.<sup>153</sup> A Corte considerou violado o direito à integridade psíquica e moral dos familiares das vítimas por motivo do sofrimento e angústia adicionais que estes sofreram por causa das ações ou omissões posteriores das autoridades estatais com respeito a estes fatos, devido à ausência

145. Cf. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C Nº 101, par. 156, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, *supra*, par. 176.

146. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, *supra*, par. 145 e *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C Nº 209, par. 216.

147. “*La versión oficial de las fuerzas armadas*”, *Diario Ultima Hora*, 19 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo II, folio. 1590).

148. “*Une patrouille de l’armée dominicaine a mitraillé un nouveau camion transportant des sans papiers haïtiens*”, jornal digital InfoHaiti.com, 19 de janeiro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 3146).

149. “*Polémique entre la hiérarchie militaire et le chancelier dominican sur la question des illégaux haïtiens*”, jornal digital InfoHaiti.com, 27 de janeiro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 3139); “*Le chancelier dominicain promet des sanctions severes contre ceux qui commettent des excès contre les illégaux haïtiens*”, jornal digital InfoHaiti, 21 de janeiro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 3145), e “*Bulletin mensuel d’informations du Comité pour la reconnaissance des droits des travailleurs haïtiens en République Dominicaine*”, 5 de maio de 2005 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VI, folha 3227).

150. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Pedro Ureña em 16 de junho de 2012 (expediente de mérito, folha 575).

151. Cf. *Caso La Cantuta Vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C Nº 162, par. 157, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C Nº 240, par. 220.

152. Cf. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C Nº 36, par. 114, e *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra*, par. 161.

153. Cf. *Caso do Massacre de Mampiripán Vs. Colômbia*, *supra*, par. 146, e *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C Nº 211, par. 206.

de recursos efetivos<sup>154</sup> e à impunidade prolongada no caso.<sup>155</sup> Nesse caso, a Corte conclui que foi violado o artigo 5.1 da Convenção, em detrimento dos familiares das vítimas falecidas e dos sobreviventes.

*b) Tratamento dos sobreviventes-*

106. A Corte observou que, depois da perseguição e capotagem do caminhão, os agentes militares exigiram que os sobreviventes levantassem o veículo, retirassem e separassem os mortos e feridos, e que os colocassem na ambulância (par. 50 *supra*). Alguns dos sobreviventes foram trasladados a um hospital. De acordo com as declarações prestadas, os feridos não foram atendidos devidamente, nem registrados no momento do ingresso no Hospital<sup>156</sup> (par. 51 *supra*).
107. Josier Maxime afirmou que “[enquanto] estava no hospital, [...] não [lhes] deram nenhuma atenção. Colocaram-nos em um veículo com um militar e [nos] deportaram.”<sup>157</sup> Por outro lado, o senhor Noclair Florvilien afirmou, durante a audiência pública, com respeito à atenção médica que recebeu ao ingressar ao hospital, que “pareci[a] que nesses momentos até os cachorros tinham mais valo[r] que [eles].”<sup>158</sup>
108. A Corte adverte que a atenção médica, em casos de emergência, deve ser oferecida aos migrantes em situação irregular a todo momento, de maneira que os Estados devem proporcionar uma atenção sanitária integral, tomando em conta as necessidades de grupos vulneráveis.<sup>159</sup> Nesse sentido, o Estado deve garantir que os bens e serviços de saúde sejam acessíveis a todos, em especial aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população, sem discriminação, em razão das condições proibidas no artigo 1.1 da Convenção.<sup>160</sup>
109. No presente caso, foi provado que nove pessoas foram levadas ao Hospital Regional Universitário José María Cabral Báez, e que ao menos cinco foram internadas; não obstante isso, segundo consta da declaração do Diretor Geral deste hospital, as “pessoas haitianas não foram recebidas nem atendidas nesse hospital” (pars. 50 e 51 *supra*). Durante a audiência pública, o Estado afirmou ter oferecido atenção aos feridos naquele hospital. Segundo declarações, alguns feridos saíram por sua própria conta do hospital, sem que haja registro de sua saída.<sup>161</sup> Do exposto decorre que a falta de registro de ingresso e de alta do centro de saúde, a falta de atenção médica às cinco vítimas gravemente feridas, a omissão de um diagnóstico sobre sua situação e a prescrição de um tratamento<sup>162</sup> denotam omissões na atenção que se deveria oferecer aos feridos para respeitar e garantir seu direito à integridade pessoal, em violação do artigo 5.1 em relação ao artigo 1.1 da Convenção.
110. Por outro lado, a Corte observa que não se ofereceu em nenhum momento proteção especial de Roland Israel, por sua condição de menor de idade, e tampouco a favor de Sylvie Felizor, que estava grávida, situações que acentuaram a violação à sua integridade psicofísica e moral (pars. 54 e 73 *supra*).

*c) Tratamento das pessoas falecidas e de seus cadáveres*

111. Como foi demonstrado neste caso, as próprias vítimas sobreviventes colocaram os corpos de seus companheiros falecidos dentro da ambulância.<sup>163</sup> A esse respeito, Rose Marie Dol afirmou que “[os] fizeram levantar os

154. Cf. *Caso Blake Vs. Guatemala, supra*, par. 114, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 240.

155. Cf. *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, supra*, pars. 215 e 217.

156. Por sua vez, o Estado expressou que, de acordo com os fatos ocorridos, as autoridades socorreram e ofereceram auxílio às vítimas, trasladando-as até o hospital para que as mesmas recebessem atenção médica gratuita e especializada com o propósito de preservar sua vida e integridade física (expediente de mérito, tomo II, folha 925); entretanto, isso se contradiz com a declaração do Diretor Geral do Hospital Regional Universitário José María Cabral Báez, que afirmou que “[os] cidadãos haitianos não foram recebidos nem atendidos n[os] Centro Hospitalar”. Nota do Diretor Geral do Hospital de 11 de julho de 2012, *supra*, folha 4107.1.

157. Declaração de Josier Maxime durante a Audiência Pública.

158. Declaração de Noclair Florvilien durante a Audiência Pública.

159. Cf. Resolução 1509 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, par. 13.2.

160. Cf. Organização Mundial da Saúde. *Migração Internacional, Saúde e Direitos Humanos*. nº 4, dezembro 2003.

161. Segundo a declaração da vítima Noclair Florvilien, quando se encontrava no hospital, um amigo seu foi buscá-lo para levá-lo a um médico que lhe ofereceria primeiro socorros, sem que ninguém registrasse sua saída, em razão de que este não foi atendido no momento de ingressar ao centro de saúde. Cf. Declaração prestada por Noclair Florvilien durante a Audiência Pública. Nesse mesmo sentido, Joseph Desravine afirmou que, quando se encontrava no hospital, decidiu escapar por uma abertura para ir em busca de seus familiares. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 567.

162. Em razão das perguntas da Corte em audiência pública, o Estado se referiu ao artigo 34 do Regulamento Geral de Hospitais da República Dominicana (Decreto nº 351-99), o qual estabelece que todo hospital deve contar com um sistema de informação e registro de pacientes, que inclui o seguinte: a) livro de registro diário de ingressos e altas; b) História clínica do paciente; c) Registro de falecidos, com especificação de diagnóstico de entrada e do diagnóstico de morte; d) Registro de admissão; e) Registro de transferências e altas (alegações finais escritas do Estado, expediente de mérito, folha 959).

163. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Pedro Ureña, *supra*, folha 575.

mortos e colocá-los em ambulâncias.”<sup>164</sup> Por sua vez, Joseph Desravine declarou que “os sobreviventes [...] levantaram os corpos das pessoas falecidas que se encontravam embaixo do caminhão e os acomodaram, um ao lado do outro, no chão.”<sup>165</sup>

112. Das provas fotográficas disponíveis nos autos, destaca-se que os cadáveres foram depositados desordenadamente no chão de uma sala do necrotério, com a roupa arrancada e colocados em posições que poderiam facilitar sua decomposição acelerada.<sup>166</sup>
113. Além disso, os corpos dos haitianos falecidos foram enterrados em uma fossa comum (par. 52 *supra*). O nacional dominicano não foi enterrado nessa fossa. De acordo com a manifestação de uma das vítimas, Sonide Nora, “elas mesmas [enterraram] os corpos dos falecidos em uma fossa comum na República Dominicana.”<sup>167</sup> Além disso, Vivandieu Dorzema, irmão de Nadege Dorzema, mencionou que, “com grande angústia [...], ele cavava a fossa comum onde Nadege devia ser enterrada”.<sup>168</sup>
114. A Corte observa que os cadáveres ainda não foram repatriados nem entregues a seus familiares. Em razão das perguntas da Corte durante a audiência pública, os representantes apresentaram informação sobre os registros de enterro das vítimas falecidas no Cemitério de Guarabo II, em 18 de junho de 2000.<sup>169</sup> O Estado não apresentou informação sobre o destino atual dos cadáveres e as ações para sua devida entrega.<sup>170</sup>
115. A esse respeito, a Corte estabeleceu que o direito dos familiares das vítimas de saber onde se encontram os restos de seus entes queridos constitui, além de uma exigência do direito a conhecer a verdade, uma medida de reparação e, portanto, faz nascer o dever correlato para o Estado de satisfazer estas justas expectativas. Receber os corpos das pessoas que faleceram no incidente era de suma importância para seus familiares, assim como permitir sepultá-los de acordo com suas crenças e então encerrar o processo de luto que viveram em virtude dos fatos.<sup>171</sup>
116. Especificamente, os padrões internacionais exigem que a entrega de restos ocorra quando a vítima esteja claramente identificada, isto é, uma vez que se tenha conseguido uma identificação positiva. A esse respeito, o Protocolo de Minnesota estabelece que “o corpo deve ser identificado por testemunhas confiáveis e outros métodos objetivos.”<sup>172</sup>
117. Esta Corte considera que o tratamento dado aos corpos das pessoas falecidas, depois do incidente, ao serem enterrados em fossas comuns, sem serem claramente identificados nem entregues a seus familiares, manifesta um tratamento degradante, em violação do artigo 5.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção, em detrimento das pessoas falecidas e de seus familiares.

## VII-2

### Direitos à Liberdade Pessoal, às Garantias Judiciais e à Livre Circulação

118. Neste capítulo, a Corte resumirá as alegações das partes e da Comissão Interamericana sobre a alegada violação do direito à liberdade pessoal de 11 imigrantes haitianos na República Dominicana. Para isso, a Corte considerará os fatos a partir do momento em que os migrantes haitianos foram privados de liberdade até seu traslado ao Haiti, algumas horas mais tarde (pars. 54 e 55 *supra*). Posteriormente, a Corte analisará a alegada expulsão coletiva dos migrantes haitianos à luz das garantias do devido processo, tanto em relação à condição de migrantes das supostas vítimas, como dos procedimentos de deportação e expulsão.<sup>173</sup>

164. Cf. Declaração testemunhal prestada por Rose Marie Dol, *supra*, folha 1585.

165. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Joseph Desravine, *supra*, folha 568.

166. Cf. Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo IV, folhas 2542 a 2548.

167. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Sonide Nora, *supra*, folha 572.

168. Cf. Declaração prestada por Vivandieu Dorzema perante notário público em 24 de fevereiro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 2995).

169. Cf. Certidão de enterro. Fritz Alce, Roselene Thermeus, Ilfaudia Dorzema, Nadege Dorzema, Jacqueline Maxime, *supra*, folhas 4738 a 4755.

170. Em seus anexos às alegações finais escritas, o Estado anexou a manifestação do Diretor dos Serviços Especializados de Saúde do Ministério de Saúde Pública, que assinalou que: “[...] durante a investigação conseguiram vários documentos que isentam de responsabilidade o Hospital Universitário José María Cabral y Báez, mas comprometem o Instituto Nacional de Ciências Forenses, vinculado à Procuradoria Geral da República, já que, em registros do dia 18 de junho de 2000, aparecem sete pessoas reclamadas no relatório, mas os expedientes correspondentes se danificaram com as inundações ocorridas na Província de Santiago de los Caballeros e, além disso, o destino final dos cadáveres é desconhecido”. (expediente de anexos às alegações finais do Estado, tomo VII, folha 4107.22.)

171. Cf. *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra*, par. 245, e *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Seie C nº 241, par. 73.

172. Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, *supra*, par. 318 e *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras*, *supra*, par. 73.

173. Por outro lado, a Comissão argumentou a violação das garantias dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação às alegadas

**A. Direito à liberdade pessoal**

## 118. Alegações

119. A *Comissão Interamericana* assinalou que “consta nos autos que o Diretor de Inteligência informou que, no dia dos fatos, havia 11 detidos” e que o Comandante do Décimo Batalhão de Infantaria confirmou que “foram enviados à repartição de migração para serem devolvidos a seu território”. No entanto, a Comissão notou que “não existe prova de que esta detenção reconhecida houvesse sido registrada, nem que houvesse sido aberto um processo”. Além disso, considerou uma violação ao direito à liberdade pessoal o fato de que os migrantes detidos foram “levados por agentes estatais a Montecristi e, posteriormente, a uma prisão militar em Dajabón, onde os agentes lhes disseram que teriam que pagar para levá-los de volta ao Haiti ou, do contrário, teriam de trabalhar no campo plantando banana e arroz”.
120. Por outro lado, a Comissão afirmou que “tampouco existe prova de que estas pessoas tenham sido informadas dos motivos de sua detenção, das acusações contra elas, de que tenham sido notificadas de seus direitos legais, de que tenham sido postas à disposição de um juiz ou de outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais, nem que tenham sido informadas [...] sobre nenhuma data para serem julgadas[, e] ainda assumindo que os detidos houvessem sido enviados ao departamento de migração, os funcionários do mesmo não podem ser considerados como juízes ou funcionários autorizados por lei para exercer funções judiciais. Tampouco existe prova de que os detidos houvessem sido informados sobre os recursos que tinham à sua disposição, nem que lhes tivesse sido permitido explicar que buscavam asilo, refúgio ou que lhes tivessem perguntado os motivos pelos quais se encontravam em território dominicano”. Em virtude das considerações anteriores, a Comissão solicitou à Corte que declare que o Estado violou o direito à liberdade pessoal, previsto no artigo 7 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Joseph Pierre, Selafoi Pierre, Silvie Felizor, Roland Israel, Rose Marie Dol, Josier Maxime, Rose-Marie Petit-Homme, Sonide Nora, Alphonse Oremis, Renaud Tima e Honorio Winique.<sup>174</sup>
121. *Os representantes* concordaram com a Comissão Interamericana a respeito das alegações sobre prisões e detenções arbitrárias dos haitianos sobreviventes. Além disso, os representantes afirmaram que “o direito internacional prevê que [...] a restrição do direito [à liberdade pessoal] deve realizar-se de acordo com os requisitos de legalidade e com critério restritivo na adoção da medida”.
122. Por outro lado, destacaram que o Estado “não pode apresentar nenhuma prova que demonstre que, durante a noite de 18 de junho, seus agentes procederam à detenção e à prisão das vítimas seguindo uma ordem legal, em aplicação de uma lei. Com efeito, nenhuma das vítimas foi acusada formalmente”, e tampouco consta, nas provas disponíveis, que as supostas vítimas detidas se encontrassem em estado de flagrância. Ademais, “[n]enhuma presunção de inocência foi outorgada e a regra da detenção excepcional [...] não foi respeitada”. Além disso, argumentaram que “os motivos da prisão e detenção das mesmas nunca foram dados a conhecer pelas autoridades que levaram a cabo a operação, nem por outros funcionários do Estado dominicano”. As vítimas, “durante todo tempo, mantiveram-se incomunicáveis com o mundo exterior, [não] foram informadas sobre a possibilidade de serem levadas à presença de um juiz, nem lhes foi permitido recorrer com respeito à legitimidade e à legalidade da medida que determinou a prisão e a detenção do grupo”. Em função disso, solicitaram à Corte que declare a violação do artigo 7 da Convenção Americana.
123. O *Estado* não apresentou argumentos específicos a respeito da alegada violação do artigo 7 da Convenção Americana. Não obstante isso, em suas alegações finais escritas, afirmou que as supostas vítimas “[p]ermaneceram [detidas] no país por um espaço de algumas poucas horas, em virtude de que estas ingressaram no território dominicano de forma indocumentada e durante a madrugada, motivo pelo qual as mesmas deveriam aguardar que se iniciassem os trâmites, no horário de expediente, para que fossem devolvidas ao seu

detenção e expulsão arbitrárias. Além disso, os representantes alegaram a violação deste artigo em razão de que “[o] caráter expeditivo da expulsão [...] comprova a impossibilidade fática de apresentar um *habeas corpus*, um pedido de status de refugiado, asilo ou qualquer outra medida de proteção [...], isto é, exercer seus direitos com respeito às garantias judiciais e à proteção judicial”. A esse respeito, a Corte reitera que os artigos 7.6, 8 e 25 da Convenção se referem a diferentes âmbitos de proteção. Especificamente, “o artigo 7.6 da Convenção tem um conteúdo jurídico próprio e o princípio de efetividade (*effet utile*) é transversal à proteção devida de todos os direitos reconhecidos nesse instrumento”, de modo que o Tribunal considera que não procede analisar os fatos da detenção e da expulsão neste caso à luz do artigo 25 da Convenção. A alegada violação dos direitos às garantias e à proteção judicial será analisada no capítulo VII-3.

174. Em relação ao ferido Joseph Desvraine, a Comissão observou que “não estava no grupo dos que foram enviados a Dajabón,” de maneira que estava ferido e foi levado ao hospital de onde conseguiu sair. Além disso, da prova disponível nos autos, verifica-se que Michel Françoise foi levado ao hospital e prestou declarações dentro da jurisdição militar nos dias seguintes. Por estas razões, a Comissão não contou com informação suficiente referente ao que teria ocorrido a ambas as pessoas depois de serem trasladados ao hospital, razão pela qual não fez referência aos direitos protegidos pelos artigos 7, 8 e 25 em relação a eles.

país de origem, dada sua condição e os fatos ocorridos, sem que, em nenhum momento, as mesmas tivessem sido objeto de maus-tratos nem de qualquer humilhação, e em virtude do Protocolo de Entendimento sobre os Mecanismos de Repatriação, assinado entre a República Dominicana e o Haiti em 2 de dezembro de 1999”.

## 2. Considerações da Corte

124. Nesta seção, a Corte analisará a detenção e a conseqüente violação do direito à liberdade pessoal, alegadas pela Comissão e pelos representantes. As alegadas violações às garantias judiciais estabelecidas no artigo 8 da Convenção, em virtude do *status* migratório das supostas vítimas, serão analisadas juntamente com a proibição de expulsão coletiva na seção seguinte (pars. 145 a 178 *infra*). A esse respeito, dado que a detenção foi realizada dentro do território dominicano e não no ingresso através da fronteira (par. 151 *infra*), momento no qual se poderia, em princípio, reter os migrantes para realizar um controle de identificação,<sup>175</sup> a Corte analisará a alegada detenção à luz dos requisitos de excepcionalidade do artigo 7 da Convenção Americana,<sup>176</sup> e não como uma privação de liberdade por razões de verificação de identidade e/ou de controle fronteiriço.
125. Nesse sentido, a Corte indicou que o artigo 7 da Convenção Americana contém uma regulação geral, disposta no primeiro inciso, segundo a qual “[t]oda pessoa tem o direito à liberdade e à segurança pessoais”, e outra regulação, de caráter específico, que se compõe de garantias que protegem o direito a não ser privado da liberdade ilegalmente (art. 7.2) ou arbitrariamente (art. 7.3), a conhecer as razões da detenção e as acusações formuladas contra o detido (art. 7.4), ao controle judicial da privação da liberdade (art. 7.5) e a impugnar a legalidade da detenção (art. 7.6).<sup>177</sup> Portanto, no que concerne à obrigação geral, a Corte recorda que “qualquer violação dos incisos 2 a 7 do artigo 7 da Convenção acarretará necessariamente a violação do artigo 7.1 da mesma”.<sup>178</sup>
126. Com respeito à garantia específica consagrada no artigo 7.2 da Convenção, a Corte reitera que a limitação da liberdade física, seja por um período breve, inclusive aquelas com meros fins de identificação, deve “se ajustar estritamente ao que a Convenção Americana e a legislação interna estabeleçam para tal efeito, sempre e quando esta seja compatível com a Convenção”.<sup>179</sup> Portanto, para poder analisar a alegada violação ao artigo 7.2, a Corte considera necessário referir-se às disposições legais e constitucionais no âmbito interno, “pois qualquer requisito estabelecido nestas normas que não seja cumprido, faria com que a privação de liberdade fosse ilegal e contrária à Convenção Americana”.<sup>180</sup>
127. A esse respeito, o artigo 8.2 da Constituição Nacional de 1994,<sup>181</sup> vigente no momento dos fatos, dispunha que:
- [...]
- b. Ninguém poderá ser levado à prisão nem coibido em sua liberdade sem ordem motivada e escrita de funcionário judicial competente, salvo em caso de flagrante delito.
- c. Toda pessoa privada de sua liberdade sem causa ou sem as formalidades legais, ou fora dos casos

175. Cf. TEDH, *Saadi Vs. Reino Unido*. [Grande Câmara] Petição nº 13229/03, de 29 de janeiro de 2008, pars. 64 a 66; Comitê de Direitos Humanos. *Madafferi e Madafferi Vs. Austrália*, Comunicação nº 1011/2001, Observações de 26 de agosto 2004, par. 9.2.

176. Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Parte ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. 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.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Parte cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. [...]

177. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 51, e *Caso Fleury e outros Vs. Haiti. Mérito e Reparações*. Sentença 23 de novembro de 2011. Série C Nº 236, par. 53.

178. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, supra*, par. 54, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela, supra*, par. 54.

179. Cf. *Caso Torres Millacura e outros Vs. Argentina, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de agosto de 2011. Série C Nº 229, párr 76, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela, supra*, par. 75.

180. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, supra*, par. 57, e *Caso Fleury e outros Vs. Haiti, supra*, par. 54.

181. Constituição Política da República Dominicana, 1994. Votada e proclamada pela Assembleia Nacional em 14 de agosto de 1994 (expediente de anexos às alegações finais dos representantes, tomo VIII, folha 4112).

previstos pelas leis, será imediatamente posta em liberdade a requerimento seu ou de qualquer pessoa.

- d. Toda pessoa privada de sua liberdade será submetida à autoridade judicial competente dentro das quarenta e oito horas seguintes à sua detenção ou será posta em liberdade.
- e. Toda prisão se tornará sem efeito ou se elevará à detenção dentro de quarenta e oito horas de o preso ter sido submetido à autoridade judicial competente, devendo notificar-se ao interessado dentro do mesmo prazo a decisão que seja tomada.
- f. Fica terminantemente proibido o traslado de qualquer detido de um estabelecimento carcerário a outro lugar sem ordem escrita e motivada da autoridade judicial competente.
- g. Toda pessoa que tenha sob sua guarda um detido estará obrigada a apresentá-lo tão pronto como o requeira a autoridade competente.

[...]

128. Por outro lado, no momento em que ocorreram os fatos, a Lei de Imigração de 1939 regulamentava o procedimento de detenção e deportação de migrantes em seu artigo 13:<sup>182</sup>

Os seguintes estrangeiros serão presos e deportados sob ordem do Secretário de Estado de Interior e de Polícia ou de outro funcionário designado por ele para estes fins:

Qualquer estrangeiro que entre na República [...] por meio de declarações falsas ou enganosas ou sem a inspeção e admissão das Autoridades de Migração em um dos portos de entrada indicados.

[...]

- e) [...] Nenhum estrangeiro será deportado sem ter sido informado sobre as acusações específicas que motivam sua deportação, nem sem que se tenha dado uma justa oportunidade para refutar estas acusações, de acordo com o Regulamento de Migração nº 279, de 12 de maio de 1939, salvo nos casos em que a deportação tenha sido disposta de acordo com o artigo 55, inciso 16<sup>183</sup> da Constituição, ou nos casos do artigo 10, inciso 1<sup>184</sup> e do artigo 13, inciso 3<sup>185</sup> da presente lei.

129. Além disso, o Regulamento de Migração nº 279, de 12 de maio de 1939,<sup>186</sup> regulamentava da seguinte maneira o procedimento de deportação:

Os Inspetores de Migração e os Funcionários que atuem como tais, farão uma investigação completa sobre qualquer estrangeiro, sempre que existam informações verazes ou houver alguma razão para crer que o estrangeiro se encontra na República em violação da Lei de Migração. Se desta investigação resultar que o estrangeiro mereça ser deportado, o Inspetor de Migração solicitará ao Departamento Geral de Migração um mandado de prisão. O pedido do mandado deve expressar os fatos e mostrar as razões específicas pelas quais o estrangeiro deve ser sujeito à deportação. Se o mandado de prisão for expedido, o Inspetor de Migração intimará o estrangeiro para ser ouvido sobre as acusações expressas no mandado de prisão.

A informação relativa ao estrangeiro será anotada no formulário G-1, ao ser ouvido, a menos que tiver sido tomada previamente. [...] se nenhuma das acusações expressadas no mandado for admitida pelo estrangeiro, serão buscadas provas para apoiar as acusações, o estrangeiro será intimado e lhe será dada uma nova oportunidade para declarar, bem como para introduzir provas de oposição à sua deportação. [...]

130. Agora, conforme determinou-se anteriormente (pars. 54 e 55 *supra*), depois da capotagem do caminhão, 11 pessoas foram detidas e levadas ao Destacamento Operativo de Inteligência Fronteiriça (DOIF) em Montecristi; horas mais tarde, foram levadas ao quartel militar de Dajabón, lugar no qual os agentes militares os ameaçaram de levá-los à prisão e afirmaram que poderiam trabalhar no campo ou pagar dinheiro aos agentes para serem devolvidos ao Haiti. Ante esta advertência, a Corte considerou provado (par. 55 *supra*) que os detidos recolheram dinheiro, entregaram aos agentes militares e, na tarde de 18 de junho de 2000, foram trasladados ao povoado

182. Lei de Imigração, Lei 95 de 14 de abril de 1939. Publicada na Gaceta Oficial nº 5299 (expediente de anexos às alegações finais dos representantes, tomo VIII, folha 4240).

183. Artigo 55. O Presidente da República é o chefe da administração pública e o chefe supremo de todas as Forças Armadas da República e dos corpos policiais. Corresponde ao Presidente da República: 16. Fazer prender ou expulsar os estrangeiros cujas atividades, a seu juízo, forem ou possam ser prejudiciais à ordem pública ou aos bons costumes.

184. Artigo 10. a. As seguintes categorias de estrangeiros serão excluídas de entrada na República: 1) Anarquistas ou pessoas que promovam doutrinas ou atividades para a subversão do Governo Dominicano ou contra a lei e a ordem [...].

185. Artigo 13. Os seguintes estrangeiros serão presos e deportados [...]: 3) Qualquer estrangeiro que se imiscua ou se associe a atividades dirigidas a subverter o Governo Dominicano ou traficar drogas em violação da lei, ou se imiscua em outras atividades contrárias à ordem e à segurança públicas.

186. Regulamento de Migração nº 279 de 12 de maio de 1939 publicado na Gaceta Oficial nº 5313 (expediente de anexos às alegações finais dos representantes, tomo VIII, folha 4351).

de Quanaminthe (Wanaminthe), no Haiti. A esse respeito, a Corte ressalta que a referida privação de liberdade não foi registrada ou justificada formalmente em nenhuma oportunidade. Ademais, o traslado dos migrantes desde o DOIF de Montecristi ao quartel militar de Dajabón não foi autorizado por ordem escrita e motivada, e em nenhum momento os detidos foram postos em presença de uma autoridade competente, neste caso, o Inspetor ou o Diretor Geral de Migração, como requeria a Constituição vigente (par. 127 *supra*).

131. Além disso, a Corte tem argumentado a necessidade de garantir certos padrões mínimos que devem ser cumpridos nos centros de detenção policial,<sup>187</sup> em particular é preciso que exista um registro de detidos que permita controlar a legalidade das detenções.<sup>188</sup> Em relação aos fatos do presente caso, a Corte nota que as autoridades não respeitaram a obrigação de consignar a informação relativa aos estrangeiros detidos com o objetivo de serem deportados. Nesta medida, a ausência de registro desta informação no “formulário G-1” implicou um desconhecimento do conteúdo normativo do Regulamento de Migração nº 279 (par. 129 *supra*). Em função disso, o Estado violou o artigo 7.2 da Convenção Americana, em detrimento de Rose-Marie Petit-Homme, Joseph Pierre, Renaud Tima, Selafoi Pierre, Sylvie Felizor, Roland Israel, e Rose Marie Dol (doravante denominadas “as vítimas detidas”).
132. Em relação ao artigo 7.4 da Convenção, a Corte considerou que “os fatos devem ser analisados sob o direito interno e a normativa convencional, posto que a informação dos ‘motivos e razões’ da detenção deve ocorrer ‘quando esta se produz’, e dado que o direito contido naquela norma implica duas obrigações: a) a informação oral ou escrita sobre as razões da detenção, e b) a notificação, por escrito, das acusações”.<sup>189</sup> Nesse sentido, tanto a Lei como o Regulamento de Migração vigentes determinavam que os estrangeiros detidos, com fins de deportação fossem informados das razões específicas pelas quais estariam sujeitos a serem deportados. A esse respeito, consta das provas apresentadas no presente caso que, em nenhum momento durante a privação de liberdade, estas pessoas foram informadas sobre as razões e os motivos da mesma, de forma verbal ou escrita. Adicionalmente, não existe documento que demonstre que os detidos foram comunicados, por escrito, sobre a existência de algum tipo de acusação contra eles, o que é contrário à normativa interna vigente à época dos fatos (par. 128 *supra*). Portanto, o exposto configura uma violação dos artigos 7.2 e 7.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento das vítimas detidas.
133. Por outro lado, quanto à arbitrariedade da detenção a que se refere o artigo 7.3 da Convenção, a Corte considerou que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento por causas e métodos que –ainda quando qualificados de legais– possam ser considerados como incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, por serem, entre outras coisas, irrazoáveis, imprevisíveis, ou desproporcionais.”<sup>190</sup> Portanto, qualquer detenção deve levar-se a cabo não apenas de acordo com as disposições de direito interno, mas, além disso, é necessário que “a lei interna, o procedimento aplicável e os princípios gerais expressos ou tácitos correspondentes sejam, em si mesmos, compatíveis com a Convenção”.<sup>191</sup> Assim, “não se deve equiparar o conceito de ‘arbitrariedade’ com o de ‘contrário à lei’, mas se deve interpretá-lo de maneira mais ampla a fim de incluir elementos de inexatidão, injustiça e imprevisibilidade”.<sup>192</sup>
134. A esse respeito, o Estado argumentou que os detidos “permaneceram no país por [um] espaço de algumas horas, em virtude de que ingressaram no território dominicano de forma indocumentada e durante a madrugada, de maneira que os mesmos deveriam aguardar o início dos trâmites em horas de expediente para serem devolvidos a seu país de origem”. No entanto, a partir das declarações das vítimas, a Corte nota que as autoridades não os mantiveram detidos com a intenção de apresentá-los perante um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais, ou com o objetivo de apresentar acusações de acordo com a normativa interna (pars. 54 e 55 *supra*). Assim, da análise das provas apresentadas nos autos, este Tribunal considera que as detenções não foram levadas a cabo com a finalidade de realizar um procedimento capaz de

187. Cf. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 18 de Setembro de 2003. Série C Nº 100, par. 132.

188. Cf. *Caso da Panel Blanca (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C Nº 76, par. 203, e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela. Mérito e Reparaciones*. Sentença de 3 de setembro de 2012 Série C Nº 249, párr 151.

189. Cf. *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C Nº 220, par. 106, e *Caso Fleury e outros Vs. Haiti, supra*, par. 60. Além disso, Cf. ONU, Conjunto de princípios para a proteção de todos os indivíduos sob qualquer forma de detenção ou encarceramento, adotado pela Assembleia Geral em sua Resolução 43/173, de 9 de dezembro de 1988, Princípio 10.

190. Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Série C Nº 16, par. 47, e *Caso Fleury e outros Vs. Haiti, supra*, par.57.

191. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, supra*, par. 91, e *Caso Fleury e outros Vs. Haiti, supra*, par. 58.

192. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, supra*, par. 92, e *Caso Fleury e outros Vs. Haiti, supra*, par. 58. Ver também, Comitê de Direitos Humanos, *Caso Albert Womah Mukong Vs. Camarões*, (458/1991), 21 de julho de 1994, UN Doc. CCPR/C/51/D/458/1991, par. 9.8.

determinar as circunstâncias e o *status* jurídico dos detidos, ou mesmo de realizar um procedimento migratório formal com vistas à sua deportação ou expulsão,<sup>193</sup> o que as converteu em detenções com fins ilegítimos e, portanto, arbitrárias, em violação do artigo 7.3 da Convenção, em detrimento das vítimas detidas.

135. Com respeito ao artigo 7.5 da Convenção, o qual dispõe que a detenção deve ser submetida, sem demora, à revisão de um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais, a Corte considerou que “cabe ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o detido de maneira consequente, com a presunção de inocência”,<sup>194</sup> como uma “garantia dirigida a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções,<sup>195</sup> bem como para garantir os direitos à vida e à integridade pessoal”.<sup>196</sup>
136. A Corte estabeleceu que a “Convenção Americana não estipula nenhuma limitação ao exercício da garantia disposta no artigo 7.5 da Convenção, com base nas causas ou circunstâncias pelas quais a pessoa é retida ou detida. Portanto, em virtude do princípio *pro persona*, esta garantia deve ser satisfeita sempre que exista uma retenção ou uma detenção de uma pessoa por causa de sua situação migratória, conforme os princípios de controle judicial e mediação processual.<sup>197</sup> Para que constitua um verdadeiro mecanismo de controle frente a detenções ilegais ou arbitrárias, a revisão judicial deve realizar-se sem demora e de forma tal que garanta o cumprimento da lei e o gozo efetivo dos direitos do detido, tomando em conta sua especial vulnerabilidade.”<sup>198</sup>
137. Além disso, a Corte considera que, em matéria migratória, “a legislação interna deve assegurar que o funcionário autorizado pela lei para exercer funções jurisdicionais cumpra as características de imparcialidade e independência que devem reger todo órgão encarregado de determinar direitos e obrigações das pessoas. Nesse sentido, a Corte já estabeleceu que estas características não apenas devem corresponder aos órgãos estritamente jurisdicionais, mas as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam também às decisões de órgãos administrativos.”<sup>199</sup> Toda vez que, em relação a esta garantia, cabe ao funcionário de migração a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias,<sup>200</sup> “é imprescindível que este funcionário esteja facultado para pôr a pessoa em liberdade caso sua detenção seja ilegal ou arbitrária.”<sup>201</sup>
138. Ademais, a Corte nota que a Constituição dominicana de 1994, vigente no momento da detenção analisada, dispunha, em seu artigo 8.2.d, que: “[t]oda pessoa privada de sua liberdade será submetida à autoridade judicial competente dentro das quarenta e oito horas seguintes à sua detenção ou será posta em liberdade.”<sup>202</sup>
139. A Corte considera que, de acordo com o alegado pelas partes, as detenções tiveram lugar por um período de tempo inferior às 48 horas correspondentes ao prazo constitucionalmente estabelecido pelo ordenamento jurídico dominicano para a apresentação do detido perante uma autoridade judicial competente. Não obstante isso, os migrantes não foram postos em liberdade na República Dominicana, mas os agentes militares unilateralmente aplicaram a sanção de expulsão, sem que as vítimas houvessem sido postas perante uma autoridade competente, a qual, se fosse o caso, determinaria sua liberdade. Isso resultou na violação do artigo 7.5 da Convenção Americana em detrimento das vítimas detidas.
140. Por outro lado, o artigo 7.6 da Convenção protege o direito de toda pessoa privada de liberdade a recorrer da ilegalidade de sua detenção perante um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade da privação de liberdade e, se for o caso, decreta sua liberdade.<sup>203</sup> A esse respeito, a Corte

193. Nesse sentido, ver Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Conclusões e Recomendações de 15 de dezembro de 2003, UN Doc E/CN.4/2004/3, par. 86.

194. Cf. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C Nº 187, par. 63, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 105.

195. Cf. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C Nº 99, par. 83, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 105.

196. Cf. *Caso Tibi Vs. Equador*, par. 118, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 105.

197. Cf. *Caso Tibi Vs. Equador, supra*, par. 118, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 107.

198. Cf. *Caso Bayarri, supra*, par. 67, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 107.

199. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 71, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 107.

200. Cf. *Caso Bayarri, supra*, párr 67, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 108.

201. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 108. A esse respeito, ver Conjunto de princípios para a proteção de todos os indivíduos sob qualquer forma de detenção ou encarceramento, Princípio 11.

202. Constituição Política da República Dominicana, 1994, *supra*, folha 4112.

203. Cf. *O Habeas Corpus sob Suspensão de Garantias* (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A Nº 8, par. 33; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. par.124, e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela, supra*, par. 158.

ênfatisou que “a autoridade que deve decidir sobre a legalidade da prisão ou detenção deve ser um juiz ou tribunal. Com isso, a Convenção está resguardando que o controle da privação da liberdade deve ser judicial.”<sup>204</sup>

141. Em relação à natureza de tais recursos, a jurisprudência da Corte referiu que estes “não apenas devem existir formalmente na legislação, mas devem ser efetivos, isto é, cumprir o objetivo de obter, sem demora, uma decisão sobre a legalidade da prisão ou da detenção.”<sup>205</sup>
142. Nesse sentido, a Constituição dominicana vigente no momento dos fatos (par. 127 *supra*) dispunha que:<sup>206</sup>
- g. Toda pessoa que tenha sob sua guarda um detido estará obrigada a apresentá-lo tão pronto como requiera a autoridade competente. A Lei de *Habeas Corpus* determinará a maneira de proceder sumariamente para o cumprimento das prescrições incluídas nos incisos a), b), c), d), e), f) e g) e estabelecerá as sanções procedentes.
143. Por outro lado, a Corte observa que os regulamentos migratórios vigentes no momento dos fatos (pars. 128 e 129 *supra*) não estabeleciam recursos para contestar a legalidade da prisão ou da detenção, como determina o artigo 7.6 da Convenção, mas estabeleciam unicamente a possibilidade de o detido “refutar as acusações” de sua deportação, de ser “ouvido sobre as acusações feitas no mandado de prisão” ou de “introduzir provas de oposição à sua deportação”. A esse respeito, a Corte indicou que o direito protegido pelo artigo 7.6 da Convenção “implica que o detido efetivamente exerça este direito, na hipótese de que possa fazê-lo e que o Estado efetivamente proveja este recurso e o resolva.”<sup>207</sup> Não obstante isso, a Corte considera que, em vista da expulsão acelerada, as vítimas migrantes careceram de toda oportunidade de acionar um recurso adequado que tutelasse a legalidade da detenção. Consequentemente, o Estado violou o artigo 7.6 da Convenção em detrimento das vítimas detidas
144. Em razão dos argumentos anteriormente expostos, a Corte considera que a detenção dos sete migrantes haitianos não cumpriu as disposições constitucionais e legislativas vigentes à data em que ocorreram os fatos, em virtude de que a detenção não teve como finalidade realizar um procedimento capaz de determinar as circunstâncias e o status jurídico dos detidos, ou mesmo de realizar um procedimento migratório formal com vistas à sua deportação ou expulsão; da ausência de informação oral ou escrita sobre os motivos e razões das detenções e de notificação escrita das acusações às vítimas. O exposto anteriormente implicou que o Estado violou o direito à liberdade pessoal, reconhecido nos artigos 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 e 7.6 da Convenção, em relação à obrigação de respeitar os direitos, contida no artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Rose-Marie Petit-Homme, Joseph Pierre, Renaud Tima, Selafoi Pierre, Sylvie Felizor, Roland Israel e Rose Marie Dol.

### **B. Liberdade de circulação, expulsão coletiva e direito às garantias judiciais**

145. No presente capítulo, a Corte resumirá as alegações das partes e da Comissão Interamericana sobre a alegada expulsão coletiva e o direito às garantias judiciais. Em seguida, a fim de determinar a alegada violação das garantias do devido processo e da proibição de realizar expulsões coletivas, a Corte avaliará os fatos do caso à luz da normativa dominicana vigente no momento dos fatos e do direito internacional e fará considerações sobre: a) a proteção devida aos migrantes; b) o devido processo e as garantias mínimas dos estrangeiros em situações de privação de liberdade, de expulsão ou deportação, e c) o conteúdo jurídico do artigo 22.9 da Convenção Americana sobre expulsões coletivas.

#### **1. Alegações**

146. *Os representantes* alegaram a violação do artigo 22.9 da Convenção Americana ao indicar que “[o] caráter sumário da expulsão [das supostas vítimas] dem[onstrou] o indubitável rechaço da República Dominicana à possibilidade de que as pessoas haitianas se op[usessem] legitimamente à medida da expulsão coletiva, [além disso], a impossibilidade fática de apresentarem um *habeas corpus*, uma petição de *status* de refugiado, asilo ou qualquer outra medida de proteção a autoridades competentes [do Estado]”. Acrescentaram que, “contrariamente à normativa internacional, a expulsão das [supostas vítimas teve] caráter coletivo, uma vez que as mesmas [foram] transportadas à fronteira em grupo, sem que previamente houvessem sido individualizadas

204. Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 126.

205. Cf. *Caso Acosta Calderón Vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C Nº 129, par. 97 e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 129.

206. Constituição Política da República Dominicana, 1994, *supra*, folha 4109.

207. *Caso Yvon Neptune Vs. Haiti*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C Nº 180, par. 114, e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela*, *supra*, par. 158.

para a avaliação particular da situação migratória de cada uma”. Assim, afirmaram que a deportação coletiva, sumária, sem prévia judicialização ou individualização é “uma clara contravenção ao artigo 22.9”, violando assim “a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros”. A esse respeito, concluíram que a conduta das autoridades dominicanas se fundamentou em “motivos de discriminação e xenofobia em prejuízo das pessoas haitianas”. Ademais, afirmaram que a única informação que as supostas vítimas receberam foi que deveriam reunir todo o dinheiro que tivessem para evitar ir à prisão. Por essas razões, os representantes alegaram que as supostas vítimas foram vítimas de extorsão e ameaçadas por pessoal administrativo dominicano.

147. Em função das razões expostas anteriormente, os representantes concluíram que o Estado violou os artigos 7, 8, 22.9 e 25 da Convenção Americana em detrimento de Cecilia Petit-Homme, Pierre Selafoi, Sylvie Therméus, Joseph Pierre, Rose-Marie Dol, Roland Israel, Josue Maximus, Sonide Nora, Alphonse Oremis, Renaud Tima e Winique Honorio.
148. Por sua vez, a *Comissão* não argumentou a violação do artigo 22.9 da Convenção, mas argumentou que o Estado violou o artigo 8 da mesma, afirmando “que, ainda quando muitas garantias judiciais estabelecidas no artigo 8 da Convenção Americana incorporam uma linguagem própria dos processos penais, analogamente e devido às consequências que podem derivar-se dos processos migratórios, cabe a aplicação estrita destas garantias”. Além disso, destacou “que os migrantes se encontram em uma situação de desigualdade real que pode resultar no ferimento do devido processo, caso não se adotem medidas especiais para compensar a vulnerabilidade em que se encontram”.
149. O *Estado* não se referiu às alegadas violações dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial em relação ao processo de expulsão, ou à alegada expulsão coletiva dos migrantes haitianos.

## 2. Considerações da Corte

150. Em primeiro lugar, a Corte observa que a alegação da suposta violação do artigo 22.9 da Convenção foi sustentada unicamente pelos representantes. A esse respeito, a Corte recorda que as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes podem invocar direitos distintos dos incluídos no Relatório de Mérito, sobre a base dos fatos apresentados pela Comissão (par. 5 *supra*).<sup>208</sup>
151. Por outro lado, a Corte reitera que, segundo a prova apresentada pelas partes, o presente caso não se refere a uma expulsão ou rechaço realizado por funcionários migratórios em um posto migratório da fronteira entre Haiti e República Dominicana. Ao contrário, os fatos ocorreram a mais de 50 quilômetros dentro do território dominicano. Assim, a Corte considera que o Estado não justificou que existissem razões para a expulsão dos migrantes haitianos do território dominicano sem que tivesse havido um procedimento formal que observasse as garantias individuais de cada uma daquelas pessoas. Em vista disso, a Corte entende necessário realizar as seguintes considerações a respeito da proibição de expulsões coletivas e sobre as garantias do devido processo em procedimentos de deportação ou expulsão.
- a) *Proteção aos migrantes*
152. Das obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos derivam deveres especiais, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre.<sup>209</sup> A esse respeito, “os migrantes indocumentados ou em situação irregular foram identificados como um grupo em situação de vulnerabilidade,<sup>210</sup> pois são os mais expostos às violações potenciais ou reais de seus direitos e sofrem, em consequência de sua situação, um nível elevado de desproteção de seus direitos.”<sup>211</sup>
153. Com respeito às consequências desta situação de vulnerabilidade, a Corte considerou que “que as violações de direitos humanos cometidas contra os migrantes permanecem muitas vezes na impunidade devido, *inter alia*, à existência de fatores culturais que justificam esses fatos, à falta de acesso às estruturas de

208. Cf. *Caso Cinco Aposentados Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C Nº 98, par. 55, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de setembro de 2012 Série C Nº 248, par. 47.

209. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C Nº 140, par. 111, e *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e Reparações*. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C Nº 245, par. 37.

210. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A Nº 18, par. 114.

211. Cf. *Caso Velez Loor. Vs. Panamá, supra*, par. 98.

poder em uma sociedade determinada e a impedimentos normativos e fáticos que tornam ilusório o efetivo acesso à justiça.”<sup>212</sup>

154. A Corte considerou que o anteriormente exposto “não significa que não se possa iniciar nenhuma ação contra as pessoas migrantes que não cumpram o ordenamento jurídico estatal, mas que, ao adotar as medidas cabíveis, os Estados devem respeitar os direitos humanos e garantir seu exercício e gozo a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição, sem discriminação alguma por sua permanência regular ou irregular [...]. Isso é ainda mais relevante quando se tem em conta que no “âmbito do Direito Internacional [se] desenvolveram certos limites à aplicação das políticas migratórias que impõem a aplicação estrita das garantias do devido processo e do respeito da dignidade humana, qualquer que seja a condição jurídica do migrante.”<sup>213</sup>
155. Portanto, no exercício da faculdade do Estado de estabelecer sua política migratória, deve-se ter plena observância da proibição de expulsão coletiva de estrangeiros, contida no artigo 22.9 da Convenção Americana, e das consequentes garantias intrínsecas a processos de expulsão ou deportação de estrangeiros, em especial aquelas derivadas dos direitos ao devido processo e à proteção judicial.

b) *Devido processo em casos de deportação ou expulsão*

156. A Corte indicou que o direito ao devido processo, consagrado no artigo 8 da Convenção Americana, refere-se ao conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais para que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos diante de qualquer ato do Estado que possa afetá-los.<sup>214</sup>
157. Além disso, em sua jurisprudência constante, a Corte considerou que o elenco de garantias mínimas do devido processo legal se aplica na determinação de direitos e obrigações de ordem “civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter”.<sup>215</sup> Isto é, “qualquer atuação ou omissão dos órgãos estatais dentro de um processo, seja administrativo sancionatório ou jurisdicional, deve respeitar o devido processo legal”.<sup>216</sup>
158. No Parecer Consultivo sobre o Direito à Informação sobre a Assistência Consular no marco das Garantias do Devido Processo Legal, a Corte se referiu ao alcance do direito ao devido processo, afirmando que:

Para alcançar seus objetivos o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados perante a justiça. É assim como se cumpre o princípio de igualdade perante a lei e perante os tribunais e a correlativa proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adoção de medidas de compensação que contribuam para a redução ou eliminação dos obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses.<sup>217</sup>

159. Em matéria migratória, portanto, a Corte considera que o devido processo deve ser garantido a toda pessoa, independentemente do *status* migratório,<sup>218</sup> já que “[o] amplo alcance da intangibilidade do devido processo se aplica não apenas *ratione materiae* mas também *ratione personae* sem discriminação alguma.”<sup>219</sup> Isso quer dizer que “o devido processo legal deve ser reconhecido no marco das garantias mínimas que se devem oferecer a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório”,<sup>220</sup> com o objetivo de que os migrantes tenham a possibilidade de fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados.<sup>221</sup>

212. Cf. *Caso Velez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 98. Ver também, *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 112; Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, Grupos específicos e indivíduos. Trabalhadores migrantes. Direitos humanos dos migrantes, relatório apresentado pela Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de acordo com a Resolução 1999/44 da Comissão de Direitos Humanos, E/CN.4/2000/82, 6 de janeiro de 2000, par. 73.

213. Cf. *Caso Velez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 100. Ver também *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, pars. 118 e 119.

214. Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 69, e *Caso Velez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 142.

215. Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru*, *supra*, par. 70, e *Caso Velez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 142.

216. Cf. *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C Nº 72, par. 124.

217. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, par. 119.

218. Cf. *Condição jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 121.

219. *Condição jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 122.

220. *Condição jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 122.

221. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, pars. 117 e 119; *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 146, e *Caso Velez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 143.

c) *Garantias mínimas ao estrangeiro sujeito a expulsão ou deportação*

160. Nesse sentido, os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos são unânimes no estabelecimento das características em estabelecer as características dos processos levados a cabo pelos Estados com o objetivo de expulsar ou deportar estrangeiros de seu território.
161. A esse respeito, no sistema universal de proteção dos direitos humanos, o Comitê de Direitos Humanos, ao interpretar o artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,<sup>222</sup> determinou que “os direitos estabelecidos n[este] artigo 13 apenas protegem os estrangeiros que se encontrem licitamente no território de um Estado Parte[.] Não obstante isso, se a questão controvertida é a licitude de sua entrada ou permanência, toda decisão a esse respeito que resulte em sua expulsão ou deportação deve se conformar ao previsto no artigo 13”;<sup>223</sup> isto é, deve cumprir as seguintes garantias: i) apenas se poderá expulsar um estrangeiro em cumprimento à uma decisão adotada conforme a lei, e ii) deve-se facultar ao estrangeiro a possibilidade de: a) expor as razões que o defendam contra sua expulsão; b) submeter seu caso à revisão perante a autoridade competente, e c) fazer-se representar com tal fim perante elas.
162. Adicionalmente, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos considerou que:<sup>224</sup>
- [...] é inaceitável deportar indivíduos sem dar-lhes a possibilidade de argumentar seu caso perante os tribunais nacionais competentes, já que isso é contrário ao espírito e texto da Carta [Africana dos Direitos Humanos e dos Povos] e ao Direito Internacional.
163. No mesmo sentido, a Comissão de Direito Internacional explicitou que os estrangeiros em situações como as do presente caso devem receber as seguintes garantias processuais: i) condições mínimas de detenção durante o procedimento; ii) possibilidade de apresentar razões contra as expulsões; iii) assistência consular; iv) direito a estar representado perante a autoridade competente; v) direito a contar com assistência gratuita de um intérprete, e vi) direito a ser notificado da decisão de expulsão e a recorrer desta.<sup>225</sup>
164. Por outro lado, a Corte já havia ressaltado a “importância da assistência jurídica em casos [...] que envolve[m] uma pessoa estrangeira, que pode não conhecer o sistema legal do país e que se encontra em uma situação agravada de vulnerabilidade ao encontrar-se privada de liberdade, o que torna necessário que o Estado receptor leve em conta as particularidades de sua situação para que goze de um acesso efetivo à justiça em termos igualitários”.<sup>226</sup> Impedir a pessoa submetida a um processo administrativo sancionatório de contar com a assistência de seu advogado defensor significa limitar severamente o direito à defesa, o que ocasiona desequilíbrio processual e deixa o indivíduo sem tutela frente ao exercício do poder punitivo.<sup>227</sup> Portanto, em casos nos quais a consequência do procedimento migratório possa ser uma privação da liberdade de caráter punitivo, –como era a expulsão no presente caso–, “a assistência jurídica gratuita se torna um imperativo do interesse da justiça”.<sup>228</sup>
165. Adicionalmente, a Corte afirmou, em relação ao acesso à assistência consular, que nos casos de migrantes que enfrentam um procedimento de privação da liberdade deve ser lembrado que:
- [o]s estrangeiros detidos em um meio social e jurídico diferente do seu, e muitas vezes com um idioma que desconhecem, experimentam uma condição de particular vulnerabilidade, que o direito à informação sobre a assistência consular, enquadrado no universo conceitual dos direitos humanos, busca remediar, de maneira a assegurar que a pessoa estrangeira detida desfrute de um verdadeiro acesso à justiça, se beneficie de um devido processo legal em condições de igualdade com aqueles

222. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 13: Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado-Parte do presente pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militam contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou várias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo.

223. Comitê de Direitos Humanos. Observação Geral nº 15 relativa à situação dos estrangeiros com respeito ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Aprovada no 27º período de sessões. 1986, par. 9.

224. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Comunicação nº 159/96, Sessão Ordinária nº 22 de 11 de novembro de 1997, par. 20.

225. Cf. Comissão de Direito Internacional. *Expulsão de estrangeiros*. Texto dos projetos de artigo 1 a 32 aprovados provisoriamente em primeira leitura pelo Comitê de Redação no 64º período de sessões. UN Doc. A/CN.4/L.797, 24 de maio de 2012, artigos 19 e 26.

226. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 132. Além disso, ver, *mutatis mutandi*, *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, pars. 51 e 63, e *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México*, *supra*, par. 184.

227. Cf. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de novembro de 2009. Série C Nº 206, pars. 61 e 62, e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, *supra*, par. 155.

228. Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 146.

que não enfrentam essas desvantagens, e goze de condições de detenção compatíveis com o respeito devido à dignidade das pessoas.<sup>229</sup>

166. Nesse sentido, para garantir os direitos do devido processo da pessoa estrangeira detida, a Corte indicou que se deve assegurar ao menos três elementos da mesma garantia: i) o direito a ser notificado sobre seus direitos, segundo a Convenção de Viena,<sup>230</sup> o que deve ocorrer em conjunto com suas obrigações, de acordo com o artigo 7.4 da Convenção; ii) o direito de acesso efetivo à comunicação com o funcionário consular, e iii) o direito à própria assistência.<sup>231</sup>
167. Ademais, a Corte recorda que as normas migratórias vigentes no momento dos fatos na República Dominicana (pars. 128 e 129 *supra*) dispunham que “[n]enhum estrangeiro será deportado sem ter sido informado sobre as acusações específicas que motivam sua deportação, nem sem que se tenha dado uma justa oportunidade para refutar estas acusações”,<sup>232</sup> e que ante a existência de “informação veraz” de que um estrangeiro se encontra no país em violação da Lei de Imigração, o Inspetor de Migração “solicitará [...] um mandado de prisão[, o qual] deve expressar os fatos e demonstrar as razões específicas pelas quais o estrangeiro deve ser sujeito à deportação. Se o mandado de prisão for expedido, o Inspetor de Migração intimará o estrangeiro para ser ouvido sobre as acusações apresentadas no mandado de prisão”. Além disso, “[s]e nenhuma das acusações apresentadas no mandado for admitida pelo estrangeiro, serão buscadas provas para apoiar as acusações, o estrangeiro será intimado novamente e lhe será dada uma nova oportunidade para declarar, bem como para introduzir provas de oposição à sua deportação”.<sup>233</sup> Adicionalmente, a Corte considera que o instrumento que regulava os procedimentos de repatriação de migrantes haitianos, no momento dos fatos, era o Protocolo de Entendimento sobre os Mecanismos de Repatriação entre a República Dominicana e a República do Haiti de 1999. Segundo este documento:<sup>234</sup>

[...]

d) As autoridades dominicanas de migração reconhecem os Direitos Humanos inerentes aos repatriados [...].

e) As autoridades migratórias dominicanas entregarão a cada repatriado uma cópia do formulário individual que contém a ordem de sua repatriação.

f) As autoridades dominicanas de migração se comprometem a comunicar previamente, dentro de um prazo razoável, às autoridades diplomáticas ou consulares haitianas acreditadas no território dominicano, as listas de pessoas em processo de repatriação. Essas autoridades poderão exercer sua função de assistência consular.

[...]

*d) Expulsão coletiva*

168. O artigo 22.9 da Convenção Americana estabelece que:

“É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros”.

169. A Corte ressaltou que garantir o conteúdo do artigo 22 “é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da pessoa.”<sup>235</sup>

170. Nesse sentido, é relevante observar que vários tratados internacionais de direitos humanos são consistentes em proibir as expulsões coletivas em termos similares à Convenção Americana.<sup>236</sup>

229. Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 152. Ver também, o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, par. 119, e *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 121.

230. Cf. Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Artigo 36.1.b) UN Doc A/CONF.25/12 de 24 de abril de 1963, em vigor a partir de 19 de março de 1967. Esta notificação deve ser feita antes de que preste sua primeira declaração. Ver também, *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, par. 106; *Caso Chaparro Alvarez e Lapo Iñiguez*, *supra*, par. 164, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 153.

231. Cf. *Caso Vélez Loor*, *supra*, par. 153.

232. Lei de Imigração, Lei 95 de 14 de abril de 1939, *supra*, folha 4240.

233. Regulamento de Migração nº 279 de 12 de maio de 1939, *supra*, folha 4340.

234. Protocolo de Entendimento sobre os Mecanismos de Repatriação entre a República Dominicana e a República do Haiti, assinado em 2 de dezembro de 1999 (expediente de anexos às alegações finais do Estado, tomo VII, folha 3916).

235. Cf. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C Nº 111, par. 115 e *Caso Velez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, *supra*, par. 220.

236. Cf. Protocolo 4 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais, Artigo 4: “A expulsão coletiva de estrangeiros é proibida”; Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Artigo 12.5: “*The mass expulsion of non-nationals shall be prohibited. Mass expulsion shall be that which is aimed at national, racial, ethnic or religious groups*”; Carta Árabe de Direitos Humanos, Artigo 26.2: “[...] *Collective expulsion is prohibited under all circumstances*”; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, Artigo 22.1: “Os trabalhadores migrantes e os membros da sua família não podem

171. No marco do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, a Corte considera que o caráter “coletivo” de uma expulsão implica uma decisão que não desenvolve uma análise objetiva das circunstâncias individuais de cada estrangeiro e, desse modo, recai em arbitrariedade. No mesmo sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos determinou que uma expulsão coletiva de estrangeiros é:<sup>237</sup>

Qualquer [decisão] tomada por uma autoridade competente que obrigue os estrangeiros, como grupo, a abandonar o país, exceto quando tal medida seja tomada depois de, ou em base a, um exame razoável e objetivo dos casos particulares de cada estrangeiro do grupo.

172. Além disso, considerando essa definição, apenas o número de estrangeiros objeto de decisões de expulsão não é o critério fundamental para a caracterização de uma expulsão coletiva.<sup>238</sup>

173. No mesmo sentido, o Comitê das Nações Unidas sobre a Eliminação da Discriminação Racial indicou em sua Recomendação Geral nº 30 que os Estados Partes da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial devem:

Garantir que os não cidadãos não serão objeto de uma expulsão coletiva, em particular quando não haja garantias suficientes de que foram levadas em consideração as circunstâncias pessoais de cada uma das pessoas afetadas.<sup>239</sup>

174. Ademais, a Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em seu Relatório sobre Direitos dos Não Cidadãos, destacou que:

O procedimento de expulsão de um grupo de não cidadãos deve apoiar-se em garantias suficientes que demonstrem que as circunstâncias pessoais de cada um destes não cidadãos afetados foram genuína e individualmente levadas em conta.<sup>240</sup>

175. Em vista disso, em atenção tanto à normativa interna vigente na República Dominicana como ao Direito Internacional, um processo que possa resultar na expulsão ou deportação de um estrangeiro deve ser individual, de modo a avaliar as circunstâncias pessoais de cada sujeito e cumprir a proibição de expulsões coletivas. Além disso, este procedimento não deve discriminar em razão de nacionalidade, cor, raça, sexo, idioma, religião, opinião política, origem social ou outro *status*,<sup>241</sup> e deve observar as seguintes garantias mínimas em relação ao estrangeiro:

- i) ser informado expressa e formalmente sobre as acusações contra ele e sobre os motivos da expulsão ou deportação.<sup>242</sup> Essa notificação deve incluir informação sobre seus direitos, tais como:
  - a. a possibilidade de expor suas razões e opor-se às acusações contra ele,<sup>243</sup>
  - b. a possibilidade de solicitar e receber assistência consular,<sup>244</sup> assessoria jurídica<sup>245</sup> e, se for o caso, tradução ou interpretação;<sup>246</sup>
- ii) em caso de decisão desfavorável, deve ter direito a submeter seu caso à revisão perante a autoridade competente e apresentar-se perante ela para tal fim<sup>247</sup>, e

---

ser sujeitados a medidas de expulsão coletiva. Cada caso de expulsão será examinado e decidido individualmente”. Ver também Comitê de Direitos Humanos de Nações Unidas, Observação Geral nº 15, par. 10: “O artigo 13 regulamenta diretamente apenas o procedimento e não os fundamentos substantivos da expulsão. [...] Por outro lado, outorga a cada estrangeiro o direito a que se adote uma decisão em seu próprio caso e, portanto, o artigo 13 não se cumpre com leis ou decisões que disponham expulsões coletivas ou em massa”; Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, Observações Finais sobre a República Dominicana, UN Doc CERD/C/DOM/CO/12, 16 de maio de 2008, par. 13: “Ao Comitê lhe preocupa a informação recebida de que aparentemente os migrantes de origem haitiana, documentados ou indocumentados, são detidos e deportados coletivamente (repatriações) ao Haiti sem que se respeitem suas garantias processuais (art. 5 a) e 6)”.

237. Cf. TEDH, *Andric Vs. Suécia*, nº 45917/99. Primeira Câmara. Decisão de 23 de fevereiro de 1999, par. 1, *Caso Conka Vs. Bélgica*, nº 51564/99. Terceira Câmara. Sentença de 5 de fevereiro de 2002, par. 59.

238. Cf. TEDH, *Hirsi Jamaa Vs. Itália*, No 27765/09. Grande Câmara. Sentença de 23 de fevereiro de 2012, par. 184.

239. Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, *Recomendação Geral nº XXX: Discriminação contra os não cidadãos*, 4 de maio de 2005, par. 26.

240. Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. “*Os Direitos dos Não Cidadãos*”, 2006, página 20.

241. Comitê de Direitos Humanos. *Observação Geral nº 15, supra*, pars. 9 e 10; Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, *Recomendação Geral nº XXX, supra*, par. 25.

242. Cf. Comissão de Direito Internacional. *Expulsão de estrangeiros, supra*, artigo 26.

243. Cf. Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral nº 15, supra*, par. 10; Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Comunicação nº 159/96, *supra*, par. 20; Comissão de Direito Internacional. *Expulsão de estrangeiros, supra*, artigo 26.

244. Cf. Convenção de Viena sobre Relações Consulares, Artigo 36.1.b); *O Direito à Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal, supra*, par. 106; Comissão de Direito Internacional. *Expulsão de estrangeiros, supra*, artigo 26, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, pars. 152, 153 e 158.

245. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, supra*, par. 126, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 146.

246. Cf. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Comunicação nº 159/96, *supra*; Comissão de Direito Internacional. *Expulsão de estrangeiros, supra*, artigo 26.

247. Cf. Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral nº 15, supra*, par. 10, e Comissão de Direito Internacional. *Expulsão de estrangeiros, supra*, artigo 26.

iii) a eventual expulsão apenas poderá realizar-se depois de uma decisão fundamentada conforme a lei e devidamente notificada.<sup>248</sup>

e) *Conclusões*

176. Do exposto acima, decorre que a expulsão dos nove migrantes haitianos não seguiu os padrões internacionais na matéria nem os procedimentos previstos na normativa interna. Não foi dada aos migrantes haitianos nenhuma das garantias mínimas que lhes eram de direito como estrangeiros. Portanto, a Corte considera que a República Dominicana violou o direito ao devido processo e as garantias judiciais, previstos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Rose-Marie Petit-Homme, Joseph Pierre, Renaud Tima, Selafoi Pierre, Sylvie Felizor, Roland Israel, Rose Marie Dol, Josier Maxime e Sonide Nora.<sup>249</sup>
177. Além disso, a Corte constata que não se observaram os requisitos estabelecidos tanto pela legislação dominicana e o Protocolo de Entendimento entre Haiti e República Dominicana, como pelo Direito Internacional, durante a expulsão dos nove migrantes haitianos. Esta atuação corrobora a conclusão do Relator Especial sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância, e da Especialista Independente sobre questões das minorias, sobre a existência de expulsões injustificadas e violatórias dos direitos de migrantes haitianos considerados ilegais por funcionários estatais.<sup>250</sup>
178. Em vista disso, a Corte conclui que o Estado tratou os migrantes como um grupo, sem individualizá-los ou dar-lhes um tratamento diferenciado como seres humanos e levando em consideração suas eventuais necessidades de proteção. O fato em questão representou uma expulsão coletiva, em violação do artigo 22.9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação à obrigação de respeitar os direitos, estabelecida no artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Rose-Marie Petit-Homme, Joseph Pierre, Renaud Tima, Selafoi Pierre, Sylvie Felizor, Roland Israel, Rose Marie Dol, Josier Maxime e Sonide Nora.

### VII-3

#### Direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial

179. Em primeiro lugar, a Corte resumirá as alegações das partes relacionadas com a atuação da jurisdição militar e a impunidade dos fatos. A seguir, a Corte fará algumas considerações gerais sobre os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, e posteriormente se pronunciará sobre a alegada violação destes direitos dentro dos trâmites realizados perante a justiça militar dominicana.

#### A. Alegações

180. A *Comissão* afirmou que a jurisdição militar é incompetente para investigar os fatos do presente caso, posto que esta deve ser usada “unicamente no caso de ofensas contra bens jurídicos penais castrenses, por ocasião das particulares funções de defesa e segurança do Estado, e nunca para investigar violações de direitos humanos”. Além disso, considerou que o tribunal militar não foi imparcial nem independente no exercício de suas funções, por diversas razões como: a) a falta de acesso e participação dos familiares das vítimas e dos sobreviventes à investigação; b) apenas foram tomadas declarações dos militares envolvidos, do condutor do veículo e de um dos sobreviventes; c) os militares envolvidos se encontram em liberdade, apesar de terem sido identificados e de terem admitido que dispararam no dia dos fatos; d) as falhas na proteção da cena do crime, nas provas de balística e nas autópsias sobre os cadáveres; e) a investigação não estabeleceu se o uso da força atendeu aos princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade, e f) “as execuções arbitrárias e extrajudiciais, assim como os ferimentos produzidos por disparos de arma de fogo nos sobreviventes não podem ser considerados como delitos de função, mas violações graves aos direitos humanos e, portanto, a investigação dos fatos [...] deveria realizar-se no foro ordinário”. Por outro lado, a República Dominicana não ofereceu uma explicação satisfatória dos fatos, nem afastou, com base em elementos probatórios, as alegações sobre sua responsabilidade e, portanto, violou os artigos 8 e 25 em relação ao artigo 1.1 da Convenção.

248. Cf. Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral nº 15*, *supra*, par. 10, e Comissão de Direito Internacional. *Expulsão de estrangeiros*, *supra*, artigo 26.

249. Nota 92 *supra*.

250. Relatório conjunto do Relator Especial sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância, e da Especialista Independente sobre questões das minorias. Conselho de Direitos Humanos. UN Doc A/HRC/7/19/Add.5 e A/HRC/7/23/Add.3, 18 de março de 2008, págs. 19 e 20 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, folhas 1494 e 1495).

181. *Os representantes* afirmaram que o Estado não realizou uma investigação exaustiva, séria e imparcial sobre os fatos do presente caso. Acrescentaram que os tribunais militares carecem da independência e imparcialidade necessárias para investigar e julgar as violações de direitos humanos cometidas por membros das Forças Armadas. Além disso, indicaram que o fato de não ter existido uma investigação perante o foro ordinário perpetua um clima de impunidade, o que é violatório dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em relação ao artigo 1.1 da mesma.
182. O *Estado* afirmou, em suas alegações finais escritas, que “cumprir sua obrigação de investigar os fatos do caso. As investigações [...] responderam a um critério fundamentado em imparcialidade, objetividade e busca da verdade. De igual maneira, foi atribuída competência tanto à jurisdição [...] ordinária como à jurisdição [...] militar, procedendo as mesmas a levar a cabo as investigações necessárias, o processamento e a posterior decisão de cada caso”. Além disso, o Estado argumentou durante a audiência pública que, “conforme o artigo 8 do Código de Justiça das Forças Armadas, as vítimas podem receber o ressarcimento econômico [...] perante a jurisdição civil ordinária”.

### **B. Considerações da Corte**

183. A Corte estabeleceu anteriormente que existe um dever geral de garantia derivado do artigo 1.1 da Convenção Americana e que se encontra estreitamente relacionado às demais obrigações estabelecidas nesse instrumento.<sup>251</sup> A obrigação de investigar os fatos que constituem violações de direitos humanos faz parte das obrigações derivadas do dever de garantir os direitos consagrados na Convenção.<sup>252</sup>
184. Com efeito, esse dever jurídico fundamental compreende “prevenir razoavelmente as violações de direitos humanos e investigar seriamente, com os meios a seu alcance, as violações que se tenham cometido dentro do âmbito de sua jurisdição”, de maneira que se possa identificar e punir os perpetradores da violação e reparar as vítimas.<sup>253</sup>
185. Essas funções devem estar a cargo de juízes que sejam independentes e imparciais no conhecimento das violações de direitos humanos. Por essa razão, deve-se garantir que os juízes “não tenham um interesse direto, uma posição tomada, uma preferência por alguma das partes e que não se encontrem envolvidos na controvérsia”.<sup>254</sup>
186. De acordo com as considerações anteriores, este Tribunal deve determinar se, no presente caso, o Estado incorreu em violações aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados nos artigos 2, 8 e 25 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, tendo em conta que a investigação dos fatos e a decisão final de absolver os supostos responsáveis esteve exclusivamente a cargo de órgãos da jurisdição militar.

#### **1. A jurisdição militar não pode ser o foro competente em matéria de direitos humanos**

187. Em um Estado democrático de direito, a justiça penal militar deve ser restritiva e excepcional, de maneira que se aplique unicamente na proteção de bens jurídicos especiais, de caráter castrense, e que tenham sido violados por membros das forças militares no exercício de suas funções.<sup>255</sup> Além disso, é jurisprudência constante desta Corte que a jurisdição militar não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos, mas o processamento dos responsáveis cabe sempre à justiça ordinária.<sup>256</sup> Essa conclusão se aplica a todas as violações de direitos humanos.
188. Esta jurisprudência constante da Corte também indicou que a jurisdição militar não satisfaz os requisitos de independência e imparcialidade estabelecidos na Convenção.<sup>257</sup> Em particular, a Corte advertiu que, quando os funcionários da jurisdição penal militar que têm a seu cargo a investigação dos fatos são membros das Forças Armadas em serviço ativo, não estão em condições de prestar um parecer independente e imparcial.<sup>258</sup>

251. Cf. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de Setembro de 2006. Série C Nº 155, par. 73, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia, supra*, par. 126.

252. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito, supra*, pars. 166 e 176, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela, supra*, par. 174.

253. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito, supra*, par. 174, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia, supra*, par. 186.

254. Cf. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, supra*, par. 146, e *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, supra*, par. 117.

255. Cf. *Caso Durand e Ugarte Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C Nº 68. Par. 117, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia, supra*, par. 240.

256. Cf. *Caso La Cantuta Vs. Peru, supra*, par. 142, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia, supra*, par. 240.

257. Cf. *Caso Castillo Petruzzi e Outros Vs. Peru, supra*, párr 132, e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México, supra*, par. 198.

258. Cf. *Caso Durand e Ugarte Vs. Peru. Mérito, supra*, par. 125.

189. De igual forma, a Corte estabeleceu que os recursos perante o foro militar não são efetivos para resolver casos de graves violações aos direitos humanos e, muito menos, para estabelecer a verdade, julgar os responsáveis e reparar as vítimas, razão pela qual não podem ser considerados efetivos os recursos que, por diversas circunstâncias, resultem ilusórios, como quando existe uma carência de independência e imparcialidade do órgão judicial.
190. No presente caso, as privações arbitrárias da vida, as execuções extrajudiciais e os ferimentos dos sobreviventes haitianos cometidos por pessoal militar são atos que não possuem, em nenhum caso, relação com a disciplina ou a missão castrense. Ao contrário, estes atos afetaram bens jurídicos tutelados pelo direito penal interno e pela Convenção Americana, como a vida e a integridade pessoal (pars. 97 e 98 *supra*). É evidente que tais condutas são abertamente contrárias aos deveres de respeito e proteção dos direitos humanos e, portanto, encontram-se excluídas da competência da jurisdição militar.
191. Como em casos anteriores,<sup>259</sup> a Corte considerou que, ante a conclusão de que a justiça penal militar não é competente, não é necessário se pronunciar a respeito de outras alegações sobre independência ou imparcialidade do foro militar ou sobre a eventual violação de outros parâmetros dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial. Não obstante isso, a Corte considera necessário destacar algumas das irregularidades no processo que derivaram na impunidade dos responsáveis no presente caso.
192. Nesse sentido a Corte observa, *inter alia*, que: a) a investigação esteve a cargo de funcionários e juízes militares (par. 56 a 62 *supra*); b) não há registros de nenhum relatório de balística; c) não foi permitida a participação das supostas vítimas no processo; d) o Estado não individualizou as pessoas feridas na investigação, de maneira que tais fatos ficaram impunes (par. 58 *supra*); e) da prova apresentada perante a Corte não se deduz que o pedido de prisão contra os militares acusados tenha sido cumprido (par. 58 *supra*), e f) a investigação não estabeleceu se o uso da força atendeu aos princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade.
193. Além disso, com respeito às decisões judiciais adotadas, a Corte nota que a sentença do Conselho de Guerra de Apelação Misto que absolveu os três militares que haviam sido condenados em primeira instância simplesmente ordenou a “absolvição” dos acusados, com base nos artigos 321 e 327 do Código Penal Dominicano. A esse respeito, a Corte observa que o artigo 321 se refere a causas de desqualificação do delito de homicídio, se este foi precedido de “provocação, ameaças ou violências graves” (par. 62 *supra*). No presente caso, foi demonstrado que as vítimas em nenhum momento ofereceram qualquer resistência ou perigo aos militares, um fato confirmado pelos próprios militares durante os interrogatórios realizados quando da investigação dos fatos (par. 83 *supra*). Por outro lado, a Corte destaca que o artigo 327, referido pelo Conselho de Guerra de Apelação Misto em sua sentença, havia sido derogado pela Lei 24-97 de 28 de janeiro de 1997 (par. 62 *supra*).
194. Adicionalmente, a Corte considerou provado que o Juízo de Instrução do Distrito Judicial de Montecristi denegou o pedido dos familiares de pessoas falecidas, de 30 de setembro de 2002, para que se iniciasse uma investigação na jurisdição ordinária (pars. 63 e 64 *supra*). Além disso, a decisão da Suprema Corte de Justiça de 3 de janeiro de 2005 rejeitou a demanda de designação de juiz, solicitando o traslado do conhecimento à justiça ordinária, em desconhecimento do padrão convencional que restringe a jurisdição militar. Em atenção ao exposto, a Corte considera que ambas as decisões judiciais obstaculizaram a participação dos familiares das pessoas falecidas em sua qualidade de vítimas.
195. Por outro lado, a Corte recorda que o princípio de “coisa julgada” implica a intangibilidade de uma sentença apenas quando se chega a esta respeitando-se o devido processo, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal na matéria.<sup>260</sup> Especificamente em relação à figura da coisa julgada, a Corte explicou que o princípio *ne bis in idem* não é aplicável quando o procedimento que culmina com o arquivamento da causa ou com a absolvição do responsável de uma violação aos direitos humanos e subtrai o acusado de sua responsabilidade penal não é instruído independentemente ou imparcialmente, de acordo com as devidas garantias processuais, ou quando não há a real intenção de submeter o responsável à ação da justiça.<sup>261</sup>
196. Além disso, a Corte considera que ocorre o fenômeno de coisa julgada “aparente”-quando da análise fática é evidente que a investigação, o procedimento e as decisões judiciais não pretendiam realmente esclarecer os

259. Cf. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, *supra*, par. 124, e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, *supra*, par. 201.

260. Cf. *Caso Carpio Nicolle e outros Vs. Chile*, *supra*, pars. 131 e 132; *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 154, e *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*, *supra*, par. 197.

261. Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 154.

fatos, mas alcançar a absolvição dos acusados; e considera também que os funcionários judiciais careciam dos requisitos de independência e imparcialidade.<sup>262</sup>

197. No presente caso, a aplicação de fundamentos improcedentes na decisão do Conselho de Guerra de Apelação (par. 193 *supra*) resultou na retirada dos supostos responsáveis da ação da justiça e deixou os fatos do caso na impunidade. Adicionalmente, a intervenção do foro militar na investigação dos fatos violou os parâmetros de excepcionalidade e de restrição que a caracterizam e significou a aplicação de um foro pessoal que atuou sem tomar em conta a natureza dos atos envolvidos. Ambas as circunstâncias violam as exigências da justiça e os direitos das vítimas, do que a Corte conclui que a decisão do Conselho de Guerra de Apelação não pode ser considerada como um obstáculo legal à promoção da ação penal nem como sentença definitiva.<sup>263</sup>
198. Esta conclusão é válida, no presente caso, ainda quando o fato estava na etapa de investigação por parte da Junta Mista de Investigação Militar. Como decorre dos critérios indicados, a incompatibilidade da Convenção Americana com a intervenção do foro militar, neste tipo de casos, não se refere unicamente ao ato de julgar, a cargo de um tribunal, mas fundamentalmente à própria investigação, dado que sua atuação constitui o início e o pressuposto necessário para a posterior intervenção de um tribunal incompetente. Com base no anterior, a Corte conclui que o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos familiares das pessoas falecidas (Anexo A *infra*).

## 2. Impunidade dos infratores e acesso à justiça

199. A Corte indicou que do artigo 8 da Convenção decorre que as vítimas de violações de direitos humanos, ou seus familiares, devem contar com amplas possibilidades de serem ouvidos e de atuar nos respectivos processos, tanto na busca do esclarecimento dos fatos e do castigo dos responsáveis, como na busca por uma devida reparação.<sup>264</sup> Nesse sentido, a Corte observou que, em um caso de execução extrajudicial, os direitos afetados cabem aos familiares da vítima falecida, que são a parte interessada na busca de justiça e a quem o Estado deve prover recursos efetivos para garantir o acesso à justiça, a investigação e, se for o caso, a eventual punição dos responsáveis e a reparação integral das consequências das violações.<sup>265</sup>
200. Além disso, a Corte destacou reiteradamente que,

[...] quando os tribunais militares conhecem de atos constitutivos de violações de direitos humanos contra civis, exercem jurisdição não apenas a respeito do acusado, o qual necessariamente deve ser uma pessoa com status de militar na ativa, mas também sobre a vítima civil, que tem direito a participar no processo penal não apenas para efeitos da respectiva reparação do dano, mas também para tornar efetivos seus direitos à verdade e à justiça [...]. Nesse sentido, as vítimas de violações de direitos humanos e seus familiares têm direito a que tais violações sejam conhecidas e resolvidas por um tribunal competente, de acordo com o devido processo e o acesso à justiça. A importância do sujeito passivo ultrapassa a esfera do âmbito militar, já que se encontram envolvidos bens jurídicos próprios do regime ordinário.<sup>266</sup>

201. Da prova disponível nos autos, a Corte nota que a normativa vigente no momento dos fatos e sua aplicação pelos tribunais internos não excluía os fatos do caso da jurisdição militar (par. 209 *infra*). Além disso, tanto o Juízo de Instrução do Distrito Judicial de Montecristi como a Suprema Corte de Justiça rejeitaram os recursos interpostos pelos familiares das vítimas falecidas para que o caso fosse investigado e julgado pela jurisdição ordinária (pars. 63 e 64 *supra*). No mesmo sentido, a Corte destaca que o procedimento penal militar não permitia a participação dos familiares das vítimas, visto que o artigo 8 da Lei nº 3.483 dispunha que “ninguém pode se constituir em parte civil perante os tribunais militares”.<sup>267</sup> Por outro lado, a Corte constata que os ferimentos causados aos sobreviventes haitianos não foram investigados ou julgados por parte do Estado (par. 98 *supra*) e que, passados mais de 12 anos de ocorridos os fatos, nenhuma pessoa foi condenada e os responsáveis pelos fatos se encontram em total impunidade. Tudo isso privou os familiares das vítimas falecidas e os sobreviventes feridos do acesso à justiça e violou o direito às garantias judiciais e

262. Cf. *Caso Carpio Nicolle e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 131, e *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 154.

263. Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, *supra*, par. 154.

264. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*, *supra*, par. 227, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 207.

265. Cf. *Caso Durand e Ugarte Vs. Peru. Mérito*, *supra*, par. 130, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 200.

266. Cf. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra*, par. 275, e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, *supra*, par. 197.

267. Lei nº 3483, de 1953, *supra*, folha 4056.

à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em seu detrimento (Anexo A *infra*).

#### VII-4

#### Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

202. A seguir, a Corte analisará as alegações sobre o dever de adotar disposições de direito interno e as reformas legislativas implementadas na República Dominicana, com o fim de determinar se, no presente caso, houve uma violação da referida obrigação estatal.

#### A. Alegações

203. A *Comissão* observou que a norma que estabelecia a competência da jurisdição militar para o conhecimento do caso era ampla e permitia incluir qualquer atividade realizada por um militar em serviço, posto que não determinava “claramente e sem ambiguidade quais [eram] os delitos considerados dentro da função militar, estabelecendo a relação direta e próxima com esta função ou com a lesão de bens jurídicos próprios da ordem militar”. Além disso, afirmou que não existia outra norma que detalhasse ou explicasse o tema com maior clareza, de modo que o Estado violou o artigo 2 em relação aos artigos 8 e 25 da Convenção.

204. Os *representantes* concordaram com a Comissão a respeito da ambiguidade da legislação dominicana que não especificava os delitos considerados dentro da função militar, e alegaram que, pela simples existência das normas imperantes na época na República Dominicana e que permitiram o julgamento de violações de direitos humanos pela justiça militar, o Estado violou “os artigos 8 e 25 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma”. Por outro lado, os representantes alegaram a violação dos mesmos artigos da Convenção porque o Estado não suprimiu as normas que violariam a Convenção e por não ter realizado um controle de convencionalidade (controle da Convenção Americana) da legislação dominicana pertinente em seu momento.

205. O *Estado* afirmou em suas alegações finais orais e escritas que, posteriormente aos fatos do presente caso, foram realizadas mudanças na legislação nacional, como a aprovação da Lei nº 76-02, em 2 de julho de 2002, que instituiu o Código Processual Penal. Esta norma modificou “o artigo 3 da Lei especial nº 3483, de 13 de fevereiro de 1953”, a qual havia servido de suporte legal para julgar os membros da patrulha atuante perante a jurisdição militar. Segundo o Estado, a nova Lei estabelece a competência única e exclusiva dos tribunais penais militares para conhecer de infrações de tipo disciplinar, puramente militar, de maneira que as condutas tipificadas como tipos penais, cometidas por militares, serão de conhecimento da jurisdição ordinária.

206. Ademais, o Estado afirmou que, obedecendo ao mandato do artigo 2 da Convenção, em janeiro de 2010 modificou-se o texto da Constituição Nacional Dominicana, cujo artigo 254 agora estabelece que a jurisdição militar apenas pode conhecer de casos relacionados a infrações militares previstas nas leis sobre a matéria, e que as Forças Armadas terão um regime disciplinar militar aplicável às faltas que não constituam infrações do regime penal militar.

#### B. Considerações da Corte

207. A Corte reitera que o artigo 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da Convenção Americana contempla o dever geral dos Estados Parte de adequar seu direito interno às disposições da mesma para garantir os direitos nela consagrados. A Corte estabeleceu que este dever implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por um lado, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que signifiquem violação às garantias previstas na Convenção. Por outro, a aprovação de normas e o desenvolvimento de práticas dirigidas ao efetivo cumprimento destas garantias.<sup>268</sup>

208. Com respeito ao dever de adotar medidas legislativas ou de outro caráter para garantir o pleno exercício e gozo dos direitos humanos consagrados na Convenção, este Tribunal estabeleceu que não basta que a legislação nacional determine as causas e competências dos tribunais militares, mas que, além desta disposição, a legislação deve estabelecer claramente quem são militares, quais são as condutas delitivas típicas no âmbito especial militar, determinar a antijuridicidade da conduta ilícita, através da descrição da

268. Cf. *Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru*, *supra*, par. 207, e *Caso Fornerón Vs. Argentina*, *supra*, par. 131.

lesão ou do perigo de bens jurídicos militares gravemente atacados, para os quais se justifique o exercício do poder punitivo militar, e especificar a punição correspondente.<sup>269</sup>

209. Em primeiro lugar, a Corte observa que a intervenção da jurisdição militar se baseou no artigo 3 da Lei nº 3483 de 1953, que instituiu o Código de Justiça das Forças Armadas, o qual estabelecia o seguinte:

Artigo 3

As jurisdições militares são competentes para conhecer das infrações especiais de ordem militar previstas no livro segundo do presente Código, salvo as exceções nele estabelecidas.

Serão julgados pelas jurisdições militares as infrações de toda espécie cometidas por militares ou semelhantes nos quartéis, acampamentos e quaisquer outros recintos ou estabelecimentos militares ou navais, ou a bordo de navios ou aeronaves do Estado.

São também de competência das jurisdições militares as infrações cometidas por militares no exercício de suas funções, seja qual for o lugar onde forem cometidas. [...]

Todos os demais crimes, delitos ou contravenções cometidos por militares ou semelhantes serão julgados por tribunais ordinários, conforme as disposições do Código de Procedimento Criminal, do Código Penal e das Leis penais de direito comum.

210. A esse respeito, a Corte observa que a disposição do referido artigo 3 do Código de Justiça das Forças Armadas (par. 57 *supra*), vigente no ano 2000, operava como uma regra e não como uma exceção, esta última característica indispensável da jurisdição militar para encontrar-se em conformidade com os padrões estabelecidos por esta Corte.<sup>270</sup> Em seu relatório sobre a capotagem do caminhão de 23 de julho de 2000, a Junta Mista de Investigação justificou a competência da jurisdição militar com base no referido artigo 3. Este relatório foi então remetido pelo Secretário das Forças Armadas ao Promotor do Conselho de Guerra de Primeira Instância e serviu como base do auto introdutório perante este mesmo Conselho de Guerra (par. 59 *supra*).

211. Posteriormente, no ano de 2005, a Suprema Corte da República Dominicana confirmou a competência do foro militar, utilizando como justificativa os artigos 28 da Lei nº 834, de 15 de julho de 1978,<sup>271</sup> e 382 do Código de Procedimento Criminal de 1884.<sup>272</sup> Isto é, a Suprema Corte não analisou as referidas normas e o artigo 3 da Lei nº 3.483 à luz da Convenção Americana e da jurisprudência constante da Corte Interamericana, desde o Caso Durand e Ugarte,<sup>273</sup> sobre a falta de competência da jurisdição penal militar para julgar violações de direitos humanos e o alcance restritivo e excepcional que deve ter nos Estados que ainda a conservem. Ademais, é importante indicar que esta Corte já havia estabelecido que, em razão do bem jurídico lesado, a jurisdição militar não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos, e que no foro militar apenas se pode julgar a militares ativos pelo cometimento de delitos ou de faltas que por sua própria natureza afetem bens jurídicos próprios da ordem militar.<sup>274</sup> Em atenção ao exposto, a Corte conclui que tanto as atuações dos militares durante a investigação e o processamento do caso perante o foro militar, bem como as dos tribunais internos ordinários, rerepresentaram um claro descumprimento da obrigação contida no artigo 2 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 8 e 25 do mesmo instrumento.

### 1. Reformas legislativas

212. O Estado informou a esta Corte sobre mudanças ocorridas nas normas constitucionais e legislativas entre os anos de 2002 e 2010.

213. No plano legislativo, o Código Processual Penal de 2002 prevê o seguinte:<sup>275</sup>

269. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, *supra*, par. 127, e *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, *supra*, par. 110.

270. *Cf. Caso Durand e Ugarte Vs. Peru. Mérito*, *supra*, par. 117, e *Caso Cabrera García e Montiel Vs. México*, *supra*, par. 206.

271. Lei nº 834 de 15 de julho de 1978, Art. 28: “Se o litígio está pendente perante duas jurisdições do mesmo grau igualmente competentes para conhecê-lo, a jurisdição cuja competência foi atribuída em segundo lugar deve desapoderar-se em benefício da outra se uma das partes o solicitar. Na sua falta, pode fazê-lo de ofício”.

272. Código de Procedimento Criminal de 1884, Art. 382: “Em matéria criminal ou correccional, a Suprema Corte de Justiça designará os juizes, e em matéria de simples assunto policial, os tribunais de primeira instância o farão, cada vez que os juizes de instrução e os tribunais correccionais e criminaes, bem como os juizes de policia que não dependam uns dos outros, tenham competência sobre o mesmo delito ou delitos conexos ou a mesma contravenção”.

273. *Cf. Caso Durand e Ugarte Vs. Peru. Mérito*, *supra*, pars. 116, 117, 125 e 126, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, *supra*, par. 240.

274. *Cf. Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru*, *supra*, par. 128, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, *supra*, par. 240.

275. Código Processual Penal Dominicano, Lei nº 76/02, de 19 de julho de 2002 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado,

Art. 57.- É da competência exclusiva e universal das jurisdições penais o conhecimento e a decisão de todas as ações e omissões puníveis previstas no Código Penal e na legislação penal especial, e a execução de suas sentenças e decisões, conforme estabelece este código.

As normas de procedimento estabelecidas neste código se aplicam à investigação, conhecimento e decisão de qualquer fato punível, sem importar sua natureza nem a pessoa acusada, incluindo os membros das Forças Armadas e da Polícia Nacional, ainda quando os fatos puníveis que lhes são atribuídos tenham sido cometidos no exercício de suas funções e sem prejuízo das faculdades estritamente disciplinares dos corpos a que pertencem. [...]

214. A referida norma do novo Código Processual Penal foi complementada com a aprovação da Lei nº 278/2004, de 23 de agosto de 2004, sobre “A Implementação do Processo Penal instituído pela Lei nº 76-02”.<sup>276</sup> Esta Lei, em seu artigo 15, determina que:

Artigo 15. Derrogações. Ficam derogadas, com todas as suas modificações e disposições complementares, as seguintes disposições legais:

[...]

13. Todas as normas processuais referentes ao julgamento penal dos membros da Polícia Nacional e/ou das Forças Armadas, incluídas no Código de Justiça Policial, contido na Lei nº 285 de 29 de junho de 1966 e no Código de Justiça das Forças Armadas, contido na Lei nº 3483 de 13 de Fevereiro de 1953 e suas respectivas modificações, bem como qualquer outra lei que estabeleça normas neste sentido. Tudo sem prejuízo das faculdades disciplinares conferidas aos órgãos internos das referidas instituições.

Ficam igualmente derogadas e anuladas todas as disposições legais, assim como todas as normas processuais penais previstas em leis especiais que sejam contrárias a esta lei.

215. No mesmo sentido, a Constituição Nacional de 2010 dispõe em seu artigo 254 que “[a] jurisdição militar apenas tem competência para conhecer das infrações militares previstas nas leis sobre a matéria. As Forças Armadas terão um regime disciplinar militar aplicável às faltas que não constituam infrações do regime penal militar.”<sup>277</sup> Além disso, o Regulamento Militar Disciplinar das Forças Armadas, adotado por meio do Decreto nº 2/08, de 2008, dispõe o seguinte:

Artigo 52. - Os fatos cometidos por membros das Forças Armadas que constituam crimes e delitos serão do âmbito do Direito Penal ordinário ou militar e, portanto, serão conhecidos e sancionados pelos organismos competentes, conforme as leis e disposições vigentes.

## 2. Conclusões

216. A Corte recorda que o artigo 2 da Convenção Americana estabelece a obrigação geral de todo Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições da mesma para garantir os direitos nela reconhecidos, o que implica que as medidas de direito interno não de ser efetivas (princípio de *effet utile*).<sup>278</sup> Portanto, a Corte reitera que à época dos fatos o Estado descumpriu a obrigação contida no artigo 2 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 8 e 25 do mesmo instrumento.
217. Entretanto, as reformas normativas ocorridas na República Dominicana entre os anos de 2002 e 2010 determinam a competência da jurisdição ordinária para julgar os delitos cometidos por pessoal militar, e, por outro lado, estabelecem a excepcionalidade da jurisdição militar exclusivamente para as faltas disciplinares e infrações de natureza estritamente militar. Assim, a Corte conclui que com a atual legislação dominicana o Estado corrigiu seu dever de adotar disposições de direito interno, previsto no artigo 2 da Convenção Americana.

tomo VII, folha 3753). Além disso, a Corte nota que o Código Processual Penal apenas entrou em vigência 24 meses depois de sua publicação, isto é, em 19 de julho de 2004, e apenas para os casos que se iniciaram a partir da referida data. Ver Art. 449.- Disposições Finais. i. Vigência. Este código entrará em vigência plena vinte e quatro meses depois de sua publicação e se aplicará a todos os casos que se iniciem a partir do vencimento deste prazo.

276. Lei nº 278/04 Sobre a Implementação do Processo Penal instituído pela Lei nº 76-02, de 23 de agosto de 2004. Disponível em [http://www.suprema.gov.do/consultas/leis/detalhe\\_leis.aspx?ID=420](http://www.suprema.gov.do/consultas/leis/detalhe_leis.aspx?ID=420) (última consulta em 20 de outubro de 2012).

277. Constituição da República Dominicana. Publicada na Gaceta Oficial nº 10561, de 26 de janeiro de 2010 (expediente de anexos às alegações finais escritas dos representantes, folha 4212).

278. Cf. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, pars. 68 e 69, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina, supra*, par. 130.

## VII-5

**Dever de Respeitar e Garantir os Direitos sem Discriminação**

218. A seguir, a Corte exporá as alegações sobre igualdade perante a lei e não discriminação, bem como sobre a suposta violação do reconhecimento da personalidade jurídica, para determinar se, no presente caso, configura-se a violação dos artigos 1.1, 3 e 24 da Convenção Americana.

**A. Alegações**

219. A *Comissão* argumentou que, na época em que ocorreram os fatos, existia na República Dominicana um contexto de racismo, discriminação e “práticas anti-haitianas”. A Comissão considerou que “o uso excessivo da força utilizada por agentes estatais, que teve como consequência as execuções extrajudiciais e os ferimentos das vítimas haitianas, a total impunidade dos responsáveis pelo fatos, assim como a expulsão do país das vítimas sem oferecer acesso às garantias judiciais e à proteção judicial são, em si mesmos, contrários aos artigos 24 e 1.1 da Convenção Americana”. A Comissão argumentou que se violou a integridade pessoal dos sobreviventes pela falta de entrega dos restos das pessoas falecidas a seus familiares, o que constitui um sofrimento e angústia adicional em seu prejuízo. Da mesma forma, violou-se este direito pelo temor que os sobreviventes sentiram depois da perseguição e dos tiros, por terem sido obrigados a carregar os corpos dos mortos e dos feridos graves, e por terem sido detidos por agentes estatais sem saber seu destino, por terem sido levados a dois centros de detenção sem informação sobre seus direitos, por terem sido ameaçados de que seriam obrigados a realizar trabalhos forçados e por não terem garantias judiciais.
220. Os *representantes* concordaram com as alegações da Comissão a respeito de que os fatos ocorreram sob um contexto generalizado de discriminação estrutural que se encontra instalado na República Dominicana, e que o massacre é o resultado de um ambiente de racismo contra os imigrantes haitianos, tolerado pelo Estado.
221. Acrescentaram que, em geral, as vítimas foram submetidas a atos de violência e de marginalização por parte dos agentes do Estado em distintos momentos: i) durante a perseguição e as execuções extrajudiciais por parte dos militares; ii) durante o processo de deportação dos sobreviventes, as expulsões foram executadas de maneira sumária e em grupo, sem oferecer a eles a possibilidade de apresentar argumentos a seu favor, de modo que tampouco houve uma individualização, por serem nacionais haitianos; iii) no tratamento das vítimas falecidas, já que os corpos foram enterrados em uma fossa comum, com exceção do nacional dominicano, que, segundo os representantes, foi entregue a seus familiares, motivos pelos quais concluíram que a “única razão manifesta em relação à conduta das autoridades dominicanas, fund[ou-se] em motivos de discriminação e xenofobia, em prejuízo das pessoas haitianas”, já que os militares se guiaram pela “cor da pele negra” e que, por essa razão, seriam “imigrantes ilegais”, tal como foi destacado em múltiplos documentos oferecidos pelo próprio Estado; iv) a Suprema Corte rejeitou transferir a jurisdição da esfera militar à ordinária para julgar os responsáveis, quando há registro de que, em ao menos um caso similar, uma vítima dominicana conseguiu da Corte Suprema o envio de seu caso dos tribunais militares aos civis,<sup>279</sup> e v) na investigação até o veredito absolutório dos responsáveis.
222. Com base nos mesmos fundamentos, os representantes alegaram a violação do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, reconhecido no artigo 3 da Convenção Americana, já que, “sem lugar a dúvidas, o Estado dominicano ignorou em termos absolutos a possibilidade de serem titulares de deveres e direitos fundamentais”. Os representantes concluíram que todas essas circunstâncias tiveram lugar “sem nenhuma formalidade. Não tinham nome, nem sequer número. Para as autoridades dominicanas estas vítimas não deveriam existir”.
223. O *Estado* manifestou na audiência que, de acordo com a análise dos fatos do caso, não se conclui que tenha existido um tratamento discriminatório em prejuízo das vítimas haitianas. Afirmou que não existe um contexto estrutural e institucionalizado de discriminação racial ou por origem contra os haitianos ou seus descendentes. Ademais, afirmou que, em nenhum momento houve a intenção de causar danos à integridade física de quem ocupava o caminhão durante a perseguição. Em geral, os haitianos indocumentados não recebem tratamentos discriminatórios, racistas ou de nenhum outro tipo que possa humilhá-los por sua condição migratória. Assegurou que 90% dos nacionais haitianos que residem na República Dominicana o fazem de maneira ilegal e, entretanto, o Estado dominicano “veio estendendo a mão amiga aos nacionais haitianos desde o ponto de vista econômico como laboral e social”.

279. A sentença da Suprema Corte de Justiça nº 4, emitida em 26 de dezembro de 2001 (caso Tyson-Morenito) é o precedente do ato de transferir um caso de tribunais militares a civis (expediente de mérito, folha 988 e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folhas 2784 a 2788).

## B. Considerações da Corte

224. A Corte estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral, cujo conteúdo estende-se a todas as disposições do tratado, já que dispõe a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos, “sem discriminação alguma”. Isto é, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório a respeito do exercício de qualquer direito garantido na Convenção é *per se* incompatível com a mesma.<sup>280</sup> O descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera-lhe responsabilidade internacional.<sup>281</sup> É por isso que existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio de igualdade e não discriminação.<sup>282</sup>
225. O princípio da proteção igualitária e efetiva da lei e de não discriminação constitui um elemento que se sobressai no sistema tutelar dos direitos humanos, consagrado em vários instrumentos internacionais<sup>283</sup> e desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*. Esse princípio estrutura a ordem jurídica pública nacional e internacional e todo o ordenamento jurídico.<sup>284</sup>
226. Agora, em relação aos artigos 1.1 e 24 da Convenção, a Corte manifestou que “a diferença entre os dois

280. Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à Naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 53, e *Caso Atala Riffo e Crianças vs Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 78.

281. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 85.

282. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 53, e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C Nº 214, par. 268.

283. Cf. *Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, *supra*, par. 269. A seguir indicam-se alguns destes instrumentos internacionais:

- Carta da OEA (artigo 3.I);
- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo II);
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1 e 24);
- Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador” (artigo 3);
- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (artigos 4.f, 6 e 8.b);
- Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (artigos I.2.a, II, III, IV e V);
- Carta das Nações Unidas (artigo 1.3);
- Declaração Universal de Direitos Humanos (artigos 2 e 7);
- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 2.2 e 3);
- Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (artigos 2.1 e 26);
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 2);
- Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 2);
- Declaração dos Direitos da Criança (Princípio 1);
- Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigos 1.1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43.1, 43.2, 45.1, 48, 55 e 70);
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigos 2, 3, 5, 7 a 16);
- Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (artigos 2 e 4);
- Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento (2.d);
- Convenção nº 97 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Trabalhadores Migrantes (revisada) (artigo 6);
- Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (artigos 1 a 3);
- Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Trabalhadores Migrantes (disposições complementares) (artigos 8 e 10);
- Convenção nº 168 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o Fomento ao Emprego e a Proteção contra o Desemprego (artigo 6);
- Proclamação de Teerã, Conferência Internacional de Direitos Humanos de Teerã, 13 de maio de 1968 (pars. 1, 2, 5, 8 e 11);
- Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial de Direitos Humanos, 14 a 25 de junho de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artigos 19 a 24; II.B.2, artigos 25 a 27);
- Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (artigos 2, 3, 4.1 e 5);
- Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância, Declaração e Programa de Ação, (parágrafos da Declaração: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 e 104);
- Convenção Relativa à Luta contra as Discriminações na Esfera do Ensino (artigos 1, 3 e 4);
- Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9);
- Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Vivem (artigo 5.1.b e 5.1.c);
- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 20 e 21);
- Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigo 14);
- Carta Social Europeia (artigo 19.4, 19.5 e 19.7);
- Protocolo No.12 ao Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigo 1);
- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (“Carta de Banjul”) (artigos 2 e 3);
- Carta Árabe sobre Direitos Humanos (artigo 2), e
- Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã (artigo 1).

284. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 101, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, *supra*, par. 79.

artigos reside em que a obrigação geral do artigo 1.1 refere-se ao dever do Estado de respeitar e garantir ‘sem discriminação’ os direitos contidos na Convenção Americana. [E]m outras palavras, se um Estado discrimina no respeito ou na garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se, ao contrário, a discriminação refere-se a uma proteção desigual da lei interna, violaria o artigo 24”<sup>285</sup>

227. No presente caso, como as partes não evidenciaram uma proteção desigual da lei interna, a Corte não se pronunciará sobre o artigo 24 da Convenção. No mesmo sentido, a Corte observa que as alegações referentes ao artigo 3 da Convenção não correspondem corretamente à jurisprudência da Corte em relação ao direito à personalidade jurídica,<sup>286</sup> mas à análise do artigo 1.1 da mesma. Deste modo, este Tribunal analisará os distintos fatos alegados à luz do artigo 1.1 da Convenção.

### 1. Discriminação no presente caso

228. A Corte reitera que, a respeito da alegação da Comissão e dos representantes sobre um contexto de discriminação estrutural na República Dominicana contra pessoas haitianas ou de descendência haitiana, no presente caso, não cabe pronunciar-se a respeito (par. 40 *supra*). Não obstante isso, a Corte analisará se, no assunto concreto, existiram atos discriminatórios contra as vítimas por sua condição de migrantes, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção.

229. A esse respeito, esta Corte reconhece a dificuldade de demonstrar casos de preconceito racial por parte de quem é objeto de discriminação, de maneira que concorda com o Tribunal Europeu no sentido de que, em certos casos de violações de direitos humanos motivados por discriminação, o ônus da prova também recai no Estado, que tem o controle dos meios para esclarecer fatos ocorridos dentro de seu território.<sup>287</sup>

230. Tomando em consideração o contexto do caso, as alegações das partes e os capítulos precedentes, foram analisadas diversas situações de vulnerabilidade contra as vítimas haitianas, em razão de sua condição de migrantes irregulares (capítulos VII-1 e 2 *supra*), especificamente derivada da violência sofrida e do tratamento dado aos sobreviventes e pessoas falecidas.

231. A esse respeito, a Convenção Americana estabelece, no artigo 1.1, o respeito e garantia dos direitos nela reconhecidos, “sem discriminação alguma por motivos de raça, cor [...] origem nacional ou social, posição econômica [...] ou qualquer outra condição social”. Além disso, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial define a discriminação como:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida.<sup>288</sup>

232. Nesse sentido, o Relator sobre discriminação e a Especialista Independente sobre minorias, ambos das Nações Unidas, assim como diversos organismos internacionais, pronunciaram-se a respeito de práticas históricas de discriminação na República Dominicana, que se manifestam no tratamento dado aos migrantes irregulares e no exercício de seus direitos.<sup>289</sup>

285. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à Naturalização*, *supra*, pars. 53 e 54, e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, *supra*, par. 272.

286. *Cf. Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C Nº 146, par. 188; *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000, Série C Nº 70, par. 179; *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 179; *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par. 69, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C Nº 202, par. 87.

287. Nesse sentido, ver *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 132, e TEDH. *D.H. e outros Vs. República Tcheca*. nº 5735/00. Grande Câmara. Sentença de 13 novembro de 2007, par. 179. Ver também: Diretriz 91/80/CE do Conselho da União Europeia, de 15 de dezembro de 1997, relativa ao ônus da prova nos casos de discriminação por razão de sexo, artigo 4, e Diretriz 2000/43/CE do Conselho da União Europeia, de 29 de junho de 2000, relativa à aplicação do princípio de igualdade de tratamento às pessoas independentemente de sua origem racial ou étnica, par. 21.

288. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 4 de janeiro de 1969, artigo 1.

289. Entre outros, *Cf. Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, pars. 109.1 a 109.3; Relatório conjunto do Relator Especial sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância, e da Especialista Independente sobre questões das minorias. Conselho de Direitos Humanos. UN DocA/HRC/7/19/Add.5 e A/HRC/7/23/Add.3 (doravante denominado: “Relatório conjunto”), 18 de março de 2008, p. 8, 19, 20, 24, 26, 30, 32, 33, 44, (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, folha 1483); *Huéspedes Mal Recibidos: Un Estudio de las Expulsiones de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano de la República Dominicana a Haití*. International Human Rights Law Clinic, Boalt Hall School of Law, University of California at Berkeley, 2002 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VI, folhas 3487, 3498, 3499, 3500, 3513, 3514, 3520 a 3524, 3526, 3542); relatório do Relator Especial sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância, Githu Muigai. Conselho de

233. Quanto aos direitos dos migrantes, o Tribunal recorda que é permissível que o Estado conceda um tratamento distinto aos migrantes documentados em relação aos migrantes indocumentados, ou ainda entre migrantes e nacionais, sempre que esse tratamento seja razoável, objetivo e proporcional e não viole os direitos humanos.<sup>290</sup> Exemplo disso pode ser o estabelecimento de mecanismos de controle para a entrada e saída de migrantes, mas sempre assegurando o devido processo e a dignidade humana, independentemente de sua condição migratória.<sup>291</sup>
234. Nesse sentido, a Corte recorda que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não apenas proíbe políticas e práticas deliberadamente discriminatórias, mas também aquelas cujo impacto seja discriminatório contra certas categorias de pessoas, ainda quando não se possa provar a intenção discriminatória.<sup>292</sup>
235. A Corte considera que uma violação do direito à igualdade e não discriminação se produz também diante de situações e casos de discriminação indireta, refletida no impacto desproporcional de normas, ações, políticas ou em outras medidas que, ainda quando sejam ou pareçam neutras em sua formulação, ou tenham um alcance geral e não diferenciado, produzam efeitos negativos para certos grupos vulneráveis.<sup>293</sup> Tal conceito de discriminação indireta também foi reconhecido, entre outros órgãos, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual estabeleceu que, quando uma política geral ou medida tem um efeito desproporcional prejudicial a um grupo particular, pode então ser considerada discriminatória ainda se não foi dirigida especificamente a esse grupo.<sup>294</sup>
236. Ademais, a Corte indicou que “os Estados devem se abster de realizar ações que de qualquer maneira sejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*”.<sup>295</sup> Os Estados estão obrigados “a adotar medidas positivas para reverter ou alterar situações discriminatórias existentes em seu meio social, em prejuízo de determinado grupo de pessoas. Isso implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer com respeito a ações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias”.<sup>296</sup> O descumprimento pelo Estado, por meio de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera sua responsabilidade internacional.<sup>297</sup>

## 2. Conclusões

237. Portanto, a Corte observa que, no presente caso, a situação de especial vulnerabilidade dos imigrantes haitianos se devia, *inter alia*, a: i) a falta de medidas preventivas para enfrentar de maneira adequada situações relacionadas ao controle migratório na fronteira terrestre com o Haiti e em consideração de sua situação de vulnerabilidade;

Direitos Humanos das Nações Unidas. UN Doc. A/HCR/14/43/Add.1., 21 de maio de 2010, par. 57 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo IV, folha 3371); Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Exame dos relatórios apresentados pelos Estados-Parte de acordo com o artigo 40 do Pacto. CCPR/C/179/Add.18., 5 de maio de 1993, par. 5 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, folha 1436); Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Exame dos relatórios apresentados pelos Estados-Parte de acordo com o artigo 40 do Pacto. CCPR/C/0171/DOM. 26 de abril de 2001, par. 16 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, folha 1442); Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório sobre a situação dos direitos humanos na República Dominicana, OEA/Ser.LN/11.104, Doc. 49 rev. 1, 7 outubro 1999, par. 328 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, folhas 1347 e 1348); Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório de seguimento das recomendações da CIDH sobre a situação dos direitos humanos na República Dominicana, 2001, par. 88, 89 e 130 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, folha 1421, 1423 e 1432), e Human Rights Watch, “*Personas Ilegales: Haitianos y dominico-haitianos en la República Dominicana*”, vol. 14, no 1(B), abril de 2002 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, folha 1524 a 1530). Ver também Nota de jornal publicada em 27 de janeiro de 2001 no jornal digital denominado Info Haïti, intitulada “*Polémique entre la hiérarchie militaire et le chancelier dominicain sur la question des illégaux haïtiens*” (expediente de anexos ao escrito de petições, argumentos e provas, tomo V, folha 3139); Nota de jornal publicada em 21 de janeiro de 2001 no diário digital denominado Info Haïti, intitulada “*Le chancelier dominicain promet des sanctions sévères contre ceux qui commettent des excès contre les illégaux haïtiens*” (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 3145), e Nota de jornal publicada em 19 de janeiro de 2001 no diário digital denominado Info Haïti, intitulada “*Une patrouille de l’armée dominicaine a mitraillé un nouveau camion transportant des sans papiers haïtiens*” (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 3147).

290. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 119 e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 248.

291. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 119.

292. Cf. TEDH. *D.H. e outros Vs. República Tcheca*, *supra*, pars. 179, 184 e 194. Conselho Europeu; TEDH. *Hugh Jordan vs Reino Unido*, caso nº 24746/94, 4 de maio de 2011, par. 154, e TEDH. *Hoogendijk vs Holanda*, caso nº 58641/00, 6 de janeiro de 2005, s/p. Ver também: Diretriz 2008/0140 do Conselho através da qual se aplica o princípio de igualdade de tratamento entre as pessoas independentemente de sua religião ou convicções, deficiência ou orientação sexual. Bruxelas, 2 de julho de 2008, páginas 7 e 8, e Diretriz 2000/43/CE relativa à aplicação do Princípio de igualdade de tratamento independentemente de sua origem racial ou étnica. Bruxelas, 29 de junho de 2000, par.13.

293. Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral nº 20*, A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais, par. 10 inciso b).

294. Cf. TEDH. *Hoogendijk Vs. Holanda*, nº 58641/00. Primeira Câmara. Sentença de 6 de janeiro de 2005, pág. 18.

295. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 103, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, *supra*, par. 80.

296. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 104, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, *supra*, par. 80.

297. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 85, e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, *supra*, par. 268.

ii) a violência usada através do uso ilegítimo e desproporcional da força contra pessoas migrantes desarmadas; iii) a falta de investigação desta violência, a falta de declarações e participação das vítimas no processo penal e a impunidade dos fatos; iv) as detenções e a expulsão coletiva sem as devidas garantias; v) a falta de atenção e tratamento médico adequado às vítimas feridas, e vi) o tratamento degradante aos cadáveres e a falta de sua entrega aos familiares.

238. Toda a exposição anterior evidencia que, no presente caso, existiu uma discriminação *de facto* em prejuízo das vítimas por sua condição de migrantes, o que derivou em uma marginalização no gozo dos direitos que a Corte declarou violados nesta Sentença. Portanto, a Corte conclui que o Estado não respeitou nem garantiu os direitos dos migrantes haitianos, sem discriminação, em violação do artigo 1.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 2, 4, 5, 7, 8, 22.9 e 25 da mesma.

## VIII

### Reparações

#### *(Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)*

239. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,<sup>298</sup> a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente<sup>299</sup> e que essa disposição reúne uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.<sup>300</sup>
240. Em consideração às violações à Convenção Americana declaradas nos capítulos anteriores, a Corte analisará as pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes, à luz dos critérios determinados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e alcance da obrigação de reparar, com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar os danos causados às vítimas.<sup>301</sup>
241. Este Tribunal estabeleceu que “as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos provados, bem como com as medidas solicitadas para reparar os respectivos danos. Portanto, a Corte deverá observar esta concorrência de fatores para se pronunciar devidamente e conforme o direito”.<sup>302</sup>
242. A Corte considera que, em virtude da denegação de justiça em prejuízo de vítimas de graves violações a direitos humanos, existe uma diversidade de lesões tanto na esfera individual como coletiva. Nesse sentido, é evidente que as vítimas de impunidade prolongada sofrem distintas sequelas pela busca de justiça, não apenas de caráter material, mas também outros sofrimentos e danos de caráter psicológico, físico e em seu projeto de vida, assim como outras possíveis alterações em suas relações sociais e a dinâmica de suas famílias.<sup>303</sup>
243. A Corte considerou a necessidade de outorgar diversas medidas de reparação a fim de ressarcir os danos de maneira integral, de maneira que, no presente caso, além das compensações pecuniárias, as medidas de satisfação, restituição e garantias de não repetição têm especial relevância pela gravidade das violações e dos danos causados.<sup>304</sup>

#### **A. Parte lesada**

244. A Corte reitera que considera como parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, a quem foi declarado vítima da violação de algum direito consagrado na mesma. Portanto, esta Corte considera como

298. O artigo 63.1 da Convenção dispõe que “[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

299. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 245.

300. Cf. *Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Reparaciones e Custas*. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C Nº 15, par. 43, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 245.

301. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas, supra*, pars. 25 a 27, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 246.

302. Cf. *Caso Ticona Estrada Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par. 110, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 247.

303. Cf. *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, supra*, par. 226, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 272.

304. Cf. *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, supra*, par. 226, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 248.

“parte lesada” aquelas pessoas referidas no Anexo A, que em seu caráter de vítimas das violações declaradas nesta Sentença serão consideradas beneficiárias das reparações que a Corte ordene.-

## **B. Obrigação de investigar os fatos e identificar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis**

### **1. Reabertura da investigação e determinação de responsabilidades individuais**

245. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado levar a cabo uma investigação no foro ordinário e conduzir as investigações de maneira imparcial, efetiva e dentro de um prazo razoável, com o objetivo de esclarecer os fatos de forma completa, de identificar os autores intelectuais e materiais e de impor as punições correspondentes. Além disso, a Comissão solicitou que se ordene ao Estado tomar as medidas administrativas disciplinares ou penais correspondentes, em relação às ações ou omissões dos funcionários estatais que contribuíram para a denegação de justiça e a impunidade na qual se encontram os fatos do caso, e estabelecer um mecanismo que facilite a identificação completa das vítimas feridas, assim como dos familiares das vítimas executadas.
246. Os *representantes* solicitaram que se ordene ao Estado iniciar uma nova investigação penal efetiva dos fatos do caso através das instâncias judiciais ordinárias (civis), e adotar medidas administrativas, disciplinares ou penais correspondentes em relação às ações ou omissões dos funcionários estatais que contribuíram para a denegação de justiça e a impunidade na qual se encontram os fatos do caso.
247. O Estado assinalou, em audiência pública, e reafirmou, em suas alegações finais, que “cumpru sua obrigação de investigar os fatos do caso. As investigações empreendidas pelo Estado responderam a um critério fundamentado em imparcialidade, objetividade e busca da verdade. [...] Esgotadas estas fases nos tribunais penais, continua pendente de esgotamento nos tribunais civis de nosso país a reclamação das indenizações a favor das vítimas, supostos prejudicados e seus herdeiros pelos supostos danos sofridos”.
248. No capítulo VII-3, este Tribunal concluiu que o Estado incorreu em violações aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial e, no momento dos fatos, também do dever de adotar disposições de direito interno, consagrado no artigo 2 da Convenção, em relação aos artigos 8 e 25 da mesma. De forma específica, considerou que a intervenção do foro militar na investigação, julgamento e posterior absolvição dos acusados contrariou os parâmetros de excepcionalidade e restrição que o caracterizam e implicou uma aplicação de um foro pessoal que atuou sem tomar em conta a natureza dos atos envolvidos (pars. 198 e 201 *supra*). Em razão disso, a Corte recorda que em casos de graves violações aos direitos humanos<sup>305</sup> uma sentença absolutória que constitua coisa julgada aparente não pode constituir um obstáculo para a reabertura da investigação ou do processo (pars. 195 a 198 *supra*).<sup>306</sup>
249. Em face do exposto, este Tribunal dispõe que o Estado deve adotar as seguintes medidas:
- a) reabrir a investigação de todos os fatos e antecedentes relacionados ao presente caso na jurisdição ordinária, com o fim de individualizar, julgar e, se for o caso, punir todos os responsáveis pelos fatos do caso. O Estado deve dirigir e concluir as investigações e processos pertinentes em um prazo razoável;
  - b) remover todos os obstáculos que impeçam a devida investigação dos fatos nos respectivos processos, a fim de evitar a repetição do ocorrido em circunstâncias como as do presente caso.<sup>307</sup> Nesse sentido, em casos de graves violações de direitos humanos, como são as execuções

305. Cf. *Caso Bámaca Velázquez Vs. Guatemala*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de novembro de 2010, Considerando 44: “Quando se trata de graves e sistemáticas violações aos direitos humanos, [...], a impunidade na qual podem permanecer estas condutas em função da falta de investigação produz uma lesão bastante intensa nos direitos das vítimas. A intensidade desta lesão não apenas autoriza mas exige uma excepcional limitação à garantia de *ne bis in idem*, a fim de permitir a reabertura dessas investigações quando a decisão que se alega como coisa julgada surge como consequência do descumprimento evidente dos deveres de investigar e punir seriamente essas graves violações. Nestes eventos, a preponderância dos direitos das vítimas sobre a segurança jurídica e o *ne bis in idem* é ainda mais evidente, dado que as vítimas não apenas foram lesadas por um comportamento atroz mas que, além disso, devem suportar a indiferença do Estado, que descumpre manifestamente sua obrigação de esclarecer estes atos, punir os responsáveis e reparar os afetados. A gravidade do ocorrido nestes casos é de tal envergadura que afeta a essência da convivência social e impede, por sua vez, qualquer tipo de segurança jurídica. Por isso, ao analisar os recursos judiciais que os acusados possam interpor por graves violações de direitos humanos, a Corte ressalta que as autoridades judiciais estão obrigadas a determinar se o desvio no uso de uma garantia penal pode gerar uma restrição desproporcional dos direitos das vítimas, onde uma clara violação do direito de acesso à justiça elimina a garantia processual penal de coisa julgada”.

306. Cf. *Caso Carpio Nicolle e Outros Vs. Guatemala*, *supra*, pars. 131 e 132; *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 154; *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº 163, par. 197, e *Caso Guitierrez Soler Vs. Colômbia*. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C Nº 132, par. 99.

307. Cf. *Caso La Cantuta Vs. Peru*, *supra*, par. 226, e *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra*, par. 240.

extrajudiciais do presente caso (pars. 93 a 97 *supra*), o Estado não poderá aplicar leis de anistia nem argumentar prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, nem o princípio de *ne bis in idem*, ou qualquer excludente similar de responsabilidade, para eximir-se desta obrigação;<sup>308</sup>

- c) assegurar-se que os distintos órgãos do sistema de justiça envolvidos no caso contem com os recursos humanos e materiais necessários para desempenhar suas tarefas de maneira adequada, independente e imparcial e que as pessoas que participem na investigação, entre elas vítimas, testemunhas e operadores de justiça, contem com as devidas garantias de segurança,<sup>309</sup> de traslado para prestar declarações, e que se abstenham de atos que impliquem a obstrução para o seguimento do processo investigativo, e
- d) assegurar o pleno acesso e capacidade de atuar dos sobreviventes e familiares das vítimas em todas as etapas desta investigação, de acordo com a lei interna e as normas da Convenção Americana. Adicionalmente, os resultados dos processos deverão ser publicamente divulgados para que a sociedade conheça os fatos objeto do caso, assim como os seus responsáveis.<sup>310</sup>

## **2. Identificação e repatriação dos restos mortais das vítimas falecidas**

250. *Os representantes* solicitaram à Corte que ordene ao Estado dominicano assegurar a repatriação dos restos das vítimas falecidas aos familiares. A *Comissão Interamericana* não se referiu a este aspecto.
251. O *Estado* apresentou documentos segundo os quais as autoridades estatais ignoram o destino final dos restos mortais das vítimas falecidas.
252. A Corte concluiu que o direito dos familiares das vítimas de conhecer os restos de seus entes queridos constitui, além de uma exigência do direito a conhecer a verdade, uma medida de reparação e, portanto, faz nascer o dever correlativo para o Estado de satisfazer estas justas expectativas. A falta de identificação e entrega dos restos a seus familiares revelou um tratamento degradante e discriminatório, em contravenção dos artigos 5.1 e 1.1 da Convenção, em detrimento das pessoas falecidas e de seus familiares (par. 117 *supra*).
253. Portanto, a Corte dispõe que o Estado, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, deverá determinar o paradeiro dos corpos e, mediante prévia comprovação genética de filiação, de comum acordo com seus familiares ou representantes, estes deverão ser repatriados ao Haiti e entregues a seus familiares, assumindo o Estado tais gastos e, se for o caso, os gastos fúnebres.<sup>311</sup>

## **C. Medidas de reparação integral: reabilitação, satisfação e garantias de não repetição**

254. A jurisprudência internacional, e em particular desta Corte, estabeleceu reiteradamente que a Sentença pode constituir *per se* uma forma de reparação.<sup>312</sup> Não obstante isso, considerando as circunstâncias do caso e as consequências sofridas às vítimas derivadas das violações da Convenção Americana declaradas em seu prejuízo, a Corte considera pertinente determinar as seguintes medidas de reparação.

### **1. Reabilitação**

#### **a) Assistência médica e psicológica às vítimas**

255. A *Comissão* solicitou à Corte que disponha a reparação adequada das violações de direitos humanos declaradas em seu Relatório de Mérito, tanto no aspecto material como moral, incluindo a implementação de um programa adequado de atenção psicossocial aos sobreviventes.
256. *Os representantes* solicitaram que se indenizem as vítimas sobreviventes pelos gastos médicos e psicológicos em que deverão incorrer no futuro.

308. Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Mérito, supra*, pars. 41 a 44 e *Caso González Medina e Familiares Vs. República Dominicana, supra*, par. 285.e).

309. Cf. *Caso Contreras e outros Vs. El Salvador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C Nº 233, par. 186.d), e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 257.e).

310. Cf. *Caso do Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones e Custas*. Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C Nº 95, par. 118, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 258.

311. Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de Setembro de 2009. Série C Nº 202, par. 185, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 270.

312. Cf. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones e Custas*. Sentença de 14 de setembro de 1996. Série C Nº 28, par. 35, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia, supra*, par. 259.

257. O *Estado* não se referiu a esta forma de reparação.
258. A Corte considerou que, em razão do tratamento degradante em prejuízo dos sobreviventes, o Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção (par. 109 *supra*).
259. Além disso, a Corte considera, como o fez em outros casos,<sup>313</sup> que é preciso dispor uma medida de reparação que ofereça uma atenção adequada aos padecimentos psicológicos e físicos sofridos pelas vítimas, derivados das violações estabelecidas na presente decisão. Com o fim de contribuir à reparação destes danos, a Corte dispõe a obrigação a cargo do Estado de oferecer gratuitamente e de forma imediata o tratamento médico e psicológico que as vítimas requeiram, com consentimento prévio e informado e pelo tempo que seja necessário, incluindo a provisão gratuita de medicamentos. Caso as vítimas residam na República Dominicana, o tratamento médico e psicológico deve ser oferecido por pessoal e instituições estatais.<sup>314</sup> Se o Estado não dispuser destes, deverá recorrer a instituições especializadas privadas ou da sociedade civil.<sup>315</sup> Este tratamento deverá ser oferecido, na medida das possibilidades, nos centros mais próximos a suas residências.<sup>316</sup>
260. Ao dispor deste tratamento deve-se considerar, ademais, as circunstâncias e necessidades particulares de cada vítima, de maneira que lhes sejam oferecidos tratamentos familiares e individuais, segundo o que se acorde com cada uma delas e depois de uma avaliação individual.<sup>317</sup>
261. Entretanto, no caso de que as vítimas não residam na República Dominicana, a Corte considera pertinente determinar que na hipótese que as vítimas solicitem atenção médica ou psicológica, o Estado deverá outorgar às vítimas sobreviventes que foram feridas a quantia de US\$ 7,500.00 (sete mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) e aos demais sobreviventes a quantia de US\$ 3,500.00 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América), ambos a título de gastos por tratamento médico e psicológico, para que possam receber esta atenção na localidade onde residam.<sup>318</sup>

## 2. Satisfação

### a) Publicação e difusão da Sentença

262. *Os representantes* solicitaram a publicação desta sentença em espanhol, francês e creole em um jornal de grande distribuição, assim como na Gaceta Oficial. A *Comissão* e o *Estado* não se referiram a esta medida de reparação.
263. A Corte dispõe, como o fez em outros casos,<sup>319</sup> que o Estado publique o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, nas seguintes modalidades: a) por uma única vez, no Diário Oficial da República Dominicana; b) por uma única vez, em um jornal de ampla circulação nacional da República Dominicana, e c) traduzido ao francês e ao creole, e publicado, por uma única vez, em um jornal de ampla circulação nacional do Haiti. Além disso, a presente Sentença, na íntegra, deverá permanecer disponível por um período de um ano, em um sítio *web* oficial da República Dominicana.

### b) Reconhecimento de responsabilidade internacional e desculpas públicas

264. *Os representantes* solicitaram que o Estado realize um reconhecimento de responsabilidade pelas violações dos direitos humanos das vítimas e de seus familiares e que peça desculpas públicas às vítimas e seus familiares. A *Comissão* e o *Estado* não se referiram a esta medida.
265. A Corte considera que, com o fim de reparar o dano causado às vítimas e de evitar que fatos como os deste

313. Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 287.

314. Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C Nº 87, par. 42, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 289.

315. Cf. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, *supra*, par. 235, e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela*, *supra*, par. 253.e.

316. Cfr. *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra*, par. 270, e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela*, *supra*, par. 253.b.

317. Cf. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia*. Mérito, *Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109, par. 278, e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela*, *supra*, par. 253.c.

318. Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, *supra*, par. 450, e *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C Nº 219, par. 269.

319. Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 79, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 287.

caso se repitam,<sup>320</sup> cabe dispor que o Estado realize um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos do presente caso. Nesse ato, deverá ser feita referência às violações de direitos humanos declaradas na presente Sentença. O ato deverá levar-se a cabo através de uma cerimônia pública, em presença de altos funcionários do Estado, incluindo os da esfera militar e do DOIF, e as vítimas deste caso. O Estado deverá acordar com as vítimas ou com seus representantes a modalidade de cumprimento do ato público de reconhecimento, assim como as particularidades que se requeiram, tais como o lugar – podendo realizar-se no Consulado da República Dominicana no Haiti – e a data para sua realização.<sup>321</sup> Para isso, o Estado conta com o prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença.

### 3. Garantias de não repetição

266. A Corte recorda que o Estado deve prevenir a recorrência de violações aos direitos humanos como as descritas neste caso e, por isso, deve adotar todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza que sejam necessárias para tornar efetivo o exercício dos direitos<sup>322</sup> dos migrantes, de acordo com as obrigações de respeito e garantia dispostas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção.<sup>323</sup>

a) *Medidas de capacitação para funcionários públicos em matéria de direitos humanos*

267. A Comissão solicitou à Corte que disponha a adoção das medidas necessárias para evitar que no futuro se produzam fatos similares, conforme o dever de prevenção e garantia dos direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana. Em particular, a implementação de programas permanentes de direitos humanos nas escolas de formação das Forças Armadas e da Polícia Nacional, em especial sobre o uso excessivo da força e sobre o princípio de não discriminação. Em igual sentido, os *representantes* solicitaram que o Estado realize, no prazo de um ano, capacitação de agentes das Forças Armadas e de policiais, agentes responsáveis pelo controle da fronteira e agentes encarregados da administração de justiça quanto aos direitos humanos dos migrantes, ao uso da força e o princípio de não-discriminação.

268. O Estado não se pronunciou a respeito.

269. A eficácia e o impacto da implementação dos programas de educação em direitos humanos aos funcionários públicos é crucial para gerar garantias de não repetição de fatos como os do presente caso.<sup>324</sup> Agora, tendo em vista que se demonstrou a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos artigos 1.1, 2, 4, 5, 7, 8, 25 e 22.9, todos da Convenção Americana, esta Corte considera importante fortalecer as capacidades institucionais dos órgãos responsáveis por respeitar e garantir estes direitos humanos, por meio da capacitação de membros das Forças Armadas, agentes de controle fronteiriço e aqueles encarregados de procedimentos migratórios, a fim de evitar que fatos como os analisados no presente caso se repitam.<sup>325</sup>

270. Dentro desses programas, o Estado deverá referir-se à jurisprudência da Corte na matéria e, em especial, aos padrões dispostos na presente Sentença, incluindo os instrumentos internacionais aplicáveis dos quais a República Dominicana é parte. A capacitação deverá versar sobre os seguintes temas: a) o uso da força por parte de agentes encarregados de fazer cumprir a Lei, de acordo com os princípios de legalidade, proporcionalidade, necessidade e excepcionalidade, bem como os critérios de uso diferenciado e progressivo da força. Além disso, sobre as ações preventivas adotadas pelo Estado, e as ações concomitantes e posteriores ao incidente; b) o princípio de igualdade e não discriminação, aplicado especialmente a pessoas migrantes e com uma perspectiva de gênero e proteção à infância, e c) o devido processo na detenção e deportação de imigrantes irregulares, de acordo com os padrões estabelecidos nesta decisão. Adicionalmente, para cumprir tais objetivos e tratando-se de um sistema de formação contínua, este curso deve ser implementado de forma permanente.<sup>326</sup> Para tanto, o Estado deverá apresentar um relatório anual, durante três anos consecutivos, nos quais indique as ações que se realizaram com tal fim.

320. Cf. *Caso Carpio Nicolle e outros*, supra, par. 136, e *Caso González Medida e Familiares Vs. República Dominicana*, supra, par. 297.

321. Cf. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, supra, par. 202, e *Caso González Medida e Familiares Vs. República Dominicana*, supra, par. 297.

322. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, supra, par. 166, e *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, supra, par. 221.

323. Cf. *Caso Pacheco Teruel e outros Vs. Honduras*, supra, par. 92.

324. Cf. *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala* supra, par. 252.

325. Cf. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, supra, par. 346, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*, supra, par. 291.

326. Cf. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México*, supra, par. 541, e *Caso Pacheco Teruel e outros Vs. Honduras*, supra, par. 114.

b) *Campanha sobre direitos dos migrantes*

271. A *Comissão* solicitou a adoção de medidas necessárias para evitar que estes fatos se produzam no futuro. De igual forma, os *representantes* solicitaram, dentro das garantias de não repetição, que se ordenasse a capacitação em relação ao princípio de não discriminação. Por sua vez, o *Estado* assinalou, em audiência pública que não decorre dos autos nem existe prova que confirme tratamento discriminatório algum em prejuízo das supostas vítimas nem contra os nacionais dominicanos.
272. Em vista de que foi demonstrada a responsabilidade do Estado por um padrão de discriminação contra pessoas migrantes na República Dominicana, a Corte considera pertinente que o Estado realize uma campanha, em meios públicos, sobre os direitos das pessoas migrantes regulares e irregulares no território dominicano, nos termos do disposto na Decisão. Para tal efeito, o Estado deverá apresentar um relatório anual, durante três anos consecutivos, no qual indique as ações que se realizaram com tal fim.

c) *Adoção de medidas de direito interno*

i. *Uso da força*

273. Tal como foi demonstrado no parágrafo 82 desta Sentença, a Corte declarou que o Estado dominicano não cumpriu sua obrigação de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal, mediante uma adequada legislação sobre o uso da força, em violação do dever de garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal e do artigo 2 da Convenção.
274. A Corte recorda que o Estado deve prevenir violações aos direitos humanos, como as ocorridas no presente caso e, por isso, deve adotar todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza que sejam necessárias para evitar que fatos similares voltem a ocorrer no futuro, em cumprimento de seus deveres de prevenção e garantia dos direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção Americana. Especificamente, de acordo com o artigo 2 da Convenção, o Estado tem o dever de adotar as medidas necessárias para fazer efetivo o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção.<sup>327</sup>
275. Em particular, o Estado deverá, em um prazo razoável, adequar sua legislação interna à Convenção Americana, incorporando os padrões internacionais sobre o uso da força por parte dos funcionários encarregados de aplicar a lei,<sup>328</sup> de acordo com os princípios de legalidade, proporcionalidade, necessidade e excepcionalidade, bem como os critérios de uso diferenciado e progressivo da força. Esta legislação deverá conter as especificações indicadas no capítulo VII-1 da presente Sentença.

ii. *Jurisdição Militar*

276. A *Comissão* solicitou à Corte que ordene ao Estado adotar as medidas legislativas ou de outro caráter necessárias para que o artigo 3 do Código Penal Militar seja compatível com a Convenção Americana e com a jurisprudência da Corte.
277. A esse respeito, os *representantes* solicitaram as seguintes medidas: a) anular as leis internas relativas à atribuição de jurisdição a tribunais militares para casos relativos a alegações de violações de direitos humanos, cometidas por membros das Forças Armadas; b) adotar novas leis que atribuam claramente a jurisdição a tribunais civis ordinários por essas situações, e c) adotar leis que proíbam a prática de deportação coletiva e que as autoridades estatais abandonem imediatamente esta prática.
278. Por sua vez, o *Estado* manifestou, em audiência pública que realizou importantes modificações no sistema judicial, tanto nas leis adjetivas como na própria Constituição da República.
279. Nos parágrafos 211 e 216 da presente Sentença a Corte declarou a violação do artigo 2 da Convenção porque a legislação vigente que regulava a jurisdição militar no momento dos fatos violou a Convenção Americana. Não obstante isso, tal como foi mencionado no parágrafo 217, o Estado realizou diversas reformas legislativas entre os anos de 2002 e 2010, com as quais determinou a competência da jurisdição ordinária para julgar delitos cometidos por pessoal militar, estabelecendo a excepcionalidade da jurisdição militar para as faltas disciplinares e infrações de ordem estritamente militar. Em virtude disso, a Corte concluiu que com a atual legislação dominicana foi sanada a contravenção aos artigos 2, 8 e 25 da Convenção Americana. Como consequência, não é procedente ordenar uma medida de reparação neste aspecto.

327. Cf. *Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, *supra*, par. 166, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 240.

328. Cf. *Caso Montero Aranguren e Outros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, *supra*, par. 144.

## D. Indenização Compensatória

### 1. Dano material e imaterial

280. A *Comissão* solicitou à Corte que determinasse uma medida de reparação por meio da qual se possa reparar adequadamente as violações de direitos humanos declaradas em seu Relatório de Mérito, tanto no aspecto material como moral.
281. Os representantes solicitaram que se tome em conta a idade de cada vítima no momento da morte, sua expectativa de vida e seu salário (ou o salário mínimo para cada tipo de trabalhador). Além disso, a fim de determinar a perda de renda, indicaram que as vítimas tinham uma expectativa de vida de 70 anos e que o salário mínimo no Haiti era de aproximadamente US\$ 624,00 por ano, enquanto na República Dominicana era de aproximadamente US\$ 2.900,00 por ano. Em relação às vítimas sobreviventes, os representantes indicaram que estas sofreram uma perda de produtividade em seu trabalho e, deste modo, solicitaram que se fixe o nível de incapacidade para produção laboral em 75%. Também solicitaram que, de acordo com a jurisprudência da Corte a respeito, deveria-se indenizar as vítimas pelos bens que lhes foram confiscados ou destruídos por agentes do Estado.<sup>329</sup> Finalmente, os representantes solicitaram à Corte, tanto para as vítimas sobreviventes como para as falecidas, que ordene um pagamento mínimo de US\$ 80.000,00 para cada vítima, por dano imaterial.<sup>330</sup>
282. O *Estado* não se pronunciou a respeito.
283. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e as hipóteses em que corresponde indenizá-lo. Esta Corte estabeleceu que o dano material supõe “a perda ou detrimento da renda das vítimas, os gastos efetuados por motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso”.<sup>331</sup>
284. Por outro lado, esta Corte considera que a indenização a título de perda de receitas compreende a renda que a vítima falecida teria recebido durante sua vida provável. No entanto, em vista de seu falecimento, o montante se entrega a seus familiares. Quanto às vítimas falecidas, apesar de não terem sido comprovados a renda que as vítimas deixaram de receber em razão das violações declaradas nesta Sentença, foram verificados alguns indícios<sup>332</sup> que permitem concluir que as vítimas falecidas teriam podido desenvolver alguma atividade ou ofício remunerado<sup>333</sup> ao longo de sua vida provável. Por essas razões, a Corte determina outorgar em equidade a quantia de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de dano material a favor de cada uma das sete vítimas falecidas (par. 97 *supra*).
285. Quanto às vítimas sobreviventes, esta Corte manifestou, em relação ao dano material, no caso de vítimas sobreviventes feridas, que o cálculo da indenização deve ter em conta, entre outros fatores, o tempo que estas permaneceram sem trabalhar.<sup>334</sup> A esse respeito, da prova apresentada, não foi especificado

329. Em relação ao dano emergente, em declarações juramentadas apresentadas pelos representantes, algumas vítimas sobreviventes afirmaram que perderam bens e dinheiro durante os fatos do caso. Estes montantes se detalham da seguinte forma: Celafoi Pierre, manifestou que perdeu 1.500 pesos dominicanos (US\$ 38); Renaud Tima assinalou que perdeu 4.000 pesos dominicanos (US\$ 101); Rose Marie Petit-Homme declarou que perdeu 500 pesos dominicanos (US\$ 12) e, finalmente, Sonide Nora manifestou que perdeu 1.500 pesos dominicanos (US\$ 38), um anel com um valor de 2.000 gourdes haitianos (US\$ 50) e sua roupa, avaliada em 3000 gourdes haitianos (US\$ 76) (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folhas 3086 a 3095).

330. Em relação aos familiares das vítimas falecidas, os representantes solicitaram, a título de dano imaterial, o pagamento dos seguintes montantes mínimos: US\$ 50.000,00 a cada companheira, filho/filha, pai e mãe; US\$ 20.000,00 a cada irmão /irmã da vítima; US\$ 5.000,00 a um padrasto ou uma madrasta da vítima falecida, e US\$ 5.000,00 adicionais a cada familiar das vítimas falecidas, por denegação de justiça. Além disso, quanto aos familiares das vítimas sobreviventes, os representantes solicitaram, a título de dano imaterial, o pagamento dos seguintes montantes mínimos: US\$ 5.000,00 a uma companheira de uma vítima sobrevivente; US\$ 5.000,00 a cada filho/ filha de uma vítima sobrevivente; US\$ 15.000,00 a cada pai/ mãe de uma vítima sobrevivente; US\$ 2.000,00 cada irmão /irmã de uma vítima sobrevivente, e US\$ 5.000,00 a cada familiar das vítimas sobreviventes a título de denegação de justiça. Por outro lado, como somas adicionais às anteriormente indicadas, os representantes solicitaram a título de dano imaterial o pagamento dos seguintes montantes mínimos: US\$ 2.000,00 a Mélanie Sainvil Pierre, companheira sentimental de Joseph Pierre, que se encontrava grávida no momento dos fatos; US\$ 5.000,00 a Ifaudia Dorzema e Sylvie Felizor, que se encontravam grávidas no momento dos fatos, e US\$ 5.000,00 a Roland Israel por ser menor de idade no momento dos fatos.

331. Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 43, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra*, par. 307.

332. O senhor Fritz Alice se dedicava à agricultura; as senhoras Nadege Dorzema, Roselene Thermeus e Ifaudia Dorzema trabalhavam como empregadas domésticas; o senhor Jacqueline Maxime trabalhava como mecânico; a senhora Pardis Fortilus era estudante e, finalmente, o senhor Máximo Rubén de Jesús Espinal trabalhava como cobrador de ônibus (escrito de argumentos e provas, folhas 267 e 268).

333. Cf. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, supra*, par. 180.

334. Cf. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones e Custas*. Sentença de 14 de setembro de 1996. Série C Nº 28, par. 28, e *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá, supra*, par. 205.

de forma concreta o prazo em que as vítimas sobreviventes se encontraram impedidas de trabalhar por causa dos fatos do presente caso. Portanto, a Corte fixa a quantia de US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) a título de dano material, a favor das 10 vítimas sobreviventes que foram feridas (par. 98 *supra*), por considerá-la adequada em termos de equidade. Esta quantia deverá ser entregue no prazo de um ano, contado a partir da notificação da Sentença.

286. Por sua vez, a Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que este pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, assim como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou de sua família.<sup>335</sup>
287. Nesse sentido, a Corte considera, tal como já indicou em outros casos,<sup>336</sup> que o dano imaterial causado às vítimas falecidas e sobreviventes é evidente, pois é próprio da natureza humana que toda pessoa, submetida a fatos similares aos do presente caso, experimente um profundo sofrimento, angústia, terror, impotência e insegurança, de maneira que este dano não requer provas.<sup>337</sup> Além disso, quanto aos familiares de tais vítimas, a Corte reitera que o sofrimento causado à vítima “se estende aos membros mais íntimos da família, em especial àqueles que estiveram em estreito contato afetivo com a vítima”.<sup>338</sup> Ademais, a Corte considerou que os sofrimentos ou a morte de uma pessoa geram um dano imaterial em suas filhas, filhos, cônjuge ou companheira e companheiro, mãe e pai, motivo pelo qual não é necessário demonstrá-lo.<sup>339</sup>
288. Com base em sua jurisprudência, e tendo em conta as circunstâncias do presente caso, as violações cometidas, o sofrimento causado, o tempo transcorrido, a denegação de justiça, assim como a mudança em suas condições de vida, os efeitos provados na integridade pessoal dos familiares das vítimas, a discriminação sofrida e as demais consequências de ordem não pecuniária que sofreram, a Corte fixa em equidade as seguintes quantias em dólares dos Estados Unidos da América, a favor das vítimas, como indenização a título de dano imaterial:<sup>340</sup>
- a) Para as sete vítimas falecidas, a quantia de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América), a qual deverá ser entregue aos herdeiros de acordo com o estabelecido no parágrafo 298 da presente sentença;
  - b) Para as 10 vítimas sobreviventes que foram feridas, a quantia de US\$ 16.500,00 (dezesesseis mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América);
  - c) Para as quatro vítimas sobreviventes não feridas, a quantia de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América);
  - d) Para *Sylvie Felizor*, que estava grávida no momento dos fatos, e *Roland Israel*, que era menor de idade, a quantia adicional de US\$ 2.000,00 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América), e
  - e) Para os familiares das vítimas falecidas, a quantia adicional de US\$ 7.000,00 (sete mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada filho/filha, pai, mãe, cônjuge ou companheiro/a; de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada irmão /irmã e uma avó da vítima (Ver Anexo A).
289. A distribuição dos montantes indicados nos parágrafos 284 a 288 inciso a), deverá ser feita dentro do prazo de um ano a partir da notificação da presente Sentença, da seguinte forma:
- a) Cinquenta por cento (50%) da indenização será dividida, em partes iguais, entre os filhos da vítima. Se um ou vários dos filhos tiverem falecido, a parte que lhe ou lhes corresponda será acrescida às dos demais filhos da mesma vítima;

335. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 84, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 307.

336. Cf. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia*, *supra*, par. 248, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 308.

337. Cf. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia*, *supra*, par. 248, e *Caso Lysias Fleury Vs. Haiti*, *supra*, par. 143.

338. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C Nº 76, par. 106, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 276.

339. Este critério foi sustentado em outros casos, igualmente a respeito de filhas, filhos, cônjuge ou companheira e companheiro, mãe e pai, entre outros. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, *supra*, par. 257; *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C Nº 153, par. 159, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 276.

340. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*, *supra*, par. 84, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, *supra*, par. 299.

- b) Cinquenta por cento (50%) da indenização deverá ser entregue a quem era cônjuge, ou companheira ou companheiro permanente da vítima, no momento de sua morte;\_
- c) Caso não existam familiares em alguma das categorias definidas nos incisos anteriores, o montante correspondente será acrescido à parte que corresponde à outra categoria;-
- d) Caso a vítima não tenha tido filhos nem cônjuge ou companheira permanente, a indenização do dano material será entregue a seus pais; e
- e) Caso não existirem familiares em alguma ou algumas das categorias definidas nos incisos anteriores, a indenização deverá ser paga aos herdeiros, de acordo com o direito sucessório.

### **E. Custas e Gastos**

290. Em seu escrito de petições e argumentos, os representantes informaram um total de US\$ 215.912,99 em custas e gastos realizados, desde o ano 2000, na assistência das vítimas, investigação dos fatos, representação judicial perante as instâncias internas e internacionais, entre outros.<sup>341</sup>
291. Considerando o anteriormente exposto, nas alegações finais escritas, a Clínica Internacional de Defesa dos Direitos Humanos apresentou gastos adicionais de um montante de US\$ 88.547,00.<sup>342</sup> Outrossim o Centro Cultural Dominicano Haitiano informou seus gastos em um montante de US\$ 14.102,89,<sup>343</sup> e o Grupo de Ajuda a Refugiados e Repatriados solicitou o pagamento de US\$ 25.537,14.<sup>344</sup>
292. A Corte reitera que, conforme a sua jurisprudência,<sup>345</sup> as custas e gastos fazem parte do conceito de reparação, pois toda atividade realizada pelas vítimas com o fim de obter justiça, tanto no âmbito nacional como internacional, implica gastos que devem ser compensados quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada mediante uma sentença condenatória.
293. Quanto ao reembolso, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante a Corte, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e tomando em conta os gastos indicados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável.
294. A Corte afirmou reiteradamente que “as pretensões das vítimas ou seus representantes para as custas e gastos, e a evidência que as justifique, devem ser apresentadas à Corte na primeira ocasião concedida no procedimento, isto é, nas petições e argumentos, sem prejuízo de poderem atualizar estes gastos em uma data posterior, para ter em conta os novos custos e gastos gerados no procedimento perante este Tribunal”.<sup>346</sup>
295. No presente caso, a Corte observa que, nos anexos às alegações finais dos representantes, estes apresentaram informação relativa a gastos e atuações realizadas com anterioridade à apresentação do escrito de petições e argumentos, de modo que esta informação é extemporânea de acordo com a jurisprudência recém exposta (par. 24 *supra*).
296. Além disso, a Corte reitera que não é suficiente a remissão de documentos probatórios, mas se requer que as partes façam uma argumentação que relacione a prova com o fato que se considera representado, e que, ao tratar-se de alegados desembolsos econômicos, sejam estabelecidos com claridade os itens e

341. A Clínica Internacional de Defesa dos Direitos Humanos apresentou gastos a título de assistência jurídica por um montante de US\$ 135.600,00. O Centro Cultural Dominicano Haitiano solicitou um total de US\$ 35.212,00 por gastos processuais internos, assistência jurídica e gastos de investigação extrajudicial. Por sua vez, o Grupo de Ajuda a Refugiados e Repatriados apresentou gastos de US\$ 42.062,00, por apoio a vítimas, assistência jurídica e gastos de transportação (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo IV, folhas 2590 a 2626).

342. Tais gastos correspondem a US\$ 74.570,00 por assessoria jurídica, US\$ 11.880,00 por assessoria de estudantes, US\$ 771 por gastos de audiência e US\$ 1.326,00 por gastos de escritório (expediente de anexos às alegações finais dos representantes, tomo IX, folhas 4893 a 5080).

343. Os gastos que em realidade correspondem a gastos posteriores à audiência pública chegam a aproximadamente US\$ 420,00, correspondentes a transporte, alojamento e gastos de escritório (expediente de anexos às alegações finais dos representantes, tomo IX, folhas 5087 a 5166).

344. Quantia que corresponde a US\$ 16.247,00 por assessoria jurídica, US\$ 846,70 por gastos de documentação, US\$ 8.443,00 a título de alojamento, transporte e alimentação (expediente de anexos às alegações finais dos representantes, tomo IX, folhas 5168 a 5170).

345. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 79, e *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 314.

346. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*, *supra*, par. 275, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, *supra*, par. 307.

sua justificação.<sup>347</sup>

297. No presente caso, a prova apresentada pelos representantes e a argumentação correspondente não permite uma justificação completa dos montantes solicitados. Não obstante isso, foram comprovados certos gastos no litígio. Especificamente, gastos para participar da audiência pública do caso, celebrada na sede da Corte, assim como gastos pela remissão de seus escritos, entre outros, durante o processo perante a Corte. Tendo em conta o exposto, a Corte fixa em equidade a quantia de US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para a Clínica Internacional de Defesa dos Direitos Humanos da UQAM; US\$ 17.000,00 (dezesete mil dólares dos Estados Unidos da América) para o Grupo de Apoio aos Repatriados e Refugiados, e US\$ 16.000,00 (dezesesseis mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor do Centro Cultural Dominicano Haitiano. Estes montantes deverão ser entregues a cada instituição dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Decisão. Na etapa de supervisão de cumprimento da presente Sentença, a Corte poderá ordenar o reembolso por parte do Estado à vítima ou a seus representantes de gastos posteriores razoáveis e devidamente comprovados.

#### **F. Reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas**

298. Os representantes solicitaram à Corte um total de US\$ 25.300,00 (vinte e cinco mil e trezentos dólares dos Estados Unidos da América) do Fundo de Assistência Jurídica para custear gastos do litígio perante a Corte Interamericana.

299. Por meio da Resolução do Presidente da Corte, de 1º de dezembro de 2011, autorizou-se o Fundo a facilitar a presença de duas supostas vítimas e um representante, durante a audiência pública do caso, além da apresentação de uma declaração por *affidavit*. Deste modo, o montante gasto foi de US\$ 5.972,21 (cinco mil, novecentos e setenta e dois dólares dos Estados Unidos da América e vinte e um centavos).

300. O Estado não apresentou observações a esse respeito.

301. Em razão das violações declaradas na presente Sentença, a Corte ordena ao Estado o reembolso a este Fundo da quantia de US\$ 5.972,21 (cinco mil novecentos e setenta e dois dólares dos Estados Unidos da América e vinte e um centavos) pelos gastos realizados. Este montante deverá ser devolvido à Corte Interamericana no prazo de noventa dias, contados a partir da notificação da presente Decisão.

#### **G. Modalidades de cumprimento dos pagamentos ordenados**

302. O Estado deverá realizar o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial e o reembolso de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença diretamente às pessoas e organizações indicadas na mesma, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Decisão, nos termos dos seguintes parágrafos.

303. Caso os beneficiários tenham falecido ou venham a falecer antes da entrega da respectiva indenização, serão aplicados os critérios estabelecidos no parágrafo 289 da presente sentença.

304. O Estado deve cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América. Se por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou a seus herdeiros não seja possível o pagamento das quantias determinadas dentro do prazo indicado, o Estado depositará estes montantes a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira dominicana solvente, em dólares estadunidenses, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Se esta indenização não for reclamada dentro do prazo de dez anos, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.

305. As quantias determinadas na presente Sentença como indenização e como reembolso de custas e gastos deverão ser entregues às pessoas e organizações indicadas de forma integral, conforme o estabelecido nesta Sentença, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais.

306. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório na República Dominicana.

347. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Inhiguez Vs. Equador*, *supra*, par. 277, e *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México*, *supra*, par. 285.

## IX Pontos Resolutivos

307. Portanto,

### **A CORTE**

DECLARA,

por unanimidade, que:

1. O Estado é responsável pela violação do direito à vida, reconhecido no artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Jacqueline Maxime, Fritz Alce, Roselene Thermeus, Ilfaudia Dorzema, Máximo Rubén de Jesús Espinal, Pardis Fortilus e Nadege Dorzema, nos termos dos parágrafos 83 a 97 da presente Sentença.
2. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Noclair Florvilien, Joseph Desvraine, Sylvie Felizor, Michel Françoise, Sonide Nora, Rose-Marie Petit-Home, Joseph Pierre, Renaud Tima, Selafoi Pierre, Josier Maxime, Alphonse Oremis e Honorio Winique, nos termos do parágrafo 98 da presente Sentença.
3. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Jacqueline Maxime, Fritz Alce, Roselene Thermeus, Ilfaudia Dorzema, Máximo Rubén de Jesús Espinal, Pardis Fortilus e Nadege Dorzema e seus familiares, indicados no Anexo A da presente Decisão, nos termos dos parágrafos 99 a 117 da presente Sentença.
4. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade pessoal, reconhecido no artigo 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Rose-Marie Petit-Homme, Joseph Pierre, Renaud Tima, Selafoi Pierre, Sylvie Felizor, Roland Israel e Rose Marie Dol, nos termos dos parágrafos 124 a 144 da presente Sentença.
5. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e de livre circulação, reconhecidos nos artigos 8.1 e 22.9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Rose-Marie Petit-Homme, Joseph Pierre, Renaud Tima, Selafoi Pierre, Sylvie Felizor, Roland Israel, Rose Marie Dol, Josier Maxime e Sonide Nora, nos termos dos parágrafos 150 a 178 da presente Sentença.
6. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, reconhecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento das vítimas indicadas no Anexo A da presente Decisão, nos termos dos parágrafos 183 a 201 da presente Sentença.
7. O Estado é responsável pela violação da obrigação de adequar seu direito interno, estabelecida no artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 4.1, 8 e 25 do mesmo instrumento, nos termos dos parágrafos 82 e 207 a 217 da presente Sentença.
8. O Estado descumpriu o dever de não discriminar, contido no artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos direitos reconhecidos nos artigos 2, 4, 5, 7, 8, 22.9 e 25 da mesma, nos termos dos parágrafos 224 a 238 da presente Sentença.
9. A Corte considerou que não procede se pronunciar a respeito da alegada violação dos direitos à personalidade jurídica e de igualdade perante a lei, previstos nos artigos 3 e 24 da Convenção, nos termos do parágrafo 227 da presente Sentença.

### **E DISPÕE**

por unanimidade, que:

1. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.
2. O Estado deve reabrir a investigação dos fatos do caso, a fim de individualizar, julgar e, se for o caso, punir todos os responsáveis pelos fatos deste caso, nos termos dos parágrafos 248 e 249 da presente Sentença.
3. O Estado deve determinar o paradeiro dos corpos das pessoas falecidas, repatriá-los e entregá-los a

seus familiares, no prazo de um ano a partir da notificação da Sentença, nos termos dos parágrafos 252 e 253 da presente Sentença.

4. O Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico que as vítimas requeiram, de forma imediata e pelo tempo que seja necessário, nos termos dos parágrafos 258 a 261 da presente Sentença.
5. O Estado deve realizar as publicações indicadas no parágrafo 263 da presente Decisão, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da Sentença.
6. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e desculpas públicas, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da Sentença, nos termos do parágrafo 265 da presente Sentença.
7. O Estado deve implementar os programas de capacitação dispostos no parágrafo 269 da presente Decisão, destinados a funcionários das Forças Armadas, agentes de controle fronteiriço e agentes encarregados de procedimentos migratórios, de forma permanente e nos termos do parágrafo 270 da presente Sentença. Para tanto, o Estado deverá apresentar um relatório anual, durante três anos consecutivos, no qual indique as ações que se realizaram para tal fim.
8. O Estado deve realizar uma campanha nos meios de comunicação sobre os direitos das pessoas migrantes regulares e irregulares no território dominicano. Para tanto, o Estado deverá apresentar um relatório anual, durante três anos consecutivos, no qual indique as ações que se realizaram para tal fim, nos termos do parágrafo 272 da presente Sentença.
9. O Estado deve, dentro de um prazo razoável, adequar sua legislação interna sobre o uso da força por parte dos funcionários encarregados de aplicar a lei, nos termos dos parágrafos 274 e 275 da presente Sentença.
10. O Estado deverá pagar as quantias fixadas nos parágrafos 284, 285, 288, 297 e 301 da presente Sentença a título de indenizações por dano material e imaterial, por reembolso de custas e gastos, bem como por reembolso ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas, nos termos dos parágrafos 283 a 306 da presente Sentença, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da mesma.
11. O Estado deve, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para cumpri-la.
12. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres, em conformidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma.

Redigida em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 24 de outubro de 2012.

Diego García-Sayán  
Presidente

Manuel E. Ventura Robles  
Margarette May Macaulay

Leonardo A. Franco  
Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Diego García-Sayán  
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário