

ESTUDOS

# OS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA LEITURA COMPARADA

# LOS SISTEMAS EUROPEO E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA LECTURA COMPARADA

SUSANA ALMEIDA  
ANDRÉS ROUSSET

COORDENADORES / COORDINADORES

PRÓLOGO DE IRENEU CABRAL BARRETO

INCLUYE LIBRO  
ELECTRÓNICO

■■■ARANZADI







OS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO  
DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:  
UMA LEITURA COMPARADA

LOS SISTEMAS EUROPEO E INTERAMERICANO  
DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:  
UNA LECTURA COMPARADA



SUSANA ALMEIDA  
ANDRÉS ROUSSET  
*Coordenadores / Coordinadores*

Os Sistemas Europeu  
e Interamericano de Proteção  
dos Direitos Humanos:  
Uma Leitura Comparada

Los Sistemas Europeo  
e Interamericano de Protección  
de los Derechos Humanos:  
Una Lectura Comparada

*Prólogo*  
Ireneu Cabral Barreto

IIIARANZADI

© Susana Almeida y Andrés Rousset (coord.), 2024  
© Editorial Aranzadi, S.A.U.

**Editorial Aranzadi, S.A.U.**  
C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
Tel: 91 602 01 82  
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es  
<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: 2024

Este trabalho teve o apoio do Programa Contrato UIDB/04112/2020, financiado por fundos nacionais através da FCT I. P.

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es). Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

Este trabajo ha contado con el apoyo del Contrato Programa UIDB/04112/2020, financiado con fondos nacionales a través de FCT I. P.

Los datos y opiniones incluidos en esta publicación son responsabilidad exclusiva del autor o autores. Cualquier reproducción de esta obra, por fotocopia o cualquier otro procedimiento, sin la autorización previa y por escrito del Editor, es ilegal y susceptible de procedimiento judicial contra el infractor.



Depósito Legal: M-24431-2024

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1162-450-3

ISBN versión electrónica: 978-84-1162-449-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Printed in Spain

© Editorial Aranzadi, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Aranzadi, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación. EDITORIAL ARANZADI no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquier otras herramientas de participación. Igualmente, EDITORIAL ARANZADI se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

EDITORIAL ARANZADI queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

EDITORIAL ARANZADI se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Editorial Aranzadi, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

# *Índice General*

	<i>Página</i>
NOTA PRÉVIA / NOTA PREVIA .....	35
<i>IN MEMORIAM MARIO LÓPEZ GARELLI</i>	
MARIA CLAUDIA PULIDO .....	37
<b>PRÓLOGO</b>	
IRENEU CABRAL BARRETO .....	39
<b>APRESENTAÇÃO / PRESENTACIÓN</b>	
ANDRÉS ROUSSET SIRI y SUSANA ALMEIDA .....	45

## TÍTULO I

Génese e caracterização dos Sistemas Europeu e Interamericano de proteção de Direitos Humanos / Génesis y caracterización de los Sistemas Europeos e Interamericanos de protección de Derechos Humanos

### CAPÍTULO 1

#### **A Convenção Europeia de Direitos Humanos e o seu mecanismo de proteção**

EUGÉNIO LUCAS y MÁRIO BARATA .....	55
1. Introdução .....	55
2. Convenção Europeia de Direitos Humanos: origem e conteúdo ....	57
3. Mecanismos de proteção da Convenção Europeia de Direitos Humanos .....	61
4. Considerações finais .....	69

## CAPÍTULO 2

**O modelo comunitário de proteção de direitos fundamentais: dos «princípios gerais de direito comunitário» à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**

SUSANA SARDINHA MONTEIRO .....	73
<b>1. Os direitos fundamentais na europa comunitária: o silêncio dos tratados institutivos .....</b>	<b>74</b>
<b>2. O «despertar comunitário» para a necessidade de proteção dos direitos fundamentais .....</b>	<b>77</b>
2.1. <i>A evolução da orientação jurisprudencial no reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais .....</i>	79
2.2. <i>A receção e influência das soluções jurisprudenciais na atividade das instituições .....</i>	87
2.3. <i>A «constitucionalização» dos direitos fundamentais no direito originário .....</i>	87
2.3.1. O Tratado de Maastricht e a positivação dos direitos fundamentais .....	88
2.3.2. O Tratado de Amesterdão e a humanização da União Europeia .....	93
2.3.3. O Tratado de Nice e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.....	95
2.3.4. Os direitos fundamentais na «refundação» da União Europeia pós Tratado de Lisboa.....	101
<b>3. A Carta no sistema de proteção dos direitos fundamentais da união após o Tratado de Lisboa.....</b>	<b>106</b>
3.1. <i>O âmbito de aplicação da Carta e as suas «cláusulas horizontais» ..</i>	106
3.2. <i>O conteúdo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia .....</i>	110
<b>4. Reflexões finais.....</b>	<b>113</b>

## CAPÍTULO 3

**La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su mecanismo de protección**

ANDRÉS ROUSSET SIRI y WALTER ARÉVALO RAMÍREZ .....	115
<b>1. Introducción .....</b>	<b>115</b>

## ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
<b>2. Sistema Interamericano: marco normativo y procedural .....</b>	<b>116</b>
<b>3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos .....</b>	<b>119</b>
<b>4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....</b>	<b>120</b>
<b>5. Proyecciones en esta obra .....</b>	<b>123</b>
 <b>CAPÍTULO 4</b>	
<b>La competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>	
CHRISTIAN G. SOMMER y AGUSTINA N. VÁZQUEZ .....	125
<b>1. Presentación .....</b>	<b>125</b>
1.1. <i>Genesis</i> .....	126
1.2. <i>Composición</i> .....	127
<b>2. Competencias .....</b>	<b>128</b>
2.1. <i>La Competencia contenciosa</i> .....	128
2.2. <i>¿Qué analiza la Corte en su competencia contenciosa?</i> .....	129
2.3. <i>Las medidas provisionales</i> .....	130
<b>3. Funcionamiento .....</b>	<b>131</b>
3.1. <i>¿Cómo llega un caso ante la Corte IDH?</i> .....	131
3.2. <i>Periodo de sesiones</i> .....	134
3.3. <i>Audiencias</i> .....	134
3.3.1. Fase escrita inicial .....	134
3.3.2. Fase escrita final .....	137
3.3.3. Los terceros en el proceso: presentaciones de <i>amicus curiae</i> .....	137
3.3.4. Soluciones amistosas.....	137
3.3.5. La fase oral .....	138
3.4. <i>Sentencias</i> .....	139
3.5. <i>Reparaciones</i> .....	140
3.6. <i>Interpretación de las sentencias</i> .....	142
3.7. <i>Supervisión de cumplimiento</i> .....	143
<b>4. Conclusiones.....</b>	<b>143</b>

## CAPÍTULO 5

**Los criterios de interpretación en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

CINTIA BAYARDI MARTÍNEZ y ANDRÉS ROUSSET SIRI .....	145
<b>1. Introducción .....</b>	<b>145</b>
<b>2. La interpretación jurídica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.....</b>	<b>146</b>
<b>3. La Corte Interamericana como intérprete jurídica .....</b>	<b>150</b>
<b>4. Aplicación práctica de los criterios de interpretación .....</b>	<b>153</b>
<b>5. Reflexiones finales: la importancia de los criterios de interpretación en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....</b>	<b>160</b>

## CAPÍTULO 6

**Reflexões sobre o princípio da subsidiariedade, a margem de apreciação e o princípio da proporcionalidade: uma análise comparativa entre os sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos**

PAULA VEIGA y EDUARDO A. S. FIGUEIREDO .....	163
<b>1. Algumas considerações introdutórias.....</b>	<b>163</b>
<b>2. A subsidiariedade .....</b>	<b>167</b>
<b>3. A teoria ou doutrina da margem de apreciação .....</b>	<b>174</b>
<b>4. A proporcionalidade .....</b>	<b>180</b>
<b>5. Conclusões .....</b>	<b>183</b>

## CAPÍTULO 7

**Excepcionalidad, subsidiariedad y flexibilidad: el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos**

EULALIA W. PETIT DE GABRIEL .....	185
<b>1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, su ámbito de aplicación y las situaciones excepcionales previstas en el artículo 15 CEDH .....</b>	<b>185</b>
<b>2. El supuesto habilitador de la derogación: amenazas al Estado, crisis sanitaria y conflicto armado .....</b>	<b>187</b>
<b>2.1. La letra del CEDH y la práctica histórica .....</b>	<b>188</b>

## ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
2.2. <i>Las amenazas sanitarias: derogación en tiempos de pandemia .....</i>	191
2.3. <i>El Convenio y su derogación en tiempos de conflicto armado .....</i>	193
<b>3. Los límites internos y externos: derechos inderogables y reservas</b>	195
3.1. <i>Los límites endógenos: los derechos inderogables .....</i>	196
3.2. <i>Los límites exógenos: las reservas al artículo 15 CEDH.....</i>	197
<b>4. La configuración del control por el TEDH: una norma secundaria para la protección de ciertos derechos en el caso concreto.....</b>	199
4.1. <i>El examen de la aplicación de la derogación: ¿norma sustantiva o norma secundaria? .....</i>	200
4.2. <i>La posible indeterminación de los derechos derogados .....</i>	201
4.3. <i>El alcance del control efectuado .....</i>	202
<b>5. A modo de conclusión: excepcionalidad, subsidiariedad y flexibilidad.....</b>	204

## CAPÍTULO 8

### Limitaciones por estado de emergencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

RODRIGO CHÁVEZ FIERRO y JAVIER RASCADO PÉREZ .....	207
<b>1. Introducción .....</b>	207
<b>2. Definición de estado de emergencia y la experiencia mexicana por COVID-19 .....</b>	208
<b>3. Normatividad .....</b>	212
<b>4. Jurisprudencia interamericana .....</b>	215
<b>5. Principios aplicables.....</b>	224
5.1. <i>Principios expresamente señalados en la CADH .....</i>	224
5.2. <i>Otros principios no señalados expresamente en la CADH .....</i>	225
<b>6. Conclusión .....</b>	226

## CAPÍTULO 9

### Responsabilidade internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

NATÁLIA DE ALMEIDA MORENO .....	227
<b>1. Introdução .....</b>	227

Página

2. Breves reflexões sobre a responsabilidade internacional dos Estados .....	228
3. A responsabilidade no Sistema Interamericano.....	236
4. Síntese conclusiva.....	244

CAPÍTULO 10

**El control de convencionalidad en América Latina y Europa:  
encuentros y desencuentros entre la Corte Interamericana y el Tribunal  
Europeo de Derechos Humanos**

IGNACIO G. PEROTTI PINCIROLI .....	247
1. Introducción .....	247
2. El control de convencionalidad en América Latina.....	248
2.1. <i>La evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia     de la Corte Interamericana .....</i>	250
2.2. <i>Fundamentos jurídicos del control de convencionalidad interamericano.</i>	253
2.3. <i>Efectos del control de convencionalidad interamericano.....</i>	256
3. El control de convencionalidad en Europa .....	259
3.1. <i>Características de la protección de los derechos humanos por parte     del Tribunal Europeo .....</i>	260
3.2. <i>Las sentencias del Tribunal Europeo: ¿valor vinculante de la cosa     interpretada? .....</i>	262
3.3. <i>¿Nuevos horizontes de protección en el sistema europeo de derechos     humanos? .....</i>	265
3.4. <i>¿Impone el Tribunal Europeo un control de convencionalidad? .....</i>	268
4. Conclusiones.....	270

TÍTULO II

A dimensão processual / La dimensión procesal

CAPÍTULO 11

**Condiciones de admisibilidad de la petición en el Sistema  
Interamericano de Derechos Humanos**

MARIO LÓPEZ GARELLI .....	275
1. Introducción .....	275

## ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
<b>2. Antecedentes .....</b>	<b>277</b>
<b>3. Cuestiones previas .....</b>	<b>278</b>
3.1. <i>Momento procesal en que se verifican los requisitos de admisibilidad.....</i>	278
3.2. <i>Representación ante la CIDH.....</i>	279
3.3. <i>Falta de respuesta del Estado.....</i>	279
<b>4. Requisitos de admisibilidad .....</b>	<b>280</b>
4.1. <i>Competencia .....</i>	280
4.1.1. <i>Competencia ratione personae .....</i>	280
4.1.2. <i>Competencia ratione loci .....</i>	281
4.1.3. <i>Competencia ratione temporis .....</i>	281
4.1.4. <i>Competencia ratione materiae.....</i>	282
4.2. <i>Duplicación, litispendencia y cosa juzgada internacional .....</i>	282
4.3. <i>Agotamiento de los recursos internos.....</i>	283
4.3.1. <i>Regla general.....</i>	283
4.3.2. <i>Excepciones.....</i>	284
4.4. <i>Plazo de presentación .....</i>	286
4.5. <i>Caracterización .....</i>	287
<b>5. Comentario final .....</b>	<b>287</b>

## CAPÍTULO 12

### Peticiones individuales y comunicaciones estatales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

MARÍA EMILIA CORRAL .....	289
<b>1. Introducción .....</b>	<b>289</b>
<b>2. Peticiones individuales .....</b>	<b>290</b>
<b>3. Comunicaciones interestatales.....</b>	<b>291</b>
<b>4. Procedimiento ante la Comisión Interamericana .....</b>	<b>292</b>
<b>5. Procedimiento de casos contenciosos ante la Corte IDH .....</b>	<b>296</b>
<b>6. Conclusiones .....</b>	<b>297</b>

## CAPÍTULO 13

**Condições de admissibilidade de queixa no sistema de proteção de direitos humanos do Conselho da Europa**

INÊS PEDREIRO GOMES .....	299
<b>1. Introdução .....</b>	<b>299</b>
<b>2. Pressupostos de admissibilidade comuns .....</b>	<b>300</b>
2.1. <i>A exaustão das vias de recurso internas.....</i>	300
2.2. <i>Prazo de quatro meses a contar da data da decisão interna definitiva.....</i>	309
<b>3. Pressupostos de admissibilidade específicos .....</b>	<b>313</b>
3.1. <i>Anonimato da petição individual .....</i>	313
3.2. <i>Petição idêntica perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ou distinta instância internacional .....</i>	314
3.3. <i>Petição incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, manifestamente mal fundada ou com caráter abusivo .....</i>	317
3.4. <i>Prejuízo significativo.....</i>	319
<b>4. Momento de apreciação dos critérios de inadmissibilidade.....</b>	<b>321</b>

## CAPÍTULO 14

**Admisibilidad, fondo y satisfacción equitativa en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ .....	323
<b>1. Introducción .....</b>	<b>323</b>
<b>2. Requisitos de admisibilidad sobre el fondo (art. 35.3.b, CEDH)....</b>	<b>323</b>
2.1. <i>Demandas manifiestamente mal fundadas .....</i>	324
2.2. <i>Ausencia de un perjuicio importante .....</i>	325
<b>3. Satisfacción equitativa (art. 41, CEDH).....</b>	<b>326</b>
3.1. <i>Rasgos generales de la satisfacción equitativa .....</i>	326
3.2. <i>Requisitos de la satisfacción equitativa .....</i>	326
3.3. <i>Reembolso de gastos .....</i>	327
<b>4. La sentencia y sus efectos (art. 46, CEDH) .....</b>	<b>328</b>

## ÍNDICE GENERAL

Página

### CAPÍTULO 15

#### **La experiencia de las soluciones amistosas ante los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos: algunas lecciones aprendidas en la Argentina**

GABRIELA KLETZEL .....	333
1. Palabras preliminares .....	333
2. Sobre el mecanismo de solución amistosa .....	334
3. Algunas lecciones sobre la herramienta .....	336
3.1. <i>Condiciones mínimas</i> .....	336
3.1.1. Agenda y tiempos claros.....	337
3.1.2. Autoridad suficiente y seguimiento.....	339
4. Ejemplos exitosos .....	340
4.1. <i>La derogación del desacato</i> .....	340
4.2. <i>Los juicios por la verdad y la mejora de las investigaciones judiciales de apropiación de niños en dictadura</i> .....	341
4.3. <i>La reforma del Código de Justicia militar</i> .....	343
4.4. <i>Algunos ejemplos recientes</i> .....	345
5. Conclusiones.....	348

### CAPÍTULO 16

#### **La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

YURIA SAAVEDRA ÁLVAREZ .....	349
1. Introducción .....	349
2. La obligación de reparar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	351
3. Elementos de la obligación de reparación .....	353
4. Acreedores y acreedoras de las reparaciones.....	354
5. Modalidades de reparación .....	355
5.1. <i>Obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables</i> .....	356
5.2. Restitución .....	359
5.3. Satisfacción .....	360

	<i>Página</i>
5.4. <i>Rehabilitación</i> .....	363
5.5. <i>Garantías de no repetición</i> .....	364
5.6. <i>Indemnizaciones compensatorias</i> .....	366
5.7. <i>Costas y gastos</i> .....	368
<b>6. Conclusiones</b> .....	<b>369</b>
 <b>CAPÍTULO 17</b>	
<b>Naturaleza, efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</b>	
LORENZO M. BUJOSA VADELL .....	371
1. <b>Introducción</b> .....	371
2. <b>El TEDH como órgano jurisdiccional supranacional</b> .....	373
3. <b>La fuerza de obligar de las sentencias del TEDH</b> .....	376
4. <b>La aparente naturaleza heterogénea de las sentencias del TEDH</b> ..	378
5. <b>La eficacia de las sentencias del TEDH</b> .....	381
5.1. <i>La larga problemática de la obtención de eficacia de las sentencias del TEDH</i> .....	382
5.2. <i>El Comité de Ministros del Consejo de Europa como garante de la eficacia de las sentencias del TEDH</i> .....	391
5.3. <i>Las sentencias del TEDH y el proceso de revisión de sentencias firmes</i> .....	393
 <b>CAPÍTULO 18</b>	
<b>Novedades introducidas en el Sistema Europeo de Derechos Humanos a través de las sentencias piloto</b>	
SARA TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS .....	397
1. <b>Introducción</b> .....	397
2. <b>Las sentencias piloto: definición y características</b> .....	398
3. <b>Elección de la demanda</b> .....	401
4. <b>Imposición de las medidas de reparación</b> .....	402
5. <b>La supervisión de la ejecución de las sentencias piloto</b> .....	404
6. <b>Conclusiones</b> .....	407

## ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
<b>CAPÍTULO 19</b>	
<b>Una competencia verdaderamente tutelar en el marco del Sistema IDH: las medidas cautelares, provisionales y urgentes</b>	
DANIEL E. RODRÍGUEZ INFANTE .....	409
1. Introducción .....	409
2. Acercamiento y marco normativo .....	410
3. Medidas provisionales y cautelares: diferencias insustanciales e identidad común .....	413
3.1. <i>Distinciones</i> .....	413
4. Particularidades en las medidas urgentes .....	433
5. Conclusiones .....	434
<b>CAPÍTULO 20</b>	
<b>Una lectura comparada respecto de la función consultiva en la Corte Interamericana de Derechos humanos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: debilidades y fortalezas</b>	
FABIÁN SALVIOLI .....	435
1. Introducción y antecedentes .....	436
2. La función consultiva en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	437
2.1. <i>La recepción de la función consultiva para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Protocolo No. 2 Anexo al Convenio .....</i>	438
2.2. <i>El (no) desarrollo de la competencia consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos bajo el Protocolo No. 2 al Convenio Europeo .....</i>	443
2.3. <i>La incorporación de la competencia consultiva al cuerpo del Convenio Europeo .....</i>	443
2.4. <i>El procedimiento de una opinión consultiva solicitada bajo el Convenio Europeo .....</i>	444
2.5. <i>Las primeras opiniones consultivas resueltas por el Tribunal Europeo con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos .....</i>	444
2.6. <i>El innovador Protocolo No. 16 .....</i>	448
2.7. <i>El procedimiento consultivo conforme al Protocolo No. 16 .....</i>	452
2.8. <i>Las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Europeo con base en el Protocolo No. 16 .....</i>	453

	<u>Página</u>
2.9. <i>La competencia consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme al Convenio de Oviedo .....</i>	454
<b>3. La función consultiva en la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....</b>	<b>456</b>
3.1. <i>La recepción de la competencia consultiva en la Convención Americana .....</i>	456
3.2. <i>Los contornos de la función consultiva de la Corte Interamericana .....</i>	458
3.3. <i>El procedimiento de una opinión consultiva ante la Corte Interamericana .....</i>	460
3.4. <i>El desarrollo jurisprudencial de la competencia consultiva de la Corte Interamericana.....</i>	461
<b>4. Semejanzas y diferencias en la función consultiva de ambos tribunales.....</b>	<b>469</b>
<b>5. El valor jurídico de las opiniones consultivas.....</b>	<b>474</b>
<b>6. A modo de consideraciones finales .....</b>	<b>476</b>

### TÍTULO III A dimensão substantiva / La dimensión sustantiva

#### CAPÍTULO 21

<b>Direito à vida no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos</b>	
INÊS FERNANDES GODINHO y ANA ELISABETE FERREIRA .....	481
<b>1. Considerações iniciais .....</b>	<b>481</b>
<b>2. Pena de morte e eutanásia .....</b>	<b>485</b>
2.1. <i>Pena de morte .....</i>	485
2.2. <i>Eutanásia .....</i>	487
<b>3. Conclusões .....</b>	<b>489</b>

#### CAPÍTULO 22

<b>Derecho a la vida: estándares interamericanos</b>	
MARCELO ANDRADE DE AZAMBUJA y MARINA DE ALMEIDA ROSA .....	491
<b>1. Introducción .....</b>	<b>491</b>
<b>2. Consideraciones generales .....</b>	<b>492</b>

## ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
2.1. <i>Sujeto activo</i> .....	494
2.2. <i>Sujeto pasivo</i> .....	495
2.3. <i>Obligaciones estatales</i> .....	496
2.4. <i>Reparaciones</i> .....	498
<b>3. Consideraciones específicas</b> .....	<b>500</b>
3.1. <i>Uso de la fuerza por agentes estatales</i> .....	500
3.2. <i>Pena de muerte</i> .....	501
3.3. <i>Ejecuciones sumarias, arbitrarias o extrajudiciales</i> .....	503
3.4. <i>Vida digna</i> .....	504
3.5. <i>Desaparición forzada de personas</i> .....	505
<b>4. Grupos vulnerables</b> .....	<b>506</b>
4.1. <i>Mujeres</i> .....	506
4.2. <i>Niños, niñas y adolescentes</i> .....	507
4.3. <i>Personas privadas de la libertad</i> .....	508
4.4. <i>Pueblos indígenas y tribales</i> .....	509
4.5. <i>Personas con discapacidad</i> .....	510
4.6. <i>Personas en situación de movilidad</i> .....	511
4.7. <i>Personas LGBTI</i> .....	511
4.8. <i>Personas defensoras de derechos humanos</i> .....	512

## CAPÍTULO 23

<b>Proibição de tortura tratamentos desumanos e degradantes, em particular nos locais de privação da liberdade (articulo 3º da CEDH)</b>	
ANA RITA GIL .....	515
<b>1. Aproximação aos conceitos de tortura, tratamentos desumanos e degradantes</b> .....	515
<b>2. Natureza absoluta da proibição</b> .....	517
<b>3. Princípios gerais sobre o tratamento de reclusos face ao art. 3.º da CEDH</b> .....	517
<b>4. Jurisprudência sobre «condições materiais de detenção»</b> .....	519
4.1. <i>Sobrelotação</i> .....	519
4.2. <i>Condições de higiene</i> .....	521

	<i>Página</i>
4.3. <i>Outras condições materiais</i> .....	521
4.4. <i>Uso da força</i> .....	523
4.5. <i>Medidas de isolamento</i> .....	524
4.6. <i>Saúde dos reclusos</i> .....	525
<b>5. A jurisprudência do TEDH e o sistémico problema europeu das prisões .....</b>	<b>526</b>

## CAPÍTULO 24

### **La tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

LUCAS LECOUR .....	527
1. <b>Introducción</b> .....	527
2. <b>El concepto de tortura en el DIDH</b> .....	528
3. <b>Alcance del concepto de tortura y sus elementos diferenciadores con las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ..</b>	531
3.1. <i>Consideraciones generales</i> .....	531
3.2. <i>La finalidad específica de violencia sexual como forma de tortura ...</i>	537
4. <b>La prohibición de la tortura en el DIDH</b> .....	543
5. <b>Conclusión</b> .....	546

## CAPÍTULO 25

### **O direito à liberdade e à segurança na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na Convenção americana sobre Direitos Humanos**

THAÍS N. CESÁR E SILVA .....	547
1. <b>O direito à liberdade e à segurança</b> .....	547
2. <b>A privação da liberdade</b> .....	549
2.1. <i>Duração da privação da liberdade</i> .....	549
2.2. <i>Privação Física</i> .....	550
2.3. <i>Propósito da privação</i> .....	551
3. <b>Os pressupostos da privação da liberdade «Legalmente Admissível e Juridicamente Suportável»: legalidade, não arbitrariedade e necessidade .....</b>	551

## ÍNDICE GENERAL

*Página*

<b>4.</b>	<b>Os fundamentos à restrição legítima ao direito à liberdade e segurança .....</b>	552
4.1.	<i>Os fundamentos no Sistema Europeu .....</i>	552
4.2.	<i>Os fundamentos no Sistema Interamericano.....</i>	559
<b>5.</b>	<b>As garantias das pessoas privadas de liberdade .....</b>	561
<b>6.</b>	<b>Conclusão.....</b>	562

## CAPÍTULO 26

### O direito fundamental de acesso à justiça à luz do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: das condições de efetividade no acesso à justiça à admissibilidade de meios extrajudiciais de resolução de conflitos

LURDES VARREGOSO MESQUITA y CÁTIA MARQUES CEBOLA.....	565	
<b>1.</b>	<b>Enquadramento geral e objetivos propostos .....</b>	565
<b>2.</b>	<b>Delimitação dos contornos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.....</b>	568
2.1.	<i>Sobre a noção de tribunal .....</i>	570
i.	Quanto a encontrar-se estabelecido por lei .....	571
ii.	Sobre a independência e a imparcialidade.....	572
2.2.	<i>Sobre o efetivo acesso ao tribunal .....</i>	572
<b>3.</b>	<b>A densificação do direito de acesso à justiça: dos tribunais aos ADR .....</b>	575
3.1.	<i>Da compatibilização do artigo 6.º da CEDH com os meios extrajudiciais de resolução de conflitos (ADR) .....</i>	576
i.	Em sede de arbitragem .....	577
ii.	No contexto de sistemas de mediação /conciliação ..	578
iii.	O entendimento do TEDH sobre os ADR em síntese	580
<b>4.</b>	<b>Conclusões .....</b>	581

## CAPÍTULO 27

### A ação executiva à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

TIAGO AZEVEDO RAMALHO .....	583	
<b>1.</b>	<b>A ação executiva e o processo civil: especificidades e problemas...</b>	583

	<i>Página</i>
<b>2. O processo civil na Convenção.....</b>	585
2.1. <i>A sedes materiae: o art. 6.º da Convenção .....</i>	586
2.2. <i>Os parâmetros do art. 6.º, n.º 1, da Convenção .....</i>	588
<b>3. Questões específicas da ação executiva.....</b>	588
3.1. <i>A garantia de execução .....</i>	589
a. Desde o art. 6.º da Convenção.....	589
b. Desde o art. 1.º ao Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção .....	594
3.2. <i>Responsabilidade do Estado pela atuação dos seus auxiliares de justiça .....</i>	596
3.3. <i>Insuficiência económica do Estado .....</i>	598
<b>4. Reflexos na ordem jurídica portuguesa .....</b>	598

## CAPÍTULO 28

### El derecho fundamental de acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos

JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI.....	601
<b>1. Introducción .....</b>	601
<b>2. Evolución de la definición del derecho fundamental de acceso a la justicia .....</b>	602
<b>3. Reconocimiento normativo de un derecho convencional .....</b>	603
3.1. <i>Relación del derecho fundamental de acceso a la justicia con otros derechos convencionales.....</i>	605
3.2. <i>Reconocimiento del derecho de acceso a la justicia en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....</i>	607
<b>4. Conclusiones.....</b>	609

## CAPÍTULO 29

### A tutela da vida privada e familiar, domicílio e correspondência à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: o âmbito dilatado e polimórfico do artigo 8.º da Convenção de Roma

SUSANA ALMEIDA .....	611
<b>1. Considerações introdutórias: a construção de um direito ao respeito pela vida privada e familiar .....</b>	611

## ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
2. Sobre a estrutura, interpretação e metodologia de aplicação do artigo 8.º .....	616
3. O respeito pela «vida privada»: da dimensão interna e estática à dimensão externa e dinâmica .....	619
4. O respeito pela «vida familiar»: da dilatação à diluição do conceito .....	630
5. O respeito pelo «domicílio»: um conceito amplo alinhado com a versão francesa do preceito (« <i>domicile</i> ») .....	637
6. O respeito pela «correspondência»: o enfoque no controlo da legalidade e no juízo de proporcionalidade .....	640
7. Considerações finais .....	642

## CAPÍTULO 30

### A proteção da(s) família(s) e das crianças no sistema europeu de proteção de direitos humanos

SUSANA ALMEIDA y PATRÍCIA ROCHA .....	645
1. Considerações preliminares .....	645
2. Os preceitos tuteladores da família no contexto convencional.....	648
3. Das relações familiares horizontais: os direitos dos casais.....	654
3.1. <i>O status da relação conjugal</i> .....	654
3.2. <i>Os direitos decorrentes da relação conjugal</i> .....	655
4. Das relações familiares verticais: a filiação.....	657
4.1. <i>Princípios gerais</i> .....	657
4.2. <i>Os laços familiares entre pais e filhos menores após a rutura da vida em comum dos progenitores: determinação da residência e o direito de visitas</i> .....	660
4.3. <i>Rapto de menores</i> .....	665
4.4. <i>Medidas de promoção e proteção</i> .....	669
4.5. <i>Gestação de substituição</i> .....	672
5. Sumaríssima incursão jurisprudencial sobre as novas constelações familiares .....	674
5.1. <i>Famílias de facto</i> .....	674
5.2. <i>Famílias monoparentais</i> .....	674
5.3. <i>Famílias recombinadas, pluriparentais ou socioafetivas</i> .....	675

	<i>Página</i>
<i>5.4. Famílias integradas por transexual .....</i>	676
<i>5.5. Famílias constituídas por casais do mesmo sexo .....</i>	677
<i>5.6. Famílias transfronteiriças .....</i>	678
<b>6. Considerações finais .....</b>	<b>679</b>

## CAPÍTULO 31

### Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho de las familias argentino

MARIEL F. MOLINA y GABRIEL R. JUAN .....	683
<b>1. Introducción .....</b>	<b>683</b>
<b>2. Principios y estándares interpretativos derivados del sistema constitucional-convencional.....</b>	<b>684</b>
<i>2.1. Postulados generales.....</i>	686
<i>2.1.1. Interpretación evolutiva y dinámica .....</i>	686
<i>2.1.2. Buena fe.....</i>	687
<i>2.1.3. En favor de la persona humana .....</i>	687
<i>2.2. La centralidad de la persona y su derecho humano a la vida familiar .....</i>	687

<b>3. La protección de la autonomía personal en el diseño del plan de vida y el pluralismo familiar.....</b>	<b>689</b>
<b>4. La solidaridad familiar y la protección de los vulnerables.....</b>	<b>690</b>
<i>4.1. Protección reforzada de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos .....</i>	691
<i>4.2. Igualdad real en clave de género .....</i>	695
<b>5. Palabras finales .....</b>	<b>702</b>

## CAPÍTULO 32

### Los derechos sociales y los menores: el problema del respeto a la vida privada y familiar en el estado actual del derecho

LORENA SALES PALLARÉS .....	703
<b>1. La justiciabilidad de los derechos sociales .....</b>	<b>703</b>
<b>2. La sociedad actual y la vida privada y familiar .....</b>	<b>706</b>
<b>3. Menores y el estado actual del derecho .....</b>	<b>710</b>

## ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
<b>CAPÍTULO 33</b>	
<b>Do direito a casar – na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</b>	
CRISTINA DIAS .....	715
<b>CAPÍTULO 34</b>	
<b>O direito sucessório na jurisprudência do TEDH</b>	
DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA MORAIS .....	731
1. Direito sucessório e direitos humanos.....	731
2. Os direitos sucessórios dos filhos «ilegítimos»: a intervenção assertiva do TEDH .....	733
3. Os direitos sucessórios na união de facto e no casamento de pessoas do mesmo sexo: a intervenção cautelosa do TEDH .....	741
4. Discriminação nos direitos sucessórios por motivos religiosos e na interpretação dos testamentos: tendência «expansionista» do TEDH? .....	746
5. Conclusão .....	750
<b>CAPÍTULO 35</b>	
<b>Interpretación evolutiva de los Tratados Regionales de Derechos Humanos: Derechos Reproductivos — Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>	
OZANA OLARIU .....	751
1. Introducción .....	751
2. La interpretación evolutiva como herramienta hermenéutica .....	754
2.1. Interpretación evolutiva en la jurisprudencia internacional .....	754
2.2. Interpretación evolutiva en la jurisprudencia de ámbito regional....	756
2.2.1. El concepto de consenso regional .....	760
2.2.2. Margen de apreciación .....	760
3. Derechos reproductivos y la interpretación evolutiva en la jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos.....	761
3.1. Derechos reproductivos en la jurisprudencia del TEDH .....	762
3.2. Derechos reproductivos en la jurisprudencia de la CIDH.....	763
4. Consideraciones finales .....	766

## CAPÍTULO 36

**A tutela do ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, através/ e apesar dos direitos humanos**

CARLA AMADO GOMES .....	769
<b>1. Introdução .....</b>	<b>769</b>
<b>2. A protecção do ambiente através.....</b>	<b>771</b>
2.1. <i>Do direito à inviolabilidade do domicílio.....</i>	771
2.2. <i>Do direito à vida .....</i>	772
2.3. <i>Da liberdade de expressão .....</i>	774
<b>3. A protecção do ambiente apesar.....</b>	<b>774</b>
3.1. <i>Do direito à liberdade.....</i>	774
3.2. <i>Do direito de propriedade .....</i>	775
<b>4. A impossibilidade de promover a tutela direta do ambiente como interesse geral .....</b>	<b>776</b>

## CAPÍTULO 37

**Estándares interamericanos en materia de medio ambiente: guía para proteger a los sectores en vulnerabilidad**

ISAAC DE PAZ GONZÁLEZ .....	779
<b>1. Introducción .....</b>	<b>779</b>
<b>2. Preámbulo de la protección ambiental en la Corte IDH .....</b>	<b>781</b>
<b>3. Directrices ambientales propuestas por la Comisión IDH: los informes como marco de referencia para proteger el ambiente .....</b>	<b>782</b>
<b>4. Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos .....</b>	<b>783</b>
<b>5. La jurisprudencia ambiental interamericana .....</b>	<b>788</b>
<b>6. El referente ambiental interamericano: la OC 23/2017 .....</b>	<b>790</b>
<b>7. El referente contencioso interamericano: Lhaka Honhat vs. Argentina .....</b>	<b>791</b>
<b>8. Conclusiones .....</b>	<b>792</b>

## ÍNDICE GENERAL

Página

### CAPÍTULO 38

#### **A proibição da discriminação a partir dos sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos**

VALÉRIA RODINÉIA ZANETTE y REGINALDO DE SOUZA VIEIRA.....	795
<b>1. Introdução .....</b>	795
<b>2. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos .....</b>	796
2.1. <i>Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos .....</i>	798
2.2. <i>Sistema europeu de proteção dos direitos humanos .....</i>	801
<b>3. A proibição da discriminação no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos .....</b>	804
<b>4. A não discriminação no sistema europeu de proteção dos direitos humanos .....</b>	807
<b>5. Conclusão .....</b>	812

### CAPÍTULO 39

#### **Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano: reflexiones a propósito del caso Pavez Pavez contra Chile**

ESTEFANÍA ESPARZA REYES .....	813
<b>1. Resumen.....</b>	813
<b>2. Introducción.....</b>	814
<b>3. La configuración del concepto de discriminación .....</b>	815
3.1. <i>Discriminación que considera a los grupos sociales desaventajados para su configuración .....</i>	815
3.2. <i>Discriminación sin grupos sociales. Una noción de igualdad formal .....</i>	818
<b>4. El concepto de discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. Especial referencia al caso Pavez Pavez contra Chile .....</b>	819
<b>5. Luces y sombras del concepto de discriminación en el sistema interamericano. A modo de conclusión.....</b>	822

## CAPÍTULO 40

**Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de los órganos internacionales universales y regionales de protección de los derechos humanos**

JORGE ARAYA .....	825
1. Introducción .....	825
2. Panorama de los marcos normativos a nivel universal y regional..	826
3. Modelos sobre la discapacidad y su reconocimiento en las normas internacionales a nivel universal y regional.....	828
4. Análisis de la jurisprudencia en áreas relevantes .....	829
4.1. <i>No discriminación</i> .....	829
4.2. <i>Autonomía e independencia de las personas con discapacidad, capacidad jurídica</i> .....	832
4.3. <i>Derecho al voto</i> .....	834
4.4. <i>Derecho a la educación inclusiva y de calidad</i> .....	836
4.5. <i>Imposición de la pena de muerte</i> .....	838
5. Conclusiones.....	839

## CAPÍTULO 41

**Estándares del sistema interamericano de derechos humanos en materia género**

MARÍA FLORENCIA JUAIRE .....	841
1. Introducción .....	841
2. La perspectiva de género en la protección de los derechos humanos .....	842
3. La perspectiva de género en las decisiones de la Corte IDH: casos relevantes en materia sexual .....	843
4. Desafíos actuales y futuros en la protección de los derechos de género en la región .....	848

## ÍNDICE GENERAL

Página

### CAPÍTULO 42

#### O reconhecimento e promoção dos direitos das pessoas LGBTIQ pelo sistema europeu de direitos humanos

LUÍS F. MOTA (COM DIEGO GALEGO, ELISA PACHECO E PATRÍCIA BENTO)	849
1. Introdução .....	849
2. As principais manifestações de discriminação e reivindicações das pessoas LGBTIQ na Europa .....	852
3. A (des)consideração pelos direitos das pessoas LGBTIQ no Conselho da Europa e na CEDH .....	855
4. Decisões do TEDH em relação a pessoas LGBTIQ .....	860
4.1. <i>Proteção contra tortura e maus-tratos, sobretudo crimes de ódio ....</i>	861
4.1.1. Proteção contra discurso de ódio .....	862
4.1.2. Proteção em contexto prisional .....	863
4.1.3. Proteção de pessoas imigrantes e requerentes de asilo .....	864
4.2. <i>Proteção da vida privada e familiar .....</i>	865
4.2.1. Criminalização de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo.....	866
4.2.2. Reconhecimento das identidades de género de pessoas trans.....	866
4.2.3. Reconhecimento legal de relações entre pessoas do mesmo sexo.....	867
4.2.4. Relações familiares, incluindo adoção por casais do mesmo sexo.....	869
4.3. <i>Proteção dos direitos de expressão, reunião e associação .....</i>	870
4.3.1. Liberdade de expressão.....	870
4.3.2. Liberdades de associação e reunião .....	871
4.4. <i>Discriminação.....</i>	872
5. Conclusão .....	874

### CAPÍTULO 43

#### A proteção dos direitos humanos dos migrantes pela jurisprudência do TEDH

ANA RITA GIL .....	877
--------------------	-----

	<i>Página</i>
<b>1. Introdução .....</b>	877
<b>2. Direitos humanos em processo migratório.....</b>	878
2.1. <i>Direito à Vida .....</i>	878
2.2. <i>Proibição de expulsões coletivas .....</i>	879
2.3. <i>Garantias procedimentais em procedimento de expulsão de estrangeiros em situação regular.....</i>	881
2.4. <i>Direito a um processo equitativo em procedimentos de expulsão .....</i>	881
2.5. <i>Direito a um recurso judicial efetivo .....</i>	882
2.6. <i>Detenção de Migrantes .....</i>	883
<b>3. Direitos derivados de imigração .....</b>	885
3.1. <i>Proibição de Tortura, Tratamentos Desumanos e Degradantes .....</i>	885
3.2. <i>Direito à Vida .....</i>	888
3.3. <i>Direito à vida familiar .....</i>	888
3.4. <i>Direito à vida privada .....</i>	891
3.5. <i>Proteção dos direitos da criança .....</i>	893
<b>4. Conclusão.....</b>	893

## CAPÍTULO 44

### Estándares interamericanos en la protección de los derechos humanos de las personas migrantes

ELIZABETH NATALY ROSAS RÁBAGO y LAURA ALICIA CAMARILLO GOVEA .....	895
<b>1. Introducción .....</b>	895
<b>2. Personas en contexto de movilidad: vulnerabilidades .....</b>	896
<b>3. La migración de niñas y niños .....</b>	899
<b>4. Trabajadores migratorios.....</b>	902
<b>5. El derecho al asilo y la no devolución.....</b>	904
5.1. <i>El derecho a solicitar y recibir asilo .....</i>	904
5.2. <i>El derecho a la no devolución.....</i>	905
<b>6. Conclusiones.....</b>	906

## ÍNDICE GENERAL

Página

### CAPÍTULO 45

#### A proteção do recluso na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

ANA COSTA DE ALMEIDA .....	907
1. A privação do bem essencial da liberdade: excepcionalidade, limites e finalidades, e a condição vulnerável do recluso .....	907
2. A tutela do recluso à luz dos instrumentos normativos europeus e internacionais.....	911
3. O artigo 6.º da CEDH: o direito de acesso aos tribunais e à justiça em reclusão.....	917
4. O artigo 3.º da CEDH: a proibição de torturas, e de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes .....	921
5. Considerações finais .....	924

### CAPÍTULO 46

#### Direito à educação nas Américas e na Europa

MARIA J. PAIXÃO .....	925
1. O crescendo da proteção internacional do direito à educação .....	925
2. O direito à educação nas Américas e na Europa: os sistemas regionais de proteção de direitos humanos.....	926
3. O conteúdo normativo do direito à educação .....	928
4. A proteção regional do direito à educação: entre o tempo e a cultura	929
4.1. O Protocolo de São Salvador e o Protocolo Adicional à CEDH .....	929
4.2. O esquema dos 4 A's aplicado à CADH e à CEDH.....	936
5. Conclusões .....	940

### CAPÍTULO 47

#### El discurso de odio *on line* y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión: ¿diferentes vías, mismos límites?

CARMEN QUESADA ALCALÁ .....	943
1. Introducción .....	943
2. La caracterización del discurso de odio <i>on line</i> .....	944

	Página
<b>3. El discurso de odio por medios cibernéticos y la labor del Consejo de Europa y la Unión Europea .....</b>	<b>946</b>
<b>4. Las posturas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al enfrentarse al discurso de odio: ¿existen variaciones para el discurso de odio <i>on line</i>? .....</b>	<b>947</b>
4.1. <i>Una aproximación general al TEDH y su jurisprudencia sobre discurso de odio versus libertad de expresión .....</i>	947
4.2. <i>Una aproximación específica al discurso de odio <i>on line</i> y la jurisprudencia del TEDH más reciente en conexión con la libertad de expresión .....</i>	949
<b>5. Principales conclusiones acerca de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al dilema libertad de expresión versus delito de odio <i>on line</i> .....</b>	<b>953</b>

## CAPÍTULO 48

### O discurso de ódio no sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

RENATO LOPES MILITÃO.....	957
<b>1. Introdução .....</b>	<b>957</b>
<b>2. Conceito de discurso de ódio .....</b>	<b>959</b>
<b>3. Direito à liberdade de expressão.....</b>	<b>961</b>
<b>4. Regime das ingerências no exercício do direito à liberdade de expressão.....</b>	<b>963</b>
<b>5. Proibição do abuso do direito à liberdade de expressão.....</b>	<b>969</b>
<b>6. Tratamento dos discursos de ódio pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.....</b>	<b>971</b>
<b>7. Conclusões .....</b>	<b>980</b>

## CAPÍTULO 49

### A proteção do direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

RITA GIRÃO CURRO.....	983
<b>1. Introdução .....</b>	<b>983</b>

## ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
2. O direito de propriedade em geral e a sua consagração na Convenção Europeia dos Direitos do Homem .....	984
3. A aplicação do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	985
4. Conclusões .....	993

## CAPÍTULO 50

### **Una mirada interamericana sobre el derecho a la propiedad y sus contornos ambientales**

IRAYDA GIMÉNEZ .....	997
1. La propiedad como derecho individual en el sistema interamericano de derechos humanos .....	997
2. El efecto transformador de la propiedad colectiva en el sistema interamericano .....	1002
3. Reflexiones finales .....	1009

## CAPÍTULO 51

### **El Derecho Humano al cuidado en el sistema interamericano: aportes para su justiciabilidad directa a la luz del artículo 26 de la CADH**

MARIANA BROCCA .....	1011
1. Introducción .....	1011
2. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia interamericana .....	1014
2.1. Antecedentes .....	1015
2.2. El enfoque directo del artículo 26.....	1018
3. Hacia un enfoque directo del derecho al cuidado en el sistema interamericano.....	1021
4. Conclusiones .....	1023



## *Nota Prévia / Nota Previa*

Esta obra constitui um dos resultados do projeto de investigação internacional com a mesma designação «Sistemas Europeu e Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: uma leitura comparada». Este projeto congrega esforços de várias dezenas de investigadores dos dois lados do Atlântico, sob duas instituições timoneiras, o Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense (IJP/IPLeiria), Portugal, e a Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Cuyo (UNICUYO), Argentina, com o apoio financeiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia no âmbito do financiamento base atribuído ao Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense [ref. UIDB/04112/2020].

Os textos foram redigidos em português e em espanhol, conforme o idioma dos respetivos autores, com a respetivas especificidades linguísticas dos países de origem.

Procurou seguir-se um fio condutor comum na análise dos dois sistemas regionais de proteção de direitos humanos, muito embora, atendendo à distinta redação dos dois instrumentos internacionais, às particularidades dos substratos a que se aplicam, às violações sindicadas pelos órgãos de controlo e aos diálogos que se vão estabelecendo, nem todos os preceitos substantivos dos dois diplomas proclamadores de direitos humanos estejam igualmente ou de todo desenvolvidos à luz dos dois sistemas.

Este libro es uno de los resultados del proyecto internacional de investigación titulado «Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: una lectura comparada». Este proyecto reúne los esfuerzos de varias decenas de investigadores de ambos lados del Atlántico, bajo los auspicios de dos instituciones líderes, el Centro de Leiria del Instituto Jurídico Portucalense (IJP/IPLeiria), Portugal, y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (UNICUYO), Argentina, con el apoyo financiero de la Fundación para la Ciencia y la Tecnología en el marco de la financiación básica concedida al Centro de Leiria del Instituto Jurídico Portucalense [ref. UIDB/04112/2020].

Los textos fueron redactados en portugués y español, según la lengua de los respectivos autores, con las respectivas especificidades lingüísticas de los países de origen.

Hemos procurado seguir un hilo conductor en el análisis de los dos sistemas regionales de protección de los derechos humanos, a pesar de que, dada la diferente redacción de los dos instrumentos internacionales, las particularidades de los sustratos a los que se aplican, las violaciones investigadas por los órganos de control y los diálogos que se establecen, no todos los preceptos sustantivos de los dos convenios de derechos humanos se desarrollan igualmente o en absoluto a la luz de los dos sistemas.

Este libro contó con la colaboración en su revisión de Melanie Hertlein, Abigail Crescitelli y Juan Cruz Cachaldora, colaboradores del Área de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza).

## *In memoriam Mario López Garelli*

Mario López Garelli, jurista paraguayo que dedicó su vida profesional al derecho internacional público y al derecho internacional de los derechos humanos.

Durante 27 años, sirvió con gran distinción en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), donde su principal motivación fue promover el impacto transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en la vida de las personas víctimas de violaciones, así como en comunidades y sociedades enteras.

Su seriedad y rigurosidad jurídica fueron sellos distintivos reflejados en la redacción de informes de casos individuales, que fueron pioneros en su época y contribuyeron significativamente al desarrollo de estándares en materia de derecho internacional humanitario, derechos electorales, garantías del debido proceso y el principio de complementariedad del SIDH.

Mario integró su vocación con la educación en derechos humanos, donde combinó el profundo conocimiento sobre los diferentes mecanismos de protección, defensa y promoción de la CIDH, con su amplia experiencia en visitas de observación in loco, visitas de trabajo y sesiones extraordinarias en casi todos los países de la región. Su dominio excepcional del marco jurídico y los estándares interamericanos se reflejó también en sus numerosos artículos especializados y en su participación como conferencista en diversas regiones, incluyendo Europa y Asia, además de las Américas.

La misma vocación que guiaba su trabajo fue el combustible que lo impulsó a crear y mantener redes de apoyo con cientos de jóvenes profesionales de toda la región, a quienes sirvió como mentor, así como para participar activamente en concursos universitarios sobre el SIDH.

Mario López fue un ser íntegro, de sólidos valores humanos. A su legado se suma el ejemplo de una generosidad ilimitada, una calidez desbordante, que tocó a todos quienes tuvieron el privilegio de conocerlo. Su simpatía y dedicación no solo dejaron una marca indeleble en el campo del derecho internacional y los derechos humanos, sino que también se convirtieron en una fuente de inspiración continua

para las nuevas generaciones de defensores de los derechos humanos. La forma en que Mario vivió y trabajó ha servido de modelo para quienes luchan por la justicia y el respeto a los derechos fundamentales, demostrando que la verdadera grandeza reside en el impacto positivo en la vida de los demás.

MARIA CLAUDIA PULIDO

## *Prólogo*

1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua 183.<sup>a</sup> sessão, realizada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, constitui o ponto de partida para a defesa dos direitos humanos no sentido moderno do termo.

Esta Declaração encerra um conjunto de princípios que definem um ideal a atingir por todos os povos e por todas as nações e que devem ser considerados património comum da Humanidade, inscritos na consciência jurídica dos povos de todos os continentes.

Com a Declaração, os direitos humanos evoluíram, ganhando uma dupla projeção universal: primeiro, a sua universalidade permite a qualquer pessoa invocá-los contra qualquer Estado e reclamar para si as condições humanas inerentes, onde quer que esteja e independentemente da situação concreta em que se encontre colocada; segundo, o respeito dos princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana passou a constituir uma obrigação de cada Estado perante os outros Estados.

2. A DUDH viu-se explicitada em diversos instrumentos, sendo uns de âmbito planetário, como os Pactos das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, e outros de alcance regional, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), e a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (CADH).

Ainda que se possam detetar diferenças nos dois sistemas, europeu e interamericano, elas são mais de natureza processual, pois estruturalmente existe uma clara convergência, mesmo ao nível da interpretação dos textos pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Corte) e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Tribunal), perseguindo ambos um objetivo comum, o de prevenir primeiro e o de sancionar depois as violações dos direitos humanos.

3. Devo, antes de mais, louvar e agradecer este trabalho magnífico de eminentes juristas que pretendaram, com êxito, não apenas elaborar sobre a jurisprudência da Corte e do Tribunal, mas também precisar as suas influências recíprocas e as que receberam não só dos respetivos Estados-membros como também de ordens jurídicas externas.

Este trabalho exaustivo visa responder à necessidade de unidade e de comum objetivo na defesa dos direitos humanos, do Estado de direito e de uma democracia efetiva e pluralista tal como a conhecemos até à data, caminhando no sentido da sua mais profunda e efetiva proteção, mesmo sem esquecer as diferentes culturas e níveis de desenvolvimento social.

Estabelecer uma ordem pública comum das democracias dos dois lados, europeu e interamericano, procurando salvaguardar uma herança de tradições políticas, de ideais, de liberdade e do Estado de direito será uma meta difícil de atingir, mas que deve ser sempre perseguida.

E espero que este estudo possa contribuir para aprofundar o diálogo entre os dois Tribunais.

A Europa e as Américas, como tudo o que é vivo e atuante, constroem-se todos os dias através das suas instituições e das políticas que adotam e do evoluir da sociedade.

E, tanto a Corte como o Tribunal sempre entenderam que aquelas Convenções eram instrumentos vivos, a interpretar à luz das condições de vida atual, de acordo com as transformações que se devem considerar adquiridas no seio da sociedade de que fazem parte os Estados contratantes, pois só assim se protegem os direitos não teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos.

4. Na atividade da Corte e do Tribunal pode verificar-se a influência de sistemas jurídicos diversos, bem como a intervenção do direito comparado.

O direito comparado passou a ser um elemento indispensável no desempenho das tarefas da Corte e do Tribunal, porquanto o fundamento das suas jurisdições assenta na pluralidade das ordens jurídicas dos Estados-membros; estas, por sua vez, sofrem até influências de ordens jurídicas extraeuropeias e interamericanas.

A pluralidade das ordens jurídicas dos Estados-membros exige inevitavelmente o apelo ao direito comparado.

E, por outro lado, a atividade da Corte e do Tribunal tem servido de meio de harmonização dos direitos nacionais dos países dos Estados-membros respetivos.

Neste contexto, é preciso não esquecer que, pela natureza das suas funções, a Corte e o Tribunal são as instâncias encarregues de interpretar as Convenções e, como tal, os mais qualificados para fixar o sentido e o conteúdo das noções ali inscritas.

A jurisprudência constante da Corte e do Tribunal tem realçado que o objeto e a finalidade da CEDH e CADH é o de assegurar uma efetiva proteção dos direitos ali garantidos.

E existe uma interação constante entre os níveis nacionais e regionais no que diz respeito aos direitos humanos.

## PRÓLOGO

Os direitos humanos penetraram nas ordens jurídicas nacionais em grande parte por intermédio das Convenções.

Mais ainda: este modelo de proteção exerceu uma influência considerável e imediata sobre os direitos constitucionais dos Estados-membros, de que a Constituição Portuguesa é um exemplo marcante.

5. Ainda que a matéria venha a ser desenvolvida nos textos que abordam diretamente os respetivos artigos das Convenções, permito-me apontar topicamente alguns aspetos que nos mostram as diferenças entre as duas Convenções e as respetivas jurisprudências, mas tendo sempre presente que existe uma certa simetria de influências do Tribunal e da Corte, pois perseguem a mesma finalidade de proteção dos direitos humanos, na tentativa de criação de padrões universais, superando especificidades regionais.

Por isso, anoto com satisfação que a jurisprudência da Corte passou a ser citada com alguma frequência, sobretudo em matérias relacionadas com as garantias de um processo equitativo (ver *infra*), a tortura e o tratamento desumano e degradante e a liberdade de expressão.

5.1. A CEDH só incorpora direitos e liberdades civis e políticos, ficando os chamados direitos económicos, sociais e culturais para a Carta Social Europeia com um específico mecanismo de controlo.

Já a CADH inclui, no capítulo II da Parte I, os direitos económicos, sociais e culturais, com um regime especial de controlo sujeito ao desenvolvimento progressivo.

5.2. No art. 2.º da CEDH consagra-se a proteção do direito à vida, à semelhança do que acontece com o art. 4.º da CADH.

O direito à vida previsto no art. 2.º da CEDH refere-se à vida física e mental, ao direito a não ser morto, a não ser privado de vida.

A disposição deixa em aberto toda a problemática relacionada com o princípio da vida.

Aparentemente mais clara seria a CADH, que no seu art. 4.º dispõe:

*«Toda a pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei em geral, desde o momento da conceção.*

...».

Comparado com o texto europeu, uma conclusão se deve retirar: há sem dúvida uma mais forte garantia do direito à vida a partir da conceção, no texto americano.

5.3 O art. 6.º da Convenção exige que, nos processos que determinem os «direitos e obrigações de carácter civil», os requisitos de um processo equitativo sejam observados.

Precisar a noção de direitos e obrigações de carácter civil foi uma tarefa hercúlea que só se concluiu com o Ac. Viljo Eskelinne e outros, Queixa n.º 28541/95, de 8 de dezembro de 1999, onde se decidiu que todo o contencioso da função pública, submetido a um tribunal interno, deve beneficiar das garantias previstas neste artigo.

Os redatores da CADH estavam advertidos das emergentes dificuldades com que se deparava o Tribunal nesta área, e, por isso, consagraram, no art. 8.º, uma solução abrangente, que cobre todos os ramos do direito que concedem direitos ou imponham obrigações.

5.4. Quer a CEDH (artigo 15.º) quer a CADH (art. 27.º), admitem que os Estados possam derrogar as obrigações que assumiram no quadro daquelas Convenções, em algumas situações graves, como guerra – internacional ou civil, declarada formalmente ou não, ou perigo público que ponha em causa a vida da Nação.

Mas, mesmo nessas situações limite, há direitos reconhecidos que devem ser respeitados.

Os dois textos convencionais não coincidem na definição destas exceções, sendo mais extensos na CADH os direitos que não podem ser derrogados naquelas situações limite.

De uma simples análise, resulta que alguns dos direitos substantivos estão ressalvados na CADH e não na CEDH.

Vejam-se, nomeadamente, os seguintes direitos que não estão ressalvados no texto europeu: a liberdade de consciência e de religião, a proteção da família, o direito ao nome, os direitos da criança, o direito à nacionalidade e os direitos políticos.

5.5. Uma significativa diferença de texto, e, diria, mesmo de filosofia na aplicação das normas, pode encontrar-se no modo como deve ser compensada a vítima de violação de um dos direitos ou garantias inscritos nas Convenções.

Aproveitando a maior amplitude do texto que permite diversas formas de reparação, incluindo as não pecuniárias, a Corte tem encontrado formas especiais que, tendo em conta as características do caso concreto, possam de uma forma realística reparar efetivamente ou, ao menos, minimizar os danos provocados pela violação.

Assim, a Corte tem imposto aos Estados que modifiquem, adotem ou revoguem leis internas ou julgamentos ou adotem medidas específicas, algumas muito imaginativas, que reparem ou atenuem os danos materiais ou morais causados pela violação detetada.

Por exemplo, no Ac. Aloeboetoe/Suriname, de 14 setembro de 1996, as vítimas assassinadas eram de uma tribo de origem africana que vivia na selva preservando os costumes tradicionais; a Corte ordenou, para a reparação às vítimas ou às suas famílias, a criação de dois fundos com as somas que fixou, a reabertura de uma escola e de um serviço médico.

## PRÓLOGO

Ver, ainda, entre outros, os Acórdãos Loaysa Tamayo/Peru, Meninos da Rua (Villagrán Morales e outros/Guatemala), Cantoral Benavides/Peru, Trujillo Oroza/Bolívia, e Barrios Altos/Peru.

Com efeito, a Corte sempre defendeu que o «dano moral» pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causadas às vítimas diretas e seus familiares, como a ofensa a valores significativos para as pessoas e outras perturbações que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária, assim como as alterações das condições de existência da vítima ou da sua família.

5.6. Uma profunda diferença se verifica relativamente à apresentação das queixas individuais.

Depois de 1998, no sistema europeu, as queixas individuais são dirigidas diretamente ao Tribunal; no sistema interamericano, as queixas são dirigidas não à Corte, mas à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos.

Mas, por outro lado, uma organização não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros pode apresentar queixas, contendo denúncias de violação da CADH por um Estado Parte, mesmo sem o consentimento da vítima.

Radica aqui um dos pontos essenciais deste sistema e uma das suas virtudes, permitindo que outros possam intervir para dar voz a quem não possa ou não se encontre em condições de denunciar as violações.

Já o sistema europeu é baseado na noção de vítima, pois só a vítima pode apresentar a queixa, e toda a queixa que não seja apresentada pela vítima será rejeitada *in limine*.

Mesmo tendo admitido as chamadas vítimas indiretas, o Tribunal sempre exigiu o consentimento da vítima para admitir uma queixa.

Esta rígida posição foi revista no Ac. Centre de Ressources Juridiques au nom de Valentin Câmpeanu, Queixa n.º 47848/08, de 17 de julho de 2014.

Neste Acórdão, o Tribunal, citando a solução interamericana, admitiu uma queixa apresentada por uma ONG, em nome de um indivíduo, extremamente vulnerável e sem família próxima, deficiente mental e com Sida que veio a falecer sem que lhe fossem prodigados tratamentos adequados à sua situação.

5.7. Um outro aspecto onde os sistemas diferem radicalmente é na supervisão da execução dos Acórdãos, confiada no sistema americano à própria Corte, e no sistema europeu a um órgão distinto, o Comité de Ministros.

5.8. São hoje inúmeras as citações da jurisprudência da Corte que o Tribunal chama em apoio para fundamentar as suas decisões.

Veja-se, a título de exemplo significativo, o Ac. Ocalan, Queixa n.º 46221/99, de 12 de maio de 2005, onde se faz apelo ao Ac. da Corte Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago, de 21 de junho de 2002:

*«Dada a natureza excepcionalmente grave e irreversível da pena de morte, a observância do princípio de um processo equitativo, com todos os seus direitos e garantias, assume ainda mais importância quando uma vida humana está em risco».*

6. Nestes tempos conturbados, onde os direitos humanos são frequentemente violados, desejo sinceramente que este trabalho possa contribuir para uma harmonia entre a jurisprudência dos dois órgãos zeladores das Convenções, mesmo que tenham de atender e respeitar, dentro da chamada margem de apreciação, as especificidades dos diversos Estados-membros.

São estes os meus votos com as felicitações aos organizadores e a todos os autores deste meritório esforço coletivo na promoção e defesa dos direitos humanos.

Funchal, setembro de 2023

IRENEU CABRAL BARRETO

*Ex-Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*

## *Apresentação / Presentación*

ANDRÉS ROUSSET SIRI<sup>1</sup>  
SUSANA ALMEIDA<sup>2</sup>

Poderia asseverar-se que é indiscutível que os sistemas regionais de proclamação e proteção dos direitos humanos – e, nesta obra, focamo-nos nos sistemas europeu e interamericano – têm um objetivo comum: proporcionar aos indivíduos o acesso a uma decisão e à reparação de violações dos direitos humanos imputáveis aos Estados-membros dos respectivos sistemas de proteção<sup>3</sup>.

Tradicionalmente, porém, o ensino dos sistemas regionais de proteção não se baseia tanto nas convergências, mas antes nas diferenças. O acento tónico é colocado na quantidade de acórdãos, estruturas, requisitos, particularidades na forma de resolver as questões, singularidades hermenêuticas, entre outros, produzindo uma rica bibliografia sobre o tema<sup>4</sup>.

1. Abogado. Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos (Universidad de Alcalá), Doctor en Derecho con mención de honor (UNCuyo), Profesor Invitado Titular de la catedra de Derecho Internacional Público y de la Integración (Universidad maza) y docente de la cátedra de Derechos Humanos, UNCuyo (Argentina). Coordinador de la carrera de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. E-mail: andres.rousset@gmail.com
2. Professora Coordenadora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria (Portugal). Coordenadora e Investigadora do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense (IJP/IPLeiria). Formadora da Ordem dos Advogados sobre Tramitação Processual no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Doutora em Direito Privado (2011) pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas (2007) e Licenciada em Direito (2000) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: susana.almeida@ipleiria.pt
3. HAMPSON, F., MARTIN, C and VILJOEN, F., «Inaccessible Apexes: Comparing Access to Regional Human Rights Courts and Commissions in Europe, the Americas, and Africa», International Journal of Constitutional Law vol. 16.1, (2018), p. 161.
4. Podem enunciar-se, entre otros, CAMARILLO GOVEA, L., «Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos», en Revista Prolegómenos – Derechos y valores, 2016, I, pp. 67-84; GARCÍA ROCA, J., El dialogo entre el sistema europeo y americano sobre derechos humanos, Civitas-Thompson Reuters, Cizur Menor, España, 2012; FERRER MC GREGOR, E. (ed.), Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales,

No entanto, a experiência na resolução de casos e no estabelecimento de critérios pelos tribunais regionais em diversas matérias (por exemplo, garantias processuais, liberdade de expressão, integridade física, entre muitas outras) não tem seguido esta lógica de compartimentos estanques, pelo contrário, tem conduzido a uma prática de referência cruzada entre Tribunais, esta *cross fertilization*, mais comum na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) do que no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), tem dado origem a noções como a de *convergência jurisprudencial*<sup>5</sup> e que permite a promoção da unidade da proteção dos direitos humanos acima das particularidades regionais. Na jurisprudência do TEDH também identificamos um diálogo permanente com as jurisdições domésticas, que, respeitando as diferenças socioculturais e jurídicas nacionais, vai encontrando espaços comuns – *consensus communis* – e avança num movimento de ativismo judicial favorecedor da salvaguarda e do desenvolvimento dos direitos convencionais. Ao invés, a falta de um «consenso europeu» conduzirá invariavelmente este tribunal a conceder uma *margem de apreciação* às autoridades nacionais dos Estados sindicados e, em consonância, a recusar realizar a interpretação evolutiva favorecedora da proteção dos direitos humanos<sup>6</sup>.

O diálogo entre os dois tribunais destes sistemas regionais (*judicial dialogue*) e o *cross-referencing* começa a tornar-se evidente, o que ajuda naturalmente a coordenar a jurisprudência em matéria de direitos humanos<sup>7</sup>.

Por exemplo, no caso *Marguš c. a Croácia*, o Tribunal Pleno do TEDH, ao decidir se uma amnistia concedida a um criminoso de guerra era compatível com as obrigações decorrentes da Convenção Europeia, recorreu à jurisprudência da Corte Interamericana, mormente ao acórdão proferido no processo Massacres de

---

Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2013; GARCÍA ROCA, J. y CARMONA CUENCA, E. (eds.), *¿Hacia Una Globalización de los Derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur Menor, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2017; HAMPSON, F., MARTIN, C and VILJOEN, F., «Inaccessible Apexes: Comparing Access to Regional Human Rights Courts and Commissions in Europe, the Americas, and Africa», in International Journal of Constitutional Law vol. 16.1, (2018), pp. 161-186; ALMEIDA, S. «La ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos. La singularidad y eficacia del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos», in CAMARILLO GOVEA, L. y ROUSET SIRI, A. (coords.), Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ed. Porrúa, México (2020); BAZÁN, V., Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados, ASTREA, Buenos Aires, 2020.

5. CANÇADO TRINDADE, A. A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 29.
6. Ver YOUROW, H., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 13.
7. SEIBERT-FOHR, A., «Judicial dialogue from an inter-regional perspective», in AA. VV., *Dialogue between Regional Human Rights Courts*, Costa Rica: Inter-American Court of Human Rights, 2018, p. 179.

El Mozote e arredores contra El Salvador, onde a Corte Interamericana considerou que «as pessoas suspeitas ou acusadas de terem cometido crimes de guerra não podem ser objeto de uma amnistia»<sup>8</sup>. Inversamente, a Corte Interamericana, no caso *Kimel c. Argentina*, teve de analisar a responsabilidade do Estado num caso em que se analisava a proporcionalidade da pena de prisão como resposta a declarações feitas contra funcionários públicos. Neste caso, na sua apreciação, a CIDH recorreu à jurisprudência do seu homólogo europeu, que já tinha decidido em vários casos que, embora a liberdade de expressão tenha um valor primordial, especialmente em questões de interesse público, não pode sempre prevalecer em todos os casos sobre a necessidade de proteger a honra e a reputação de pessoas privadas ou de funcionários públicos, e que as autoridades estatais competentes, na sua qualidade de garantes da ordem pública, devem adotar medidas, mesmo penais, destinadas a reagir de forma adequada e não excessiva a alegações difamatórias desprovidas de fundamento ou feitas com má fé<sup>9</sup>.

A obra que aqui apresentamos, nas três partes que a compõem, visa, desde as divergências e convergências, fornecer ferramentas de análise aos utilizadores destes sistemas, académicos, juristas, investigadores e todos os interessados nestes sistemas regionais de proclamação e proteção de direitos humanos.

A primeira parte deste livro centra-se no nascimento, desenvolvimento e caracterização de ambos os sistemas de proteção. Os sistemas europeu e interamericano, promotores dos direitos humanos na esfera internacional, são compostos essencialmente por dois tratados internacionais – a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) – que criam e instituem dois tribunais internacionais de direitos humanos, pelo que este deve ser o ponto de partida para a análise comparativa que se propõe nesta obra.

Assim, este primeiro capítulo reúne contributos que giram em torno da génese e caracterização dos sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos, suas particularidades, normas restritivas de direitos e aspectos específicos e exclusivos – por enquanto – de cada sistema, como a margem de apreciação nacional no âmbito europeu e o controlo de convencionalidade no sistema interamericano.

O segundo título apresenta capítulos que descrevem a vertente processual dos sistemas de proteção, ou seja, os sistemas de proteção em movimento. Assim, as várias contribuições desta secção analisam, em perspetiva comparada, as várias instâncias e respetivos procedimentos, desde a discussão sobre a competência e a admissibilidade, passando pela declaração de responsabilidade internacional até à supervisão das medidas de reparação adoptadas em consequência da competência contenciosa dos tribunais. Nesta linha, há também trabalhos sobre a competência consultiva dos tribunais regionais e contribuições específicas sobre questões proces-

8. V. Ac. Marguš c. Croácia, de 27 de maio de 2014, [GS] §111.

9. A citação concreta foi aos casos Mamère c. França, de 7 de noviembre de 2006, § 27, e Castells c. Espanha, 23 de abril de 1992, § 46.

suais dos sistemas, como é o caso da jurisdição cautelar no sistema interamericano ou os acordões-piloto no sistema europeu.

A terceira e última parte é dedicada à dimensão substancial dos sistemas regionais de proteção, ou seja, aos direitos protegidos. Este ponto reveste-se de especial importância pelo facto de a Convenção Americana contemplar direitos que, em rigor, expressamente e *qua tale*, não figuram entre o elenco substantivo previsto na Convenção Europeia<sup>10</sup>, ainda que esta tenha servido de inspiração para a Convenção Americana<sup>11</sup>, o mesmo acontecendo com outros direitos especialmente consagrados na Convenção Europeia – ou nos seus protocolos adicionais – que não foram objeto de regulação no âmbito interamericano<sup>12</sup>.

Nesta sede, procurou analisar-se comparativamente os profícios e extensos desenvolvimentos jurisprudenciais atinentes, por exemplo, ao direito à vida, à integridade física, à liberdade pessoal, à liberdade de expressão, à vida privada e familiar, entre inúmeros outros, com destaque para múltiplos aspectos que atualmente se discutem em relação a estes direitos.

Quem ler esta obra descobrirá como, em cada matéria, os critérios de um tribunal podem ser aplicados pelo outro. Já não podemos, por conseguinte, conceber estes sistemas regionais como espaços diferentes, com noções intransmissíveis e impermeáveis às influências, mas sim como espaços de diálogo, em busca de uma proteção efectiva dos direitos humanos dos indivíduos.

Esta aproximação paulatina entre os tribunais regionais foi consolidada nos últimos anos com a assinatura dos acordos de San José (2018) e Kampala (2019) pelos presidentes destes dois tribunais regionais (e do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos), que estabeleceram a criação de um *Fórum Permanente* com o objetivo principal de trabalhar em conjunto para reforçar a proteção dos direitos humanos e o acesso à justiça internacional para as pessoas sob a jurisdição dos três tribunais.

Acreditamos, pois, que a comparação e o diálogo entre os sistemas e os respetivos «guardiões» contribuirão seguramente para a criação de um fio-de-prumo de democraticidade mínima que confira uma tutela cada vez mais acentuada e eficaz dos direitos humanos dos cidadãos destas duas casas e que pode constituir inspiração quiçá até a nível universal. Esperamos que estas páginas contribuam para esse objetivo.

- 
10. A título de exemplo, pode mencionar-se o direito à personalidade jurídica consagrada no art. 3.º da CIDH ou os direitos da criança consagrados no art. 19.º da mesma Convenção.
  11. MARTINS, A., Direito internacional dos direitos humanos, Coimbra, Almedina, 2016, p. 296.
  12. Um claro exemplo é o direito à instrução aditado ao leque convencional pelo art. 2.º do Protocolo n.º 1.

Podría decirse que está fuera de discusión que los sistemas regionales de proclamación y protección de derechos humanos –y en esta obra ponemos el énfasis en el europeo y el interamericano– presentan un objetivo común: proporcionar a las personas acceso a una decisión y a una reparación frente a la violación de los derechos humanos atribuible a los Estados parte en los respectivos sistemas de protección<sup>13</sup>.

Sin embargo, tradicionalmente, la enseñanza de los sistemas de protección regional parte –no tanto– de las convergencias, sino más bien de las diferencias. Se pone el acento en la cantidad de sentencias, estructuras, presupuesto, particularidades en la forma de resolver, singularidades hermenéuticas, entre otras, produciendo una frondosa bibliografía al respecto<sup>14</sup>.

No obstante, la experiencia en la resolución de casos y el establecimiento de criterios por parte de los tribunales regionales sobre diversas materias (por ejemplo, garantías procesales, libertad de expresión, integridad física, entre muchos otros) no ha seguido esta lógica de comportamientos estancos, por el contrario, ha llevado a una práctica de cruce referencias entre Tribunales, esta *cross fertilization*, más común en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha dado lugar a nociones tales como *convergencia jurisprudencial*<sup>15</sup>, y que permite avanzar en la unidad de la protección de derechos humanos por sobre las particularidades regionales. En la jurisprudencia del TEDH, también podemos identificar un diálogo permanente con las jurisdicciones nacionales que, respetando las diferencias socioculturales y jurídicas nacionales, encuentra

- 13. HAMPSON, F., MARTIN, C and VILJOEN, F., «Inaccessible Apexes: Comparing Access to Regional Human Rights Courts and Commissions in Europe, the Americas, and Africa», International Journal of Constitutional Law vol. 16.1, (2018), p. 161.
- 14. Pueden compulsarse entre otros: CAMARILLO GOVEA, L., «Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos», en Revista Prolegómenos – Derechos y valores, (2016), I, pp. 67-84; GARCÍA ROCA, J., El dialogo entre el sistema europeo y americano sobre derechos humanos, Civitas-Thompson Reuters, Cizur Menor, España, 2012; FERRER MC GREGOR, E. (ed.), Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2013; GARCÍA ROCA, J. y CARMONA CUENCA, E. (eds.), ¿Hacia Una Globalización de los Derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana, Cizur Menor, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2017; HAMPSON, F., MARTIN, C and VILJOEN, F., «Inaccessible Apexes: Comparing Access to Regional Human Rights Courts and Commissions in Europe, the Americas, and Africa», en International Journal of Constitutional Law vol. 16.1, (2018), pp. 161-186; ALMEIDA, S. «La ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos. La singularidad y eficacia del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos», en CAMARILLO GOVEA, L. y ROUSSET SIRI, A. (coords.), Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ed. Porrúa, México (2020); BAZÁN, V., Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados, ASTREA, Buenos Aires, 2020.
- 15. CANÇADO TRINDADE, A. A., El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 29.

puntos comunes –*consensus communis*– y avanza hacia un movimiento de activismo judicial que favorece la salvaguardia y el desarrollo de los derechos convencionales. En cambio, la falta de un «consenso europeo» llevará invariablemente a este órgano jurisdiccional a conceder un margen de apreciación a las autoridades nacionales de los Estados y, en consecuencia, a negarse a realizar la interpretación evolutiva que favorece la protección de los derechos humanos<sup>16</sup>.

El diálogo entre los dos tribunales de estos sistemas regionales (*judicial dialogue*) y el *cross-referencing* empiezan a ser evidentes, lo que naturalmente ayuda a coordinar la jurisprudencia en materia de derechos humanos<sup>17</sup>.

Por ejemplo, en el caso *Marguš c. Croacia*, la Gran Sala del TEDH, para decidir si una amnistía concedida a un criminal de guerra era compatible con las obligaciones emergentes del Convenio de Europa recurrió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en concreto a la sentencia en el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador donde el tribunal interamericano sostuvo que «las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra no pueden ser objeto de una amnistía»<sup>18</sup>. A la inversa, la Corte Interamericana, en el caso *Kimel vs. Argentina*, tuvo que analizar la responsabilidad estatal en un caso en el que se analizaba la proporcionalidad de la pena de prisión como respuesta a manifestaciones efectuadas contra funcionarios públicos. Allí, para resolver, recurrió a la jurisprudencia de su par europeo que ya había resuelto en diversos casos que si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos y que las autoridades competentes del Estado de adoptar, en su condición de garantes del orden público, medidas, aún penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe<sup>19</sup>.

La obra que presentamos, en las tres partes que la componen, pretende desde las divergencias y convergencias, brindar herramientas de análisis para los usuarios de estos sistemas, académicos, juristas, investigadores, y toda persona interesada en estos sistemas regionales de proclamación y protección de derechos.

La primera parte de este libro gira en torno al nacimiento, desarrollo y caracterización de ambos sistemas de protección. Los Sistemas europeo e interamericano se

- 
- 16. Ver YOUROW, H., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.
  - 17. SEIBERT-FOHR, A., «Judicial dialogue from an inter-regional perspective», en AA. VV., *Dialogue between Regional Human Rights Courts, Costa Rica: Inter-American Court of Human Rights*, 2018, p. 179.
  - 18. V. *Marguš c. Croacia*, de 27 de mayo de 2014, [GS] §111.
  - 19. La cita concreta fue a los casos *Mamère c. Francia*, de 7 de noviembre de 2006, § 27, y *Castells c. España*, 23 de abril de 1992, § 46.

erigen como promotores de derechos humanos en el ámbito internacional se componen principalmente de dos tratados internacionales –Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)– que crean y establecen dos tribunales internacionales de derechos humanos, de allí que este debe ser el punto de partida del análisis comparativo que se propone en esta obra.

De allí, que en este primer capítulo se recopilan contribuciones que giran en torno a la génesis y caracterización de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos, sus particularidades, normas de restricción de derechos y aspectos que son propios y exclusivos –por ahora– de cada sistema como es el margen de apreciación nacional en el ámbito europeo y el control de convencionalidad en el sistema interamericano.

El segundo título presenta artículos que describen la faz procesal de los sistemas de protección, esto es, los sistemas de protección en movimiento. Por ello, las diversas contribuciones en esta sección analizan en perspectiva comparada, las diversas instancias de sus procedimientos desde la discusión sobre competencia y admisibilidad, pasando por la declaración de responsabilidad internacional hasta la supervisión de las medidas de reparación adoptadas como consecuencia de la competencia contenciosa de los tribunales. En esa línea, van también trabajos relativos a la competencia consultiva de las cortes regionales y contribuciones específicas a cuestiones procesales de los sistemas como es el caso de la competencia cautelar en el sistema interamericano o las sentencias piloto en el sistema europeo.

La tercera y última parte, se encuentra dedicada a la dimensión sustancial de los sistemas de protección regional, esto es, los derechos protegidos. Este punto es de especial relevancia dado que la Convención Americana recoge derechos que estrictamente y *qua tale* no aparecen en el Convenio Europeo<sup>20</sup>, aunque el Convenio sirvió de inspiración para la Convención Americana<sup>21</sup>, mientras que lo mismo ocurre respecto de otros derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos –con sus protocolos adicionales– que no han sido objeto de regulación en el ámbito interamericano<sup>22</sup>.

Aquí, se analizan comparativamente los fructíferos y extensos desarrollos juríspudenciales del derecho a la vida, a la integridad personal, libertad personal, libertad de expresión, a la vida privada y familiar, entre otros, con énfasis en los aspectos que se discuten actualmente en relación a estos derechos.

- 
- 20. Puede citarse como ejemplo el derecho a la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 convencional, o los derechos del niño, consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana.
  - 21. MARTINS, A., *Direito internacional dos direitos humanos*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 296.
  - 22. Un claro ejemplo es el derecho a la instrucción añadido al Convenio por el artículo 2 del Protocolo n. 1.

Quien lea esta obra descubrirá, como en cada tema, los criterios de un tribunal pueden ser de aplicación en el otro, ya no podemos, por lo tanto, concebir a estos sistemas regionales como espacios diferentes, con nociones intransferibles e impermeable a influencias, sino más bien, como espacios de dialogo, en busca de proteger eficazmente los derechos humanos de las personas.

Este paulatino acercamiento entre los tribunales regionales se consolidó en los últimos años con la firma de los acuerdos de San José (2018) y de Kampala (2019), los presidentes de estos dos tribunales regionales (y el de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los pueblos) donde se fijó el establecimiento de un *Foro Permanente* que tiene por objetivo principal trabajar conjuntamente para fortalecer la protección de los derechos humanos y el acceso a la justicia internacional de las personas bajo jurisdicción de los tres Tribunales.

Creemos que la comparación y el diálogo entre los sistemas y sus respectivos «guardianes» contribuirán seguramente a la creación de una plomada de democracia mínima que proporcionará una protección cada vez mayor y más eficaz de los derechos humanos de los ciudadanos de estas dos casas y puede ser una inspiración, quizás incluso a nivel universal. Esperamos que estas páginas, contribuyan en tal sentido.

## TÍTULO I

Génese e caracterização dos Sistemas Europeu  
e Interamericano de proteção de Direitos  
Humanos / Génesis y caracterización de  
los Sistemas Europeos e Interamericanos de  
protección de Derechos Humanos



## *Capítulo 1*

# A Convenção Europeia de Direitos Humanos e o seu mecanismo de proteção

EUGÉNIO LUCAS<sup>23</sup>  
MÁRIO BARATA<sup>24</sup>

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: ORIGEM E CONTEÚDO. 3. MECANISMOS DE PROTEÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

### 1. INTRODUÇÃO

As ideias sobre Direitos Humanos evoluíram ao longo dos séculos, sendo que a proteção formal desses direitos ganhou forte apoio após a segunda guerra mundial, pretendendo-se proteger as gerações futuras de uma repetição de violações grosseiras dos Direitos Humanos, resultantes da guerra e em particular do holocausto<sup>25</sup>.

O fim da segunda guerra mundial trouxe a todo o mundo expectativas de um mundo melhor em muitas vertentes, nomeadamente na área do Direitos Humanos. A adoção da Carta das Nações Unidas em 1945 levou à posterior adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e em 1966 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, sendo estes três textos conhecidos coletivamente como «*The International Bill of Rights*»<sup>26</sup> e reconhecidos como a base de uma série de outros instrumentos de Direitos Humanos que foram sendo criados em diferentes países ou a nível regional.

- 
- 23. Professor Coordenador da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria (Portugal). Investigador do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense. E-mail: eugenio.lucas@ipleiria.pt
  - 24. Professor Adjunto da Escola Superior de Educação e Ciências Sociais do Instituto Politécnico de Leiria (Portugal). Investigador do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense (IJP/ IPLEiria). E-mail: mario.barata@ipleiria.pt
  - 25. SCHINDLER, D., «European Convention on Human Rights in Practice», in WASH. U. L. Q., (1962) (2), p. 154.
  - 26. Office of the United Nations, High Commissioner for Human Rights, *The United Nations Human Rights Treaty System, An introduction to the core human rights treaties and the treaty bodies*,

Na Europa, depois da devastação resultante da segunda guerra mundial, existia uma vontade forte de se (re)construir, de encontrar soluções para um projeto de paz e desenvolvimento. No final da década de 40 (séc. XX) foram inúmeras as cimeiras, os congressos, os encontros entre os Estados, os políticos, os filósofos, os cidadãos na procura de novos caminhos e onde a proteção dos Direitos Humanos era um objetivo que se pretendia alcançar. Nesta envolvência teve especial importância o célebre discurso de Zurique, em 19 de setembro de 1946, onde Winston Churchill apresenta a ideia de criar uma nova organização, quando refere pela primeira vez que o primeiro passo para recriar a família europeia num quadro regional seria o de criar um Conselho da Europa.

É neste enquadramento que, em 5 de maio de 1949, com o tratado de Londres é criado o Conselho da Europa<sup>27</sup>. Como resulta do art. 3.º do tratado de Londres os seus membros reconhecem o princípio do primado do Direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, de que decorreu que, nessa altura, nem os países comunistas da Europa Oriental, nem Portugal e Espanha, se puderam tornar seus membros<sup>28</sup>.

Criado inicialmente com 10 Estados-membros fazem parte atualmente do Conselho da Europa 46 Estados-membros<sup>29</sup>, incluindo todos os 27 Estados-membros da União Europeia.

Logo em 4 de novembro de 1950, nas primeiras atividades que desenvolveu, foi adotada pelo Conselho da Europa a Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>30</sup> (CEDH), que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953 e que foi o primeiro tratado regional destinado a proteger os Direitos Humanos, a democracia e o Estado de Direito e que veio trazer um efeito vinculativo aos direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Todos os 46 Estados-membros do Conselho da Europa assinaram a CEDH, sendo a sua ratificação requisito indispensável para a adesão ao Conselho da Europa.

---

Fact Sheet No. 30, in: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/docs/OHCHR-FactSheet30.pdf>, p. 13.

27. Para uma análise detalhada do processo de criação do Conselho da Europa v. SILVA, A., A origem do Conselho da Europa, a unidade europeia e o posicionamento português, Imprensa da Universidade de Coimbra, Revista de História das Ideias, Vol. 2 (2001), pp. 553-580.
28. *Ibidem*, pp. 580-602.
29. Eram 47 os Estados-membros, mas após a decisão do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 16 de março de 2022, em consequência da agressão da Federação Russa contra a Ucrânia, a Federação Russa deixou de ser membro do Conselho da Europa.
30. O nome oficial da Convenção é «Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais», em Portugal aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13/10.

## 2. CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: ORIGEM E CONTEÚDO

No seu preâmbulo a CEDH refere que as liberdades fundamentais que consagra no seu texto «constituem as verdadeiras bases da justiça e paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa conceção comum e no comum respeito dos direitos do homem». Esta linguagem hereditária explica-se pelo enquadramento histórico em que surgiu, pela ideologia subjacente e pelo objetivo de alcançar a democracia, a justiça e a paz.

Revela também no seu preâmbulo a CEDH que esta tem como primeira e essencial influência a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e que pretende assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efetiva dos direitos nela enunciados.

Uma novidade estrutural da CEDH foi a possibilidade aí consagrada de os cidadãos terem acesso aos órgãos judiciais internacionais, quando o procedimento habitual era o de que apenas os Estados fossem partes perante os tribunais internacionais. O *Central American Court of Justice* foi a primeira exceção a esta regra, mas durante os dez anos de sua existência (1907-1917), apenas cinco petições foram apresentadas por cidadãos<sup>31</sup>.

No essencial a CEDH consagra um leque de direitos, não muito extensos, de que se destacam o direito à vida<sup>32</sup>, o direito à liberdade e à segurança<sup>33</sup>, o direito a um processo equitativo<sup>34</sup>, o direito ao respeito pela vida privada e familiar<sup>35</sup>, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião<sup>36</sup>, a liberdade de expressão<sup>37</sup>, e o direito ao casamento<sup>38</sup>, que os Estados não podem infringir. Alguns destes direitos e liberdades, como por exemplo o direito à liberdade de expressão, só podem ser restrinvidos por lei, a título excepcional, quando tal seja justificado pela sobreposição de outro direito mais relevante no funcionamento de uma sociedade democrática.

Mas a CEDH não se limitou a um único texto normativo e, ao longo dos anos, foram adotados diversos protocolos que conferiram ao sistema competências adicionais em matéria de Direitos Humanos e efetuaram uma reforma do mecanismo de funcionamento original. Efetivamente alguns protocolos produziram importantes atualizações da CEDH ao agregar direitos e liberdades fundamentais não contemplados inicialmente pelos seus fundadores.

31. SCHINDLER, D., «European Convention on Human Rights in Practice», in WASH. U. L. Q., (1962) (2), p. 153.
32. Art. 2.º da CEDH.
33. Art. 5.º da CEDH.
34. Art. 6.º da CEDH.
35. Art. 8.º da CEDH.
36. Art. 9.º da CEDH.
37. Art. 10.º da CEDH.
38. Art. 12.º da CEDH.

N.º do Protocolo	Título do Protocolo Adicional	Entrada em vigor
Protocolo Adicional	Protocolo adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.*	18.05.1954
Protocolo n.º 2	Que confere ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem competência consultiva.	21.09.1970
Protocolo n.º 3	Que emenda os arts. 29.º, 30.º e 34.º da Convenção.	21.09.1970
Protocolo n.º 4	Em que se reconhecem certos direitos e liberdades além dos que já figuram na Convenção e no Protocolo adicional à Convenção*	02.05.1968
Protocolo n.º 5	Que emenda os arts. 22.º e 40.º da Convenção.	20.12.1971
Protocolo n.º 6	Relativo à abolição da Pena de Morte*	01.03.1985
Protocolo n.º 7	À Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.*	01.11.1988
Protocolo n.º 8	À Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.	01.01.1990
Protocolo n.º 9	À Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.	01.10.1994
Protocolo n.º 10	À Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.	n. a.
Protocolo n.º 11	Relativo à Reestruturação do Mecanismo de Controlo Estabelecido pela Convenção e respetivo anexo.	01.11.1998
Protocolo n.º 12	À Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*	01.04.2005
Protocolo n.º 13	Relativo à Abolição da Pena de Morte em quaisquer circunstâncias*	01.07.2003
Protocolo n.º 14	Introduzindo alterações ao sistema de controlo da Convenção.	01.06.2010
Protocolo n.º 14bis	À Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.	01.10.2009
Protocolo n.º 15	Que altera a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.	01.08.2021
Protocolo n.º 16	À Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*	01.08.2018

\* Protocolos em vigor.

Assim, foram já assinados dezassete Protocolos Adicionais, dos quais alguns vieram ampliar o leque de direitos fundamentais do âmbito material de aplicação da CEDH (Protocolos Adicionais nos 1, 4, 6, 7, 12, 13 e 16), outros inseriram alterações no processo de garantia de direitos, nomeadamente alterações na capacidade, estrutura e funcionamento dos seus órgãos de controlo (Protocolos Adicionais nos 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 14 e 15).

A estratégia de utilizar protocolos, em vez de emendas reais à CEDH, tornou mais fácil a sua implementação, uma vez que a maioria deles não precisa ser ratificada e aplicada por todos os Estados-membros<sup>39</sup>.

No âmbito da consagração de novos direitos suscetíveis de proteção, destacam-se as alterações introduzidas pelos Protocolos Adicionais nos 6 e 13, relativos à abolição da pena de morte e à abolição da pena de morte em quaisquer circunstâncias e o Protocolo Adicional n.º 12, relativo à interdição geral de discriminação.

No âmbito processual têm maior relevância o Protocolo n.º 11, que trouxe uma significativa modificação na estrutura de controlo da CEDH, o Protocolo n.º 14 que alterou o sistema instituído pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), com alterações como a introdução de um novo critério de admissibilidade, ou relativas ao tratamento de casos repetitivos ou casos manifestamente inadmissíveis. Mais recentemente o Protocolo n.º 15 adicionou uma referência ao princípio da subsidiariedade e à doutrina da margem de apreciação ao preâmbulo da CEDH e algumas alterações processuais no funcionamento do TEDH (por ex., a redução de seis para quatro meses do prazo de apresentação de um pedido ao TEDH)<sup>40</sup>.

O Protocolo n.º 11 trouxe profundas mudanças na estrutura de controle da CEDH, veio permitir que os cidadãos passassem a poder aceder às jurisdições internacionais no mesmo nível que os Estados, veio substituir a estrutura tripartida (Comissão Europeia dos Direitos do Homem, TEDH e Comité de Ministros do Conselho da Europa), de que resultava um moroso sistema de reclamações e criou um novo TEDH mais eficiente, com capacidade para responder às necessidades dos cidadãos, mantendo a qualidade de sua jurisprudência.

O Protocolo n.º 14 veio alterar o sistema de controlo da CEDH, criando mecanismos de simplificação e de maior celeridade dos processos no TEDH, preparado para receber mais queixas, em simultâneo mantendo e reforçando a eficácia do sistema de controlo existente. Foi um protocolo muito relevante que, nomeadamente, veio estabelecer novos critérios de admissibilidade (art. 12.º), habilitou um juiz singular a declarar inadmissível um pedido (art. 7.º), concedeu poderes ao Comité de Ministros

- 
39. EMMERT, F., CARNEY, C., «The European Union Charter of Fundamental Rights vs. The Council of Europe Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms – A Comparison», in Fordham International Law Journal, Vol. 40, No. 4 (2017), p. 1062.
40. No Explanatory Report to Protocol No. 15, CETS 213, § 21, justifica-se assim esta decisão: «*The development of swifter communications technology, along with the time limits of similar length in force in the member States, argue for the reduction of the time limit.*», in [https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_15\\_explanatory\\_report\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf)

para atuar nos casos em que os Estados não executem as decisões judiciais (art. 16.º), alterou a duração do mandato judicial para um mandato único de nove anos (art. 2.º) e incluiu uma adição curta, mas poderosa, que declara «A União Europeia poderá aderir à presente Convenção» (art. 17.º).

Uma nota para justificar que o Conselho da Europa, consciente de que a CEDH e os seus Protocolos garantem, essencialmente, os direitos denominados «civis e políticos» e que contém poucas normas sobre os direitos «económicos, sociais e culturais», aprovou em 18 de outubro de 1961, a Carta Social Europeia, que alarga a missão do Conselho da Europa aos direitos sociais, Carta que foi mais tarde complementada por Protocolos adicionais e revista pela Carta Social Europeia Revista de 3 de maio de 1996.

É de realçar também que a CEDH é anterior aos mecanismos de proteção dos Direitos Humanos criados pela Comunidades Europeias/União Europeia, existindo, no entanto, uma relação direta entre a CEDH e a União Europeia que se iniciou com 1975 com uma receção genérica jurisprudencial, com o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia a referir disposições da CEDH como elemento de interpretação para a definição do grau de proteção dos direitos fundamentais. A base legal para uma medida tão inovadora pode ser encontrada hoje no art. 59.º, n.º 2, da CEDH, alterado pelo Protocolo n.º 14, que afirma que a União Europeia poderá aderir à CEDH.

Esta relação entre a CEDH e a União Europeia, que será analisada no capítulo seguinte desta obra, tem-se continuado a desenvolver ao longo dos anos, não tendo ainda, apesar das diligências do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia, o processo da adesão da União Europeia à CEDH sido concluído, sobretudo devido aos pareceres desfavoráveis do TJUE<sup>41</sup>.

Em 1996 o Parlamento Europeu entendeu que, de acordo com os Tratados, a Comunidade não tinha competência para aderir à CEDH<sup>42</sup>, tornando a adesão juridicamente impossível. O Tratado de Lisboa pretendeu resolver esta situação introduzindo o art. 6.º, n.º 2, que prevê a adesão obrigatória da União Europeia à CEDH. Foi preparado novo acordo de adesão e novamente o TJUE emitiu um parecer negativo, indicando, entre outras razões, que o projeto de acordo era suscetível de lesar as características específicas e a autonomia do direito da União Europeia<sup>43</sup>.

Em 2019 a União Europeia e o Conselho da Europa retomaram as negociações relativas à adesão da União Europeia à CEDH, as quais se encontram em curso.

41. Para uma análise detalhada da relação entre a CEDH e a União Europeia v. PACHECO, M., «O Sistema de Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia – Entre a Autonomia e o Compromisso», in Julgar, n.º 14 (2011), pp. 11-28.

42. Parecer do Parlamento Europeu n.º 2/94, de 26 de março de 1996.

43. Parecer do Parlamento Europeu n.º 2/13, de 18 de dezembro de 2014.

### 3. MECANISMOS DE PROTEÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Na sua estrutura inicial a CEDH estabeleceu um sistema de funcionamento com dois órgãos, que funcionavam a tempo parcial: a Comissão Europeia de Direitos do Homem (criada em 1954 e extinta em 1998 com a entrada em vigor do Protocolo n.º 11) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (criado em 1959).

Este sistema dual, com cláusulas opcionais, com Estados como a França, a Itália e o Reino Unido que não aceitavam a jurisdição compulsória do TEDH ou o direito de petição do indivíduo, em que apenas seis pequenos Estados aceitavam o direito de petição do indivíduo, teve como consequência que o TEDH apenas tivesse proferido vinte acórdãos no período de 1959 a 1975 e nesta fase inicial não alcançou grande sucesso<sup>44</sup>.

De realçar também que, antes da entrada em vigor do Protocolo n.º 9, em 1994, os indivíduos não tinham o direito de levar seus casos diretamente ao TEDH, o indivíduo só tinha o direito de apresentar um pedido à Comissão Europeia de Direitos do Homem e esta selecionava os casos, decidindo a admissibilidade das denúncias que poderiam ser analisadas pelo TEDH.

Ao longo da década de 1990 todos os Estados aceitaram o direito de petição direta do indivíduo junto do TEDH, o que causou um crescimento significativo do número de casos e a um aumento do tempo médio de cada processo, o que veio retirar eficácia a este sistema.

A entrada em vigor do Protocolo n.º 11, em 1998, tornou obrigatória a aceitação do direito de petição do indivíduo e assim institucionalizou este direito como o motor da máquina de execução da CEDH. Este Protocolo veio ainda reestruturar o mecanismo de controle da CEDH, tendo extinguido a Comissão Europeia de Direitos do Homem, tendo o TEDH passado a funcionar em tempo integral e todos os Estados-membros passaram a aceitar a jurisdição obrigatória do TEDH.

O modelo atualmente em funcionamento de proteção dos Direitos Humanos previstos na CEDH tem a vantagem de não só articular os direitos e as obrigações num normativo, mas de, no mesmo normativo, também estabelecer os mecanismos para a implementação desses direitos.

O TEDH é o mecanismo de supervisão construído sob a CEDH e que está incorporado na estrutura institucional do Conselho da Europa. A função do TEDH é monitorizar a implementação da CEDH e com a ratificação desta Convenção, os países tornam-se membros do TEDH.

No seguimento da entrada em vigor da CEDH em 3 de setembro de 1953, logo em 21 de janeiro de 1959 teve lugar a primeira eleição dos juízes do TEDH pela

44. V. KJELDGAARD-PEDERSEN, A., «The Evolution of the Right of Individuals to Seize the European Court of Human Rights, in Journal of the History of International Law», 12(2), (2010), p. 282.

Assembleia consultiva do Conselho da Europa e em 14 de novembro de 1960 o TEDH profere o seu primeiro acórdão, o Ac. *Lawless c. Irlanda*, numa ação interposta por Lawless por violação, pelo Governo irlandês, dos arts. 5.º, 6.º e 7.º da CEDH, que estabelecem os direitos à liberdade e à segurança, a um processo equitativo e o princípio da legalidade.

Num primeiro nível todos os Estados-membros da CEDH se comprometem a garantir a todas as pessoas que se encontrem sob a sua jurisdição os direitos e liberdades consagrados na CEDH e a fornecer soluções eficazes em caso de alegadas violações. É um primeiro e fundamental patamar da proteção resultante da CEDH<sup>45</sup>.

É obrigação dos Estados-membros da CEDH assegurar na sua ordem jurídica interna a existência de um sistema que permita reparar as violações aos direitos e garantias consagrados na CEDH, pois é obrigação das autoridades nacionais, nos termos do art. 1.º da CEDH, responder, em primeiro lugar, pela proteção dos direitos e garantias consagrados na CEDH, obrigação reforçada no art. 13.º. A proteção assegurada pelo TEDH tem um caráter subsidiário face aos sistemas de proteção de base nacional.

Num segundo nível o respeito das obrigações previstas na CEDH é assegurado pelo TEDH que tem competência para examinar queixas individuais de particulares contra os Estados-membros, bem como queixas entre Estados-membros signatários da CEDH<sup>46</sup>.

Quando o TEDH constatar nas suas sentenças que ocorreu uma violação da CEDH, os Estados-membros são legalmente obrigados a executar as sentenças mediante o pagamento da indemnização pecuniária concedida e a adotar qualquer outra medida individual necessária para corrigir as consequências da violação constatada, o que pode inclusive incluir a possibilidade de reabrir o processo e/ou rever as decisões internas com vistas a remediar as violações verificadas<sup>47</sup>.

Ao longo da sua existência o TEDH foi sofrendo alterações relativas aos seus métodos de trabalho com o objetivo de aumentar a eficiência e otimizar os seus recursos. Foi criado o procedimento de acórdão-piloto para o caso em que surjam muitas queixas relativas a questões semelhantes, situação conhecida como problemas sistémicos, que habitualmente se verifica em resultado da não conformidade da lei de um país com a CEDH<sup>48</sup>. Foi também criada uma política de priorização das queixas, em função da importância e da urgência das questões suscitadas, para decidir sobre a ordem de tramitação das mesmas<sup>49</sup>.

- 
45. Para uma análise detalhada da relação entre o TEDH e os tribunais nacionais v. CABRAL BARRETO, I., «O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Juiz Nacional, in Revista Negócios Estrangeiros», N.º 19, Edição Digital, (2018), pp. 14-34.
  46. Art. 34.º e 33.º da CEDH.
  47. Art. 46.º da CEDH.
  48. Art. 61.º do Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.
  49. Art. 41.º do Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

A 1 de novembro de 1998, em resultado do Protocolo n.º 11 à CEDH, dá-se uma profunda alteração com a criação de um renovado TEDH que substitui o sistema de supervisão anterior (Comissão Europeia de Direitos do Homem, TEDH e Comité de Ministros) e que conta com um mecanismo permanente de apreciação de queixas relativas a violações dos direitos previstos na CEDH<sup>50</sup>.

Para análise das questões que lhe sejam submetidos, o TEDH funciona com um juiz singular, em comités compostos por 3 juízes, em secções compostas por 7 juízes e em tribunal pleno composto por 17 juízes<sup>51</sup>.

O trabalho dos juízes singulares aumentou significativamente a eficiência da decisão sobre questões de admissibilidade e contribuiu para uma rápida redução do atraso dos processos do TEDH. No entanto, é preciso considerar que em muitos destes processos o juiz singular habitualmente apenas analisa e decide com base no relatório preparado pelos relatores, sem analisar o processo. Se considerarmos que 80% dos processos do TEDH são decididos por juízes singulares, significa que estas decisões são preparadas pelos relatores, não juízes, que integram a secretaria do TEDH, o que pode colocar em causa o mérito substantivo das decisões. É, no entanto, possível que o juiz singular decida analisar o mérito do caso quando houver motivo de dúvida e assim assegurar a eficácia da proteção dos direitos substantivos oferecida pela CEDH<sup>52</sup>.

O funcionamento do TEDH está sujeito a um significativo número de regras, constantes da CEDH e do Regulamento do TEDH<sup>53</sup>, das quais destacamos as seguintes:

1 – Qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na CEDH ou nos seus Protocolos pode apresentar uma petição ao TEDH<sup>54</sup>. Este direito de recorrer ao TEDH é um direito absoluto e não admite restrições.

Esta possibilidade de uma pessoa singular poder apresentar uma queixa contra um Estado é uma característica marcante da CEDH e que a diferencia de outros convenções. Mas inicialmente a Comissão Europeia de Direitos do Homem só tinha competência para conhecer pedidos de uma pessoa singular se a Parte Contratante tivesse emitido uma declaração formal reconhecendo a sua competência. Só após 1 de novembro de 1998, com a entrada em vigor do Protocolo n.º 11.º, o direito de queixa individual deixou de depender de uma declaração dos Estados Contratantes e passou a ser um direito dos indivíduos que passaram a gozar ao nível internacional de um direito efetivo de ação para fazer valer os direitos e liberdades aos quais eles têm direito sob a CEDH.

50. Art. 19.º da CEDH.

51. Art. 26.º, n.º 1 da CEDH.

52. GERARDS, J.; GLAS, L., «Access to justice in the European Convention on Human Rights system», in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 35(1), (2017), p. 24.

53. Para uma análise detalhada dessas regras v. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Guia Prático sobre a Admissibilidade*, in <https://portal.oa.pt/media/119247/guia-pratico-tedh.pdf>

54. Art. 34.º da CEDH.

2 – Qualquer Estado Contratante da CEDH pode submeter ao TEDH qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outro Estado Contratante<sup>55</sup>.

3 – O TEDH não tem competência para examinar todo o tipo de queixas, sendo as suas competências definidas pelos critérios de admissibilidade estabelecidos na CEDH, que determinam quem pode recorrer para o TEDH, em que prazos e sobre que matérias. São quatro esses critérios<sup>56</sup>: *i)* deve haver um esgotamento de recurso das vias nacionais<sup>57</sup>; *ii)* a queixa deve ser apresentada no prazo de quatro meses depois da data da decisão nacional definitiva<sup>58</sup>; *iii)* a queixa deve ser compatível com a CEDH e os seus protocolos e não deve ser manifestamente mal fundamentada<sup>59</sup>; *iv)* a queixa não pode ser idêntica a outra anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional, ou seja, o princípio do *non bis in idem*<sup>60</sup>; *v)* e tem de se verificar a exigência de um prejuízo significativo<sup>61</sup>.

No caso da exigência do esgotamento de recurso das vias nacionais o TEDH admite exceções se o queixoso comprovar que os recursos disponíveis não são eficazes, por exemplo se, face à jurisprudência nacional estabelecida, a via de recuso judicial não fornecer perspectivas razoáveis de sucesso<sup>62</sup>.

Relativamente ao prazo de quatro meses também aqui o TEDH admite exceções, por exemplo quando «*an applicant first avails himself of a domestic remedy and only at a later stage becomes aware, or should have become aware, of the circumstances which make that remedy ineffective. In such a situation, the six-month period might be calculated from the time when the applicant becomes aware, or should have become aware, of these circumstances*»<sup>63</sup>.

4 – A obrigação de cumprimento das condições previstas no art. 47.º do Regulamento do TEDH, que inclui preencher todas as informações solicitadas nos campos pertinentes do formulário de queixa, sob pena de não ser examinado. A relevância do cumprimento destas regras comprova-se pelo facto de que cerca de 90% das queixas apresentadas no TEDH serem rejeitadas por incumprimento dos respetivos requisitos legais<sup>64</sup>.

55. Art. 33.º da CEDH.

56. Para uma análise detalhada desses critérios v. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Guia Prático sobre a Admissibilidade, in <https://portal.oa.pt/media/119247/guia-pratico-tedh.pdf>, pp. 14 e ss.

57. Art. 35.º, n.º 1, da CEDH.

58. Art. 35.º, n.º 1, da CEDH.

59. Art. 32.º e 35.º, n.º 3, da CEDH.

60. Art. 35.º, n.º 2, al. *b*), da CEDH.

61. Art. 35.º, n.º 3, al. *b*), da CEDH.

62. Ac. Pressos Compania Naviera S. A. e outros c. Bélgica, de 20 de novembro de 1995, § 27 e Ac. Carson e outros c. Reino Unido, de 16 de março de 2010, § 58.

63. Ac. Doğan e outros c. Turquia, de 10 de novembro de 2004, §113.

64. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Como preencher o formulário de queixa*; in [https://www.echr.coe.int/Documents/Application\\_Notes\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Application_Notes_POR.pdf), p. 1.

O correto preenchimento do formulário da queixa é fundamental para a análise da mesma. As questões formais como a legibilidade, o preenchimento de todos os campos do formulário, a não utilização de abreviaturas, a redação do objeto da queixa e a descrição dos factos ser concisa são fundamentais para a admissibilidade do pedido.

5 – Após a análise inicial (em que a queixa pode ser logo considerada inadmissível) se a queixa for considerada admissível será analisada. No final do processo haverá um acórdão definitivo que ou conclui pela não violação, caso em que o processo termina, ou um acórdão definitivo que conclui pela violação.

Além da inadmissibilidade inicial o TEDH pode considerar a queixa inadmissível a todo o momento do processo<sup>65</sup>. Assim, ainda que a queixa seja considerada admissível numa fase inicial pode posteriormente vir a ser considerada inadmissível, solução que funciona como uma válvula de escape em que o TEDH pode, se concluir pela verificação de um fundamento para a não admissibilidade com base no art. 35.º da CEDH, utilizar numa fase posterior do processo.

6 – No caso do acórdão definitivo que conclua pela violação este é transmitido ao Comité de Ministros que velará pela sua execução por parte do Estado condenado, que pode ficar sujeito a três tipos de obrigações: ao pagamento de uma compensação (reparação razoável)<sup>66</sup>, à adoção de medidas gerais como a alteração de legislação, ou à adoção de medidas individuais como a reabertura de um processo<sup>67</sup>.

7 – Por fim o Comité de Ministros faz uma apreciação das medidas tomadas pelo Estado condenado, classificando-as como uma execução satisfatória, caso em que termina o processo, ou não satisfatória, caso em que, por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submete à apreciação do TEDH a questão sobre o cumprimento, por esse Estado da sua obrigação<sup>68</sup>.

Além da competência contenciosa do TEDH, podemos identificar também uma competência consultiva. Na competência consultiva o TEDH é chamado a emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos, resultando na emissão de pareceres no âmbito do disposto no art. 47.º da CEDH.

Relativamente às obrigações dos Estados, o TEDH optou por uma abordagem que distingue entre duas categorias: obrigações negativas e obrigações positivas.

As obrigações negativas no essencial exigem que os Estados não interfiram no exercício dos direitos e desde o início que foram consideradas inerentes à CEDH.

Já as obrigações positivas exigem por parte do Estado medidas positivas específicas para dar plena realização e pleno efeito ao direito e apenas um número

65. Art. 35.º, n.º 4, da CEDH.

66. Art. 41.º da CEDH.

67. Art. 36.º, n.º 1, da CEDH.

68. Art. 36.º, n.º 4, da CEDH.

reduzido de obrigações positivas estavam previstas no texto da CEDH. Inicialmente estas não foram reconhecidas pelo TEDH como obrigações dos Estados, tendo sido apenas após o processo *Belgian linguistic case*<sup>69</sup>, em 1968, que o TEDH reconheceu a existência de obrigações positivas por parte do Estado.

O TEDH define mais tarde, em 1994, que a principal característica das obrigações positivas é a de que elas exigem que as autoridades nacionais tomem as medidas necessárias para salvaguardar um direito<sup>70</sup> ou, mais precisamente, tomem as medidas necessárias para salvaguardar um direito ou ainda, mais especificamente, adotem medidas razoáveis e adequadas para proteger os direitos do indivíduo<sup>71</sup>.

O recurso ao conceito de obrigação positiva pelo TEDH permitiu reforçar e alargar os requisitos substantivos da CEDH com o objetivo de garantir aos indivíduos o gozo efetivo dos direitos assegurados.

No âmbito das obrigações positivas o TEDH distingue entre obrigações «substantivas» e as obrigações «processuais»<sup>72</sup> com base na essência da ação esperada do Estado. As obrigações substantivas são as que exigem medidas básicas necessárias para o pleno gozo dos direitos garantidos, por exemplo, o estabelecimento de regras adequadas para a atuação da polícia, de regras a proibir os maus-tratos ou trabalho forçado nas prisões. Quanto às obrigações processuais, estas são as que exigem a organização de procedimentos internos para garantir uma melhor proteção das pessoas, como, por exemplo, o dever do Estado de promulgar legislação penal que seja ao mesmo tempo dissuasiva e eficaz, ou a exigência de participação dos pais em processos que possam afetar a sua vida familiar como processos de adoção, ou decisões sobre guarda ou direito de visita.

A jurisprudência do TEDH, além de garantir que os Direitos Humanos não são violados, criou a obrigação de os órgãos públicos nacionais terem de adotar medidas positivas para proteger os Direitos Humanos. Estas chamadas obrigações positivas são particularmente relevantes para o direito à vida, o direito de não ser submetido a tortura ou a tratamentos ou penas desumanas ou degradantes e o direito ao respeito pela vida privada e familiar.

Passamos a apresentar algumas das obrigações positivas já estabelecidas pelo TEDH. Resulta da CEDH que os Estados têm obrigações processuais para implementar os direitos consagrados na Convenção, em concreto no caso dos arts. 2.º a 4.º a jurisprudência do TEDH definiu obrigações processuais para os Estados, sendo a mais relevante a obrigação de investigar<sup>73</sup>, que é parte de uma obrigação mais ampla de possuir um sistema judicial eficaz, que inclui também uma obrigação de ação judicial.

- 
- 69. Ac. Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium c. Bélgica (merits), de 23 de julho de 1968.
  - 70. Ac. Hokkanen c. Finlândia, de 24 de agosto de 1994.
  - 71. Ac. López-Ostra c. Espanha, de 9 de dezembro de 1994.
  - 72. Ac. Öneryıldız c. Turquia, de 30 de novembro de 2004.
  - 73. Ac. Makaratzis c. Grécia, de 20 de dezembro de 2004.

No caso do art. 2.º da CEDH (Direito à vida), em casos de morte violenta ou suspeita de morte violenta, as autoridades nacionais são obrigadas a agir assim que os factos forem levados ao seu conhecimento, sem ter de esperar por queixa formal dos familiares<sup>74</sup>.

Diferentemente, no caso do art. 3.º da CEDH (Proibição de tortura), é jurisprudência constante do TEDH que as autoridades nacionais não são obrigadas a agir até ao momento em que recebam alegações de maus-tratos por parte da vítima ou de familiares próximos e é também necessário que essas alegações sejam justificáveis<sup>75</sup>.

Depois da investigação vem a obrigação de ação judicial por parte dos Estados, entendendo o TEDH que o não respeito pela vida e pela integridade física devem ser sancionadas judicialmente, devendo a sanção ser penal no caso de violações intencionais particularmente graves, considerando, por exemplo, o TEDH que no caso do crime de violação é necessária uma ação penal, independentemente de ter existido uma compensação pecuniária<sup>76</sup>, bem como em casos de homicídio<sup>77</sup>, tortura e tratamento desumano e degradante<sup>78</sup>.

Considera, no entanto, o TEDH que, quando a violação dos arts. 2.º e 3.º da CEDH resultar de negligência ou erros de julgamento, a CEDH não exige necessariamente uma ação penal e que uma ação civil pode ser suficiente, por exemplo, em casos de negligência médica<sup>79</sup>.

O TEDH tem também desenvolvido uma grande atividade na área da proteção da vida privada (art. 8.º da CEDH), considerando que o conceito de vida privada é um conceito amplo não suscetível de uma definição exaustiva e que inclui nomeadamente a integridade física e moral da pessoa; a identidade física e social do indivíduo, incluindo sua identidade sexual; o direito ao desenvolvimento ou realização pessoal e o direito de se relacionar com outros seres humanos e com o mundo exterior<sup>80</sup>.

Ao nível da proteção da vida familiar (arts. 8.º e 12.º da CEDH) o TEDH estabeleceu, no essencial duas obrigações gerais, a obrigação de reconhecer legalmente os laços familiares e a obrigação de agir para preservar a vida familiar. O reconhecimento legal deve, em primeiro lugar, ser estabelecido através de legislação<sup>81</sup>, mas deve também ser devidamente aplicado e devidamente interpretado pelos tribunais nacionais<sup>82</sup>.

74. Ac. Akdoğdu c. Turquia, de 18 de outubro de 2005.

75. Ac. Valasinas c. Lituânia, de 24 de julho de 2001.

76. Ac. X e Y c. Reino Unido, Stubbings, de 27 de fevereiro de 1985 e 24 de setembro de 1996, e Ac. M. C. c. Bulgária, de 4 de dezembro de 2003.

77. Ac. Öneryildiz c. Turquia, de 30 de novembro de 2004.

78. Ac. Krastanov c. Bulgária, de 30 de setembro de 2004.

79. Ac. Calvelli e Ciglio c. Itália, de 17 de janeiro de 2002; Ac. Vo c. França, de 8 de julho de 2004.

80. Ac. Van Kück c. Alemanhã, de 12 de setembro de 2003.

81. Ac. Marckx c. Bélgica, de 27 de abril de 1979.

82. Ac. Pla and Puncernau c. Andorra, de 13 de julho de 2004.

Sobre a ideia do pluralismo que caracteriza a sociedade democrática europeia são vários os direitos consagrados pela CEDH e assegurados pelo TEDH, de que destacamos o direito a eleições livres (art. 3.º do Protocolo n.º 1)<sup>83</sup>; liberdade de expressão (art. 10.º da CEDH)<sup>84</sup>; liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 9.º da CEDH)<sup>85</sup>; e liberdade de reunião e de associação (art. 11.º da CEDH)<sup>86</sup>.

São também de especial relevância os direitos de natureza económica, social e cultural, com particular destaque para o direito de propriedade em múltiplas vertentes como o direito de proteção da propriedade<sup>87</sup> ou o direito de compensação por expropriação (art. 1.º do Protocolo n.º 1)<sup>88</sup>; e para o direito à educação (art. 2.º do Protocolo n.º 1)<sup>89</sup>, matérias em que o TEDH entende que são exigidas obrigações positivas aos Estados.

O art. 13.º da CEDH, ao consagrar o direito a recurso perante uma instância nacional quando tiverem sido violados direitos e liberdades consagrados na CEDH, pretende que o sistema nacional possa desempenhar plenamente seu papel, obrigando os Estados a prever os recursos necessários para corrigir situações em desacordo com a Convenção.

Neste sentido a jurisprudência do TEDH tem sucessivamente reafirmado «*The Court recalls that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision*

<sup>90</sup>.

Igualmente o direito a um processo equitativo previsto no art. 6.º da CEDH consagra uma obrigação positiva dos Estados, que além dos direitos consagrados nesse artigo (por ex., que a causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, julgamento público, presunção de inocência) o TEDH estendeu essa obrigação do Estado a uma obrigação de executar as decisões judiciais<sup>91</sup>. É assim o próprio TEDH a destacar relevância da

- 
- 83. Ac. Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Bélgica, de 28 de janeiro de 1987; Ac. The Zdanoka c. Letónia, de 16 de março de 2006.
  - 84. Ac. Fuentes Bobo c. Espanha, de 29 de fevereiro de 2000; Ac. Özgür Gündem c. Turquia, de 16 de maio de 2000.
  - 85. Ac. Vergos c. Grécia, de 24 de julho de 2004.
  - 86. Ac. Plattform «Ärzte für das Leben» c. Áustria, de 25 de maio de 1988.
  - 87. Ac. Novoseletskiy c. Ucrânia, de 22 de fevereiro de 2005.
  - 88. Ac. James c. Reino Unido, de 21 de fevereiro de 1986.
  - 89. Ac. Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium c. Bélgica (merits), de 23 de julho de 1968.
  - 90. Ac. Kaya c. Turquia, de 19 de fevereiro de 1998, § 106.
  - 91. Ac. Hornsby c. Grécia, de 19 de março de 1997, § 40.

execução da sentença para a própria efetividade do direito de acesso a um tribunal, de modo a assegurar a boa administração da justiça.

Como complemento lógico de todo este sistema o art. 46.<sup>º</sup> da CEDH prevê a força vinculativa e execução das sentenças do TEDH e que os Estados-membros se obrigam a respeitar as sentenças definitivas do TEDH nos litígios em que forem partes, princípio esclarecido pelo TEDH no caso *Scozzari e Giunta c. Itália*<sup>92</sup> que entende que essa obrigação inclui o pagamento da justa indemnização, de medidas individuais e de medidas gerais.

No que respeita à supervisão da execução das decisões judiciais, como já referimos, esta é responsabilidade do Comité de Ministros, que é o órgão executivo do Conselho da Europa<sup>93</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CEDH teve na sua origem uma inspiração universal e regional. No seu preâmbulo são declarados abertamente os vínculos com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o objetivo de assegurar o reconhecimento e aplicação universal e efetiva dos direitos nela enunciados. Mas a CEDH pretende também cumprir o objetivo do Conselho da Europa de alcançar uma maior unidade entre os seus Estados-membros, considerando o seu património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito e com a manutenção e maior realização dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

A CEDH foi a primeira convenção internacional sobre os Direitos Humanos de aplicação generalista, com caráter vinculativo. Nunca anteriormente os signatários de tratados internacionais garantiram a proteção dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais a todas as pessoas sob a jurisdição de um tratado. Já tinham existido no passado alguns tratados internacionais em matéria de Direito Humanos (ex. proibição escravatura, proteção de minorias, direitos dos trabalhadores), mas eram sempre limitados a certos grupos de pessoas. O caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU reconhecia a necessidade de proteger todos os indivíduos, mas não tem um caráter vinculativo.

Desde a sua entrada em vigor, em 1953, a CEDH procurou definir e proteger um conjunto explícito de direitos civis e políticos para todas as pessoas sob a jurisdição de seus Estados-membros, sejam estrangeiros, refugiados, apátridas ou cidadãos.

Em resultado da competência contenciosa do TEDH são apreciadas as queixas apresentadas por Estados que seja Partes Contratantes da CEDH<sup>94</sup> ou sob a forma de petições individuais apresentadas por qualquer pessoa singular, organização não

92. Ac. *Scozzari e Giunta c. Itália*, de 13 de julho de 2000, § 249.

93. Art. 46.<sup>º</sup> da CEDH.

94. Art. 33.<sup>º</sup> da CEDH.

governamental ou grupo de particulares<sup>95</sup>, em ambos os casos se estiver em causa a violação de um direito plasmado na CEDH por qualquer Estado contratante. A admissibilidade das petições individuais implica o prévio esgotamento das vias de recurso internas, o que confirma que os tribunais nacionais constituem são os primeiros a aplicar e defender os direitos e liberdades inscritos na CEDH.

Em resultado das disposições da CEDH os acórdãos do TEDH têm força vinculativa e, em consequência, os Estados condenados tem obrigação de cumprir a decisão, devendo reparar o dano sofrido pelo requerente e, sempre que possível, devem corrigir as consequências da violação. Resulta também da CEDH que os Estados devem evitar que uma violação semelhante a um caso já analisado no TEDH ocorra, o que em muitos casos é resolvido através de uma alteração legislativa. As alterações legislativas que sejam efetuadas em consequência de uma violação concreta e do consequente acórdão do TEDH vêm permitir que todos os cidadãos de um país possam beneficiar de novos Direitos Humanos, em resultado de uma situação específica.

O TEDH tem estado na vanguarda dos Direitos Humanos, especialmente no domínio dos direitos civis e políticos, tem sido um criador de doutrinas jurídicas sobre Direitos Humanos, com uma interpretação coerente com a manutenção e promoção dos ideais e valores de uma sociedade democrática, oferecendo uma proteção substantiva dos Direitos Humanos que é o objeto e propósito da CEDH.

Para alcançar estes objetivos, desde a criação da CEDH, foram implementadas inúmeras reformas no procedimento do TEDH com o objetivo de aumentar e salvaguardar a sua eficácia a longo prazo, de que resultou uma mudança significativa no funcionamento deste Tribunal, bem como os meios dos requerentes para aceder a justiça no sistema da CEDH, destacando-se a possibilidade de petição individual de qualquer cidadão para o TEDH.

A atividade do TEDH tem sido intensa. Desde a sua criação até 2021 foram-lhe submetidos 1.019.471 pedidos e foram decididos 957.322 desses processos. A violação mais frequentemente encontrada pelo TEDH diz respeito ao art. 6.º da CEDH (direito a um processo equitativo), nomeadamente no que diz respeito à excessiva duração do processo. Em 2021, quase um quarto de todas as violações encontradas pelo TEDH estavam relacionadas a esta disposição. A segunda violação mais frequente diz respeito ao direito à liberdade e à segurança (art. 5.º da CEDH)<sup>96</sup>.

Ao longo dos anos a jurisprudência do TEDH tem desenvolvido o conteúdo de muitos Direitos Humanos e conseguido uma proteção efetiva desses direitos. Assistimos a uma evolução notável do seu conteúdo resultante da jurisprudência do TEDH e quanto ao futuro, partindo da ideia que os Direitos Humanos não são estáticos, o TEDH tem dados sinais de que há novas fronteiras que necessitam ser

95. Art. 34.º da CEDH.

96. European Court of Human Rights, Overview 1959-2021 ECHR, 2022, in [https://www.echr.coe.int/Documents/Overview\\_19592021\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_ENG.pdf)

exploradas, enfatizando uma abordagem evolutiva da interpretação dos Direitos Humanos, tendo neste sentido afirmado no histórico Ac. *Christine Goodwin* que «*It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement*»<sup>97</sup>.

A jurisprudência do TEDH tem ganho tal relevância na Europa que alguns autores já o classificam como um Tribunal quase-constitucional europeu<sup>98</sup>, sendo também seguida por muitos tribunais dos Estados-membros do Conselho da Europa e também citada por muitos tribunais não europeus.

Por fim, realçamos a importância da jurisprudência do TEDH, que tem estado na vanguarda dos Direitos Humanos, especialmente no campo dos direitos civis e políticos como modelo de jurisprudência, para múltiplos tribunais internacionais de Direitos Humanos. Mas assistimos também a uma influência no TEDH por parte de outros tratados e tribunais internacionais, confirmada no trabalho de Merrills que, quando analisou o papel do TEDH no desenvolvimento do direito internacional, verificou que o TEDH havia utilizado outros tratados internacionais para três tipos de interpretação: *i) ampliando a CEDH, ii) indicando omissões e iii) fornecendo evidências de desenvolvimentos contemporâneos*<sup>99</sup>.

No caso concreto das relações entre o TEDH e Tribunal Interamericano de Direitos Humanos tem-se assistido a influência recíproca que «abriu caminho a uma notável fertilização jurisprudencial que tem persistido já por algum tempo; as convergências daí resultantes, em suas jurisprudências respectivas, se manifestam em vários aspectos, tais como os atinentes aos métodos de interpretação das duas Convenções (Europeia e Americana) de Direitos Humanos»<sup>100</sup>. Existem efetivamente muitas convergências jurisprudenciais entre TEDH e Tribunal Interamericano de Direitos Humanos<sup>101</sup> que permitem um desenvolvimento recíproco dos Direitos Humanos nos dois continentes.

Num mundo globalizado, em que se pretende reconhecer a universalidade dos Direitos Humanos, em que coexistem normas internacionais, regionais e nacionais, é fundamental um relacionamento entre diversos órgãos e instâncias com intervenção nesta matéria e a criação de um verdadeiro quadro normativo em rede.

97. Ac. *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julho de 2002, § 74.

98. Neste sentido v. WILDHABER, Presidente do TEDH de 1997 a 2007, v. WILDHABER, L., «The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future», in American University International Law Review, 22, n.º 4, (2007), p. 528.

99. MERRILLS, J. G. The Development of International Law by the European Court of Human Rights, Manchester, Manchester University Press, (2nd. ed.), 1993, pp. 218-226.

100. CANÇADO TRINDADE, A. Os Tribunais Internacionais Contemporâneos, Brasília: FUNAG, 2013, p. 91.

101. Para uma análise detalhada desses acórdãos v. Trindade, Antônio Augusto Cançado, *op. cit.* pp. 91-95.

O sistema resultante da CEDH e do TEDH é amplamente aceite como o regime internacional «mais avançado e eficaz» para fazer valer formalmente os Direitos Humanos no mundo de hoje<sup>102</sup>. A Europa vangloria-se de ser o grande paladino dos Direitos Humanos a nível mundial e efetivamente constatamos que o sistema regional da Europa resultante da CEDH, com os mecanismos de proteção que desenvolveu, alcançam uma efetiva proteção dos Direitos Humanos.

---

102. Moravcsik, Andrew, The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe, in *International Organization*, Volume 54, Issue 2, Spring 2000, p. 218.

## *Capítulo 2*

# O modelo comunitário de proteção de direitos fundamentais: dos «princípios gerais de direito comunitário» à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

SUSANA SARDINHA MONTEIRO<sup>103</sup>

«No caminho da União Europeia estão os direitos fundamentais – não estão como um estorvo, nem são um desvio imposto ao rumo traçado. Os direitos fundamentais estão no caminho da União Europeia como o estiveram – e estão – no longo percurso do Estado constitucional, no sentido de que são uma exigência estruturante de um modelo de legitimação e de exercício do poder político baseado na ideia nuclear do respeito pela dignidade da pessoa humana, com as suas múltiplas implicações no plano jurídico, ético, económico e social»<sup>104</sup>.

**SUMÁRIO:** 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EUROPA COMUNITÁRIA: O SILENCIO DOS TRATADOS INSTITUTIVOS. 2. O «DESPERTAR COMUNITÁRIO» PARA A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2.1. *A evolução da orientação jurisprudencial no reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais.* 2.2. *A receção e influência das soluções jurisprudenciais na atividade das instituições.* 2.3. *A «constitucionalização» dos direitos fundamentais no direito originário.* 2.3.1. O Tratado de Maastricht e a positivação dos direitos fundamentais. 2.3.2. O Tratado de Amesterdão e a humanização da União Europeia. 2.3.3. O Tratado de Nice e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2.3.4. Os direitos fundamentais na «refundação» da União Europeia pós Tratado de Lisboa. 3. A CARTA NO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO APÓS O TRATADO DE LISBOA. 3.1. *O âmbito de aplicação da Carta e as suas «cláusulas horizontais».* 3.2. *O conteúdo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.* 4. REFLEXÕES FINAIS.

103. Professora Adjunta da Escola Superior de Educação e Ciências Sociais do Instituto Politécnico de Leiria (Portugal). Investigadora do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense (IJP/IPLeiria). E-mail: susana.monteiro@ipleiria.pt

104. DUARTE, M., União Europeia e Direitos Fundamentais no Espaço da Internormatividade, Lisboa, AAFDL, 2006, p. 19.

## 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EUROPA COMUNITÁRIA: O SILENCIO DOS TRATADOS INSTITUTIVOS

No período pós II Guerra Mundial (II GM), a função da garantia internacional dos direitos fundamentais de «todas as pessoas» foi atribuída ao Conselho da Europa sob cujos auspícios foi assinada, em 1950, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), que tem desempenhado, graças essencialmente à atividade do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), o papel de garante do respeito dos direitos fundamentais na Europa.

Assim, e não obstante a importância que os direitos humanos assumiram no período pós II GM, em virtude das atrocidades então cometidas, os Estados não sentiram necessidade de incluir no texto dos Tratados de Paris e de Roma, em 1951 e 1957, respetivamente, qualquer referência aos direitos fundamentais, na medida em que, quando os mesmos foram assinados, já se encontravam em vigor e ratificadas pelos seis Estados-membros fundadores, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e a CEDH,

Realizou-se, desta forma, uma clara separação formal entre duas esferas: a das liberdades e direitos civis e políticos, núcleo fundamental da cidadania do Estado liberal de direito democrático, e a dos direitos sociais e económicos consagrados no âmbito do Estado social, mantidos no quadro da soberania e responsabilidade estaduais, sob o controlo, caso se revelasse necessário, das instâncias de Estrasburgo, e a do mercado e das liberdades económicas, regulada num quadro essencialmente transnacional e integrado pelas Comunidades Europeias.

Mas a inexistência nos Tratados, em especial no Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia (TCEE) de um catálogo de direitos fundamentais<sup>105</sup>, fazendo dos Tratados «mais um *“Bill of Powers”* do que um *“Bill of Rights”*»<sup>106</sup>, contrastava com a sua proteção expressa nas constituições nacionais, não significa a rejeição desses mesmos direitos, ou mesmo a ausência de vontade de os proteger. Antes pelo contrário. Acontece que a natureza economicista do processo comunitário de integração cujo objetivo central era o de implementar um mercado comum tendo na sua base uma união aduaneira (não obstante os objetivos políticos que estiveram na origem do projeto europeu, com destaque para a consolidação da paz

- 
- 105. De notar que a questão da proteção dos direitos fundamentais foi discutida durante as negociações que conduziram à posterior adoção do Tratado de Roma. A delegação alemã propôs a inclusão no texto dos Tratados de uma disposição de com teúdo idêntico à do art. 3.º do TCED. Para Maria Luísa Duarte são dois os principais argumentos que determinaram a recusa dos Estados em acolher a proposta alemã, a saber «1) os órgãos comunitários de decisão não poderiam respeitar e fazer respeitar as Constituições dos Estados-membros como fontes de direitos fundamentais; 2) a possível relevância comunitária dos direitos fundamentais poderia ser invocada pelos Estados-membros de modo contrário à realização dos objectivos definidos pelos Tratados». DUARTE, M. L., Direito da União Europeia – Lições desenvolvidas, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 388.
  - 106. MACHADO, J., Direito da União Europeia, 2.º Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 281.

duradoura na Europa) determinou a não inclusão no enunciado dos Tratados, de disposições específicas sobre (a proteção dos) direitos fundamentais. Os objetivos economicistas conduziram as Comunidades a promover a construção de um quadro jurídico de atuação dos agentes económicos assente num conjunto de liberdades de carácter essencialmente económico. A este propósito subscrevemos integralmente as palavras de Maria Eduarda Gonçalves quando afirma que «a CEE não rejeitou os direitos do homem e do cidadão como sua referência filosófica e jurídica: ela foi criada, por assim dizer, sobre esse património comum de valores e princípios. Mas não recebeu competências de intervenção específica neste domínio»<sup>107</sup>. Para Maria Luísa Duarte os Tratados institutivos «guardaram um “prudente silêncio” sobre o dever de proteção dos direitos fundamentais [decisão assente em dois pressupostos que considera contraditórios] por um lado, a plena realização dos objectivos inerentes à criação e ao funcionamento do mercado comum, desenvolvida à margem dos supostos entraves de raiz constitucional; por outro lado, o respeito pela reserva de soberania dos Estados-membros, entendida como competência própria de definição das relações entre o poder político e os cidadãos»<sup>108</sup>.

Não obstante, várias normas dos Tratados institutivos, em especial do TCEE, estabeleciam algumas regras de conformação das liberdades económicas que de forma indireta, mediata e instrumental se repercutiam na esfera jurídica dos nacionais dos Estados-membros e que podemos considerar como direitos fundamentais, e como tal consagrados nos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais, a saber a DUDH e a CEDH. Entre eles destacamos o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, o princípio da igualdade em matéria de remuneração do trabalho, assim como o direito de livre circulação no espaço comunitário, o direito de exercer uma atividade profissional (económica) no território de outro Estado-membro, a melhoria do nível e da qualidade de vida dos cidadãos, a garantia da liberdade de associação e a proteção do sigilo comercial e profissional, bem como as que se referem à observância do respeito do direito e às garantias de independência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>109</sup>. Acontece que estes direitos, embora importantes e com a natureza de direitos fundamentais, não eram direitos das pessoas, mas antes direitos atribuídos ao *homo enconomicus* (aos agentes económicos). As Comunidades Europeias eram essencialmente, e sem qualquer margem para dúvidas, organizações económicas, comunidades económicas e não comunidades de pessoas, pelo que os direitos das pessoas só eram tidos em conta, na medida em que eram pressuposto do estabelecimento e do desenvolvimento do mercado comum. Não existia então claramente a percepção de que a realização destes objetivos pudesse ter (importantes) implicações ao

- 
- 107. GONÇALVES, M., «Europeização e direitos dos cidadãos», in SANTOS, B. (org.) Globalização: fatalidade ou utopia?, Porto: Afrontamento, (2001), p. 343.
  - 108. DUARTE, M., Direito da União Europeia – Lições desenvolvidas, Lisboa, AAFDL, 2022, pp. 388-389.
  - 109. Arts. 2.º, 3.º, 7.º, 39.º, 51.º, 48.º, 117.º, 119.º, 123.º, 164.º, 173.º, 179.º, 214.º do TCEE, respetivamente.

nível dos direitos humanos, ou seja, não se concebeu, na altura, que a CEE pudesse através da sua ação, violar os direitos fundamentais, civis e políticos das pessoas.

Mais ainda, os Estados consideravam que (no âmbito respetiva atividade normativa), respeitavam de modo suficiente, a integridade e integralidade dos direitos fundamentais individuais, tendo em conta a proteção que lhes era conferida pelas respetivas constituições nacionais e que seria inadmissível que uma eventual atribuição de competências dos Estados para as Comunidades Europeias reduzisse a respetiva proteção. Aliás, sendo as competências comunitárias funcionais e dominadas pelo princípio da atribuição, perante a ausência de uma disposição de atribuição expressa no texto dos Tratados, a CEE não dispunha de competências específicas em matéria de direitos fundamentais que lhe permitisse tomar decisões nesse domínio.

Mas esta situação inicial, foi sendo paulatinamente alterada. O desenvolvimento e do processo de integração com o consequente alargamento das competências das Comunidades a domínios não estritamente económicos, aliado à afirmação jurisprudencial dos princípios do primado e do efeito direto enquanto princípios essenciais da ordem jurídica comunitária, conduziu inevitavelmente à existência de situações em que a ação das instituições afetava e relativamente aos quais se colocavam, real ou potencialmente, situações de violação dos direitos fundamentais. Com relação a estas a solução da remissão para as normas internacionais e nacionais de proteção dos direitos fundamentais fazia perigar a tão necessária uniformidade da ordem jurídica comunitária.

Este conjunto de circunstâncias levou as instituições, com destaque para a judicial, a atuar. Para mais, numa organização de Direito como as Comunidades Europeias, criada por Direito<sup>110</sup>, cujos atos constitutivos são Tratados internacionais assinados pelos Estados, estando sujeitas ao respeito pelo Direito e constituindo uma ordem jurídica autónoma e hierarquizada, fundada no respeito pelos princípios da dignidade humana, da igualdade, da liberdade, da democracia, do Estado de direito, impunha-se assegurar no seu seio a proteção dos direitos fundamentais<sup>111</sup>, à semelhança do que sucede, aliás, em qualquer Estados de direito democrático.

---

110. Mais do que mera criação do direito, a CE, agora UE, é ela própria criadora de direito, cujo respeito é assegurado por Tribunais independentes e competentes de pleno direito nos casos previstos pelos Tratados, sem ser necessário que os Estados membros aceitem expressamente essa competência

111. O TCE faz referência a dois direitos que apenas indiretamente podem ser considerados direitos fundamentais: as liberdades de circulação de trabalhadores e de prestação de serviços (arts. 45.<sup>º</sup> a 60.<sup>º</sup> do TCE), que são expressão de um direito mais geral de não discriminação baseado na nacionalidade (arts. 6.<sup>º</sup>, 40.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3, 48.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup>s 2 e 3, e art. 220.<sup>º</sup> do TCE) ou no sexo (art. 119.<sup>º</sup> do TCE). Há quem entenda que outros direitos fundamentais foram consagrados em várias disposições do Tratados, como as que referem a melhoria do nível e da qualidade de vida dos cidadãos da Comunidades (arts. 2.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup>, 39.<sup>º</sup>, 51.<sup>º</sup>, 117.<sup>º</sup> e 123.<sup>º</sup> do TCE), as que fazem referência aos poderes de supervisão do PE (arts. 137.<sup>º</sup>, 138.<sup>º</sup>, 138-A a 138.<sup>º</sup> E, 189.<sup>º</sup> B e 189.<sup>º</sup> C do TCE), e ainda as que se reportam à observância do respeito do direito (art. 164.<sup>º</sup>, 173.<sup>º</sup> e 179.<sup>º</sup>) e às garantias de independência do TJ (art. 167.<sup>º</sup> do TCE).

Impunha-se, assim que por uma questão de sobrevivência, a dinâmica evolutiva do processo de integração europeu, passasse a assegurar a proteção efetiva dos direitos fundamentais<sup>112</sup>.

Faremos, de seguida, uma análise evolutiva da posição dos juízes do Luxemburgo a respeito da proteção dos direitos fundamentais nas Comunidades Europeias e a forma como essa atuação influenciou as restantes instituições.

## 2. O «DESPERTAR COMUNITÁRIO» PARA A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira instituição a tomar consciência da lacuna dos Tratados no que respeita a proteção dos direitos fundamentais e a atuar no sentido de a colmatar foi o Tribunal de Justiça que, através de uma jurisprudência elaborada ao longo de vários anos, enquadrhou a proteção dos direitos fundamentais no âmbito do direito comunitário<sup>113</sup>. O TJ deslocou para o quadro do direito comunitário os direitos, as liberdades e as garantias, bem como os direitos económicos, sociais e culturais,

112. Nenhum sistema multinível, como é o da UE (com a divisão de competências entre Estados e instituições) pode subsistir se descurar a igualdade e identidade de posições jurídicas fundamentais dos cidadãos e a tendencial equiparação das condições de vida em todo o seu espaço geográfico. O princípio da igualdade a isso obriga (este princípio da igualdade aplica-se a todos os Estados-membros da UE enquanto igualdade de submissão jurídica de todos os sujeitos políticos, de todos os Estados membros ao direito da União e enquanto igualdade de posições jurídicas fundamentais dos cidadãos de cada Estado-membro). E o que garante a igualdade no exercício dos direitos é a fixação de regras mínimas que limitam a diversidade das posições e das medidas adotadas a nível nacional pelos vários Estados membros. Os Estados membros devem proteger homogeneamente os seus cidadãos relativamente aos direitos que decorrem do direito da União. Daí que a jurisprudência constitucional em matéria de direitos fundamentais se tenha convertido num fator de integração dos sistemas multinível, dado que garante a uniformidade de tratamento das posições jurídicas fundamentais. E é isto que a jurisprudência do TJ tem ajudado a salvaguardar.

113. Se o costume é praticamente inexistente no âmbito do direito comunitário, já a jurisprudência ocupa, entre as respetivas fontes um lugar de particular relevo. Efetivamente o TJ atribuiu-se uma «missão normativa», que leva a cabo através do recurso aos métodos de interpretação «teleológico» ou «finalista» e «sistêmático» – considerando assim, por via desta conjugação, mais do que a *ratio* das normas individualmente consideradas, os próprios objetivos da ordem jurídica comunitária no seu conjunto. A utilização neo-funcionalista do direito pelo TJ como instrumento de integração foi clara e assumida e só foi travada recentemente, quando a mudança na correlação de forças entre os diversos atores no processo comunitário impôs, por via da adoção do princípio da subsidiariedade, o retorno à ortodoxia dos Tratados institutivos e ao princípio das competências de atribuição. Durante esses anos de «jurisprudência militante», o TJ declarou-se, nomeadamente, liberto do respeito pelos métodos de interpretação dos juízes internacionais, que interpretam estritamente os compromissos externos assumidos pelos Estados, em obediência ao princípio de que as cedências de soberania não se presumem, afirmando, pelo contrário, que as finalidades de integração constantes dos Tratados comunitários, concebidos como Tratados «de fim evolutivo», autorizam interpretações que vão contra a soberania dos Estados.

que, à partida, se encontravam protegidos apenas a nível do direito interno ou do direito internacional clássico. Verifica-se assim através de uma «jurisprudência principalista»<sup>114</sup>, parafraseando o constitucionalista português, Gomes Canotilho, uma humanização do direito comunitário, passando o indivíduo a ser visto não apenas como agente económico (trabalhador, prestador ou beneficiário de serviços) mas, também, como ser humano.

Esta intervenção do TJ não foi isenta de críticas e de «ataques» que lhe valeram duras críticas, acusando-a de «activismo judicial», consubstanciado num «governo de juízes», assim como de julgar para além da letra da lei. Pensamos ser apropriada, a este propósito a afirmação de Jorge Miranda para quem «na falta de uma estrutura democrática forte da CEE foram os juízes os “founding fathers” possíveis ou provisórios. (...) A actividade do órgão jurisdicional supremo da União Europeia “coincide”, nada mais, nada menos do que “com o erguer de uma constituição para a Europa”»<sup>115</sup>.

Foram vários as circunstâncias que permitiram a efetivação deste ativismo: desde logo o facto de o Tribunal de Justiça ser um verdadeiro Tribunal e consequentemente considerado como o guardião da legalidade comunitária; a existência de um conjunto diverso de vias processuais ao dispor não apenas das instituições comunitárias, mas também dos Estados e, cumpridos os requisitos materiais e processuais, dos particulares (pessoas coletivas e individuais); a necessidade de um constante aperfeiçoamento e adequação da legislação às circunstâncias do caso concreto; a existência de princípios e cláusulas gerais que permitem uma interpretação criativa e sistemática; bem como a inação das outras instituições. O TJ adquiriu, assim, um peso inegável no processo de construção comunitária, ao assegurar que a lei é observada na aplicação e interpretação dos Tratados.

Segundo Francisco Lucas Pires «o TJ ajudou a compor o ramalhete. Pois se falta aos Tratados um catálogo de direitos fundamentais, o órgão judicial veio suprir essa imperfeição. Esta missão não foi cumprida de uma vez, mas desenvolveu-se através de uma jurisprudência que começou por invocar simplesmente os “princípios gerais de direito” mas acabaria por remeter, em simultâneo, para as “tradições constitucio-

114. A utilização desta expressão advém, de acordo com a posição do eminent constitucionalista português, do facto de dizer do caso concreto manejando a aplicação dos princípios. Sobre a ideia de jurisprudência principalista. Neste texto o autor defende uma jurisprudência que diga do caso concreto manejando a aplicação de princípios – o que não significa por si só, que a jurisprudência possa ou deva desprezar as regras jurídicas precisas e densas, dado que o direito não pode ser todo de princípios, ainda que não deva reduzir-se à regra. Esta visão principalista corresponderia a uma exigência das sociedades pluralistas e multiculturais da atualidade, porque os princípios ressoam para todos, para além de proporcionarem substancialidade ao sistema jurídico. CANOTILHO, J. J. G., «Tribunal Constitucional, Jurisprudência, Políticas Públicas», in Conferência comemorativa do XX aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, (2003) (texto policopiado).

115. MIRANDA, J., «O Tratado de Maastricht e a Constituição Portuguesa», A União Europeia na Encruzilhada, (obra coletiva), Coimbra, Almedina (1996), p. 23.

nais comuns” dos Estados membros e para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cobrindo, de uma assentada e de lés-a-lés, toda a hipótese de brecha»<sup>116</sup>.

Destarte a posição do TJ não foi sempre a mesma ao longo dos anos de aprofundamento da integração europeia<sup>117</sup>, sendo possível distinguir três fases distintas na orientação jurisprudencial. Segundo Ana Maria Guerra Martins «é possível descor-tinar três fases distintas na Jurisprudência do TJ relativa aos direitos fundamentais, a saber: a) a fase da recusa; b) a fase da aceitação; c) a fase da internacionalização»<sup>118</sup>.

Um dos propósitos do presente texto é, assim, o de efetuar uma análise mais detalhada da predita evolução jurisprudencial, não esquecendo as diferentes posições políticas e jurisprudenciais nacionais, em especial do tribunal constitucional alemão e italiano, que influenciaram e legitimaram a intervenção do TJ.

## 2.1. A EVOLUÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atitude inicial do TJ sobre a questão dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária foi claramente reticente. Cumpre referir, no período compreendido entre 1959 e 1965, o *Ac. Stork*<sup>119</sup> no âmbito da CECA e o *Ac. Sgarlata*<sup>120</sup>, no domínio da política agrícola comum, no âmbito da Comunidade Económica Europeia (CEE). Nestes dois processos, os recorrentes, nos processos principais, respetivamente produtores de aço alemães e agricultores italianos, invocaram em seu benefício um certo número de princípios e direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições alemã e italiana, respetivamente, que no seu entendimento, estariam a ser violados pelas disposições comunitárias. Estavam em causa os direitos de propriedade privada e de livre escolha e exercício de uma atividade económica.

- 
116. PIRES, F. L., Introdução ao Direito Constitucional Europeu, Coimbra, Almedina, 1997, p. 37.
117. Para uma análise mais aprofundada sobre a atuação do TJ na formação de um catálogo de direitos fundamentais, *vide*, CRAIG, P., BÚRCA, G., EU Law – Text, Cases and Materials, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 317 a 370; DUARTE, M. A., «União Europeia e os Direitos Fundamentais – métodos de protecção», Boletim da Faculdade de Direito, *Studia iuridica*, Colloquia 2, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora (1999); DUARTE, M., Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias II, Coimbra Editora, 2006; DUARTE, M., União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da inter-normatividade, Lisboa, AAFDL, 2006; MARTINS, A., «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os Direitos Sociais» in Estudos de Direito Público – Vol. 1 – Direito da União Europeia, Direito Internacional Público, Direito Constitucional, Coimbra, Almedina (2003), pp. 13-62; RAMOS, R., «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais», *Studia iuridica* 61 – Estudos em Homenagem ao Prof. Rogério Soares, Coimbra Editora (2001), pp. 171 a 198; TEIXEIRA, S., «A Protecção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da União Europeia», AAFDL– Associação Académica da Faculdade Direito de Lisboa, Lisboa (1998).
118. MARTINS, A., Manual de Direito da União Europeia, 2.ª Edição, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2019, p. 260.
119. Ac. Stork c. Alta Autoridade, de 4 de fevereiro de 1959, Proc. 1/58, Rec. 1958-59.
120. Ac. Sgarlata c. Comissão, de 1 de abril de 1965, Proc. 40/64, Rec. 1965.

A resposta do TJ, inspirada na preocupação de defender as prerrogativas da ordem jurídica comunitária, indispensáveis à sua própria construção e consolidação, em especial o princípio do primado, foi o de não se considerar competente para julgar da compatibilidade do direito comunitário com o direito constitucional dos Estados-membros. O Tribunal recusou-se a «afirir a validade do direito comunitário pelos direitos fundamentais, com base na ideia de que se o Direito Comunitário prima sobre o direito nacional, tal implica a prevalência sobre todas as normas nacionais ainda que constitucionais, mesmo as relativas aos direitos fundamentais»<sup>121</sup>.

Dito de outro modo e utilizando as palavras de Maria Luísa Duarte perante o dilema de ceder sobre a questão do primado para abrir espaço à vinculatividade dos direitos fundamentais ou de não abdicar da natureza incondicional e absoluta da exigência do primado, o TJ escolheu a via do que temos designado por «agnosticismo valorativo»<sup>122</sup>.

Efetivamente, por mais relevantes que fossem os direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional e internacional, o Tribunal não os reconhecia como critério, ou como parâmetro para apreciação da validade dos atos comunitários. A sua grande preocupação era a concretização do princípio do primado e a eliminação de toda e qualquer exceção que pudesse relativizar o alcance do referido princípio, ainda que decorrente dos preceitos constitucionais ou das normas internacionais sobre direitos fundamentais. Mas ao não permitir a invocação, por parte de um particular, das normas nacionais, nomeadamente das leis constitucionais, ou mesmo de normas internacionais, para se opor à aplicação de um ato comunitário potencialmente restritivo ou violador de direitos fundamentais, estava a violar as disposições do próprio Tratado que expressamente caracterizava (e caracteriza) o TJ como o «garante [d]o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado»<sup>123</sup>.

A reação dos Estados-membros, em especial os mais ciosos da proteção devida aos direitos fundamentais, não se fez esperar. A iniciativa partiu, antes de mais, do Tribunal Constitucional alemão, da *Karlsruhe*, o *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfGE*). Desconfiando do carácter democrático da ordem jurídica comunitária, considerou, em decisão de 18 de outubro de 1967<sup>124</sup>, que a transferência de competências nacionais para as Comunidades não poderia privar os cidadãos alemães da proteção concedida pela respectiva Constituição, pelo que se reservava o direito de ele próprio apreciar a compatibilidade das normas comunitárias com os direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental alemã. Colocava assim em causa a autonomia e a plena maioridade democrática do sistema jurídico comunitário. Mais tarde, em 1974, o *Bundesverfassungsgericht*, pela decisão *Solange I*<sup>125</sup>, fez saber que, enquanto o processo de integração europeu não atingisse um estádio de integração suficiente

- 
121. MARTINS, A., Manual de Direito da União Europeia, 2.ª Edição, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2019, p. 260.
122. DUARTE, M., Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 212.
123. Art. 164.º do TCEE, que corresponde ao atual art. 19.º, n.º 1, do TFUE.
124. BVerfGE, *op. cit.*, p. 293.
125. Decisão *Solange*, de 29 de maio de 1974, in *Europarecht*, 1975, pp. 150 e ss.

temente avançado, assente num catálogo de direitos fundamentais e que correspondesse aos direitos fundamentais consagrados na Constituição alemã, manteria sobre vigilância as normas comunitárias. Entendeu ainda considerar-se competente (embora sobre prévia consulta ao TJ pela via do reenvio a título prejudicial) para declarar a inaplicabilidade das disposições comunitárias em caso de violação de um dos princípios fundamentais garantidos pela Constituição.

Esta decisão do Tribunal Constitucional alemão é, desde logo, suscetível de críticas pois se, por um lado, revela uma conceção dualista relativamente ao binómio direito nacional, direito comunitário; relativiza, por outro, a função de garantia de uma declaração escrita de direitos, para além de fazer uma apreciação cética e obnubiladora da jurisprudência do TJ nesta matéria. Anos mais tarde, o mesmo Tribunal Constitucional voltou a pronunciar-se a respeito. No *Ac. Solange II* o tribunal foi mais moderado, considerando que o TJ garantia e controlava de modo eficaz a atuação das instituições comunitárias no que aos direitos fundamentais respeita, isentando-se, assim, de vigiar a conformidade das normas comunitárias com os seus direitos fundamentais.

Também a *Corte Constituzionale*, o Tribunal supremo italiano, na sentença *Frontini*, de 27 de dezembro de 1973<sup>126</sup>, reservou para si a possibilidade de reexaminar a compatibilidade da norma comunitária, adotada em execução dos Tratados, com os direitos fundamentais previstos na ordem jurídica italiana. Esta posição foi reconfirmada, em 1984, com a sentença *Granital*<sup>127</sup>.

Estas posições influenciaram o TJ e a sua atitude face à relevância dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária, pelo que após um período em que o TJ pareceu seguir uma abordagem tendencialmente restritiva da proteção dos direitos fundamentais no âmbito da aplicação do direito comunitário, mudou o seu entendimento, a partir do final da década de sessenta.

Na verdade, o TJ não podia deixar de assumir os direitos humanos como uma referência filosófica da ordem jurídica comunitária, assente num património comum de valores e de princípios. A habilidade do TJ consistiu, precisamente, em atribuir a estes valores um cunho comunitário assente na premissa de que as Comunidades são mais do que uma organização de Estados, assumindo-se, antes de mais como uma entidade de pessoas. Pessoas que são, aliás, os primeiros beneficiários do processo de integração. Assim, e atendendo aos vários interesses em presença, a saber: a especificidade da ordem jurídica comunitária, assente, entre outros, nos princípios da atribuição de competências, da autonomia, do primado e do efeito direto; as tradições constitucionais dos Estados-membros e a necessidade de proteção dos direitos das pessoas, o TJ vai atenuar a sua posição rígida inicial.

Deu-se, então, início a uma segunda fase na orientação jurisprudencial que se fez logo sentir no *Ac. Stauder*, de 1969<sup>128</sup>, e que «marca a passagem de uma fase

126. Sentença n.º 183, *Frontini*, Foro Italiano, 1974, I, col., pp. 8 e ss.

127. Sentença n.º 170, *Granital*, Foro Italiano, 1984, I, col. 2077 e ss.

128. *Ac. Stauder c. Cidade de Ulm*, de 12 de novembro de 1969, Proc. 29/69, Rec. 1969.

“agnóstica” para uma fase de reconhecimento activo dos direitos fundamentais»<sup>129</sup> com recurso aos princípios gerais de direito<sup>130</sup> que, a partir dessa data, foram entendidos como parâmetros de apreciação da validade dos atos jurídicos comunitários.

A «comunitarização» dos direitos fundamentais por recurso aos princípios gerais de direito havia já sido proposta pelo Advogado-Geral Lagrange no Ac. *Comptoirs*<sup>131</sup>. Aliás, o próprio TCE remete para os «princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros» em matéria de responsabilidade extracontratual<sup>132</sup>.

Os princípios gerais de direito enquanto princípios de direito da União derivam, na sua grande maioria, se não exclusivamente, de princípios e conceções comuns aos sistemas jurídicos dos Estados-membros, cuja origem, tal como refere o TJ no Acórdão proferido no processo *Klomp*, remonta ao direito romano<sup>133</sup>. Não é, no entanto, necessário, que os princípios sejam aceites por todos os Estados-membros, nem mesmo que se recorra à regra do «máximo denominador comum»<sup>134</sup>. Deve ter-se em conta que,

129. DUARTE, M., Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 212.

130. A ausência quase total de referências expressas no texto do Tratado aos princípios gerais de direito levou a que coubesse ao TJ a tarefa de desenvolver a teoria atualmente existente de aplicação destes princípios no campo do direito da União. Esta intervenção do TJ ficou a dever-se em larga medida ao alargamento constante das áreas de intervenção das Comunidades e da União e consequentemente das competências das instituições que foram adotando atos, cada vez mais abrangentes e mais pormenorizados. Esta foi então a forma encontrada pelo TJ para controlar o exercício destas competências, impedindo a arbitrariedade e controlando o exercício da discricionariedade.

Os «princípios gerais de direito» são regras não escritas que fazem parte do património dos sistemas jurídicos dos Estados membros e que ele é suposto aplicar e não inventar – os juízes estão autorizados a raciocinar, mas não a legislar – embora na prática lhe confirmem a possibilidade de desenvolver uma atividade jurisprudencial largamente criativa. Estes princípios que o TJ declarou e cuja aplicação impõe, quer às instituições da União, quer às jurisdições nacionais chamadas a aplicar o direito da União, são suscetíveis de serem agrupadas em torno de quatro conceitos de base: segurança jurídica – que implica os princípios da estabilidade das situações jurídicas e da confiança legítima dos cidadãos na atividade da administração e tem consequências em matérias de prescrição, não retroatividade, publicidade, clareza da redação dos diferentes atos jurídicos; direito à defesa – que tem como corolários o princípio do contraditório no processo administrativo e o direito do destinatário de uma decisão individual a ser ouvido pelos órgãos que a produzirem; proporcionalidade – que se impõe às instituições comunitárias no uso dos seus poderes legislativos e penais, e que veio a merecer referência no Tratado, que alarga a regra da não discriminação fundada na nacionalidade, proibindo, nomeadamente, a discriminação em função do sexo e estabelecendo o princípio de que os operadores económicos devem ser tratados pela administração em pé de igualdade.

131. Ac. Comptoir, de 12 de fevereiro de 1960, Procs. 36, 37, 38 e 40/59, Rec. 1960, p. 851.

132. Art. 228.<sup>º</sup> TCE, atual art. 260.<sup>º</sup> do TFUE.

133. Ac. Komp, de 25 de fevereiro de 1969, Proc. 23/68, Rec. 1969, p. 27.

134. Conclusões do Advogado-Geral proferidas no Ac. Hoogovens, Proc. 14/61, Rec. 1969, p. 253.

independentemente da origem do princípio, ele será aplicado pelo Tribunal como princípio de direito da União e não como princípio de direito nacional<sup>135</sup>.

Esses princípios gerais de direito que o TJ foi enunciando ao longo da sua jurisprudência têm como elemento unificador a proteção dos direitos fundamentais, que passou a constituir como que uma «superlegalidade» comunitária, cujo respeito o Tribunal impôs às instituições e aos quais reconhece um valor superior ao do direito derivado. O recurso a esses princípios no campo dos direitos fundamentais implica, na sua determinação concreta, a aplicação ao nível comunitário da garantia nacional mais elevada – princípio do *standard máximo* – porque as Comunidades Europeias não podem negar a nível comunitário o gozo dos direitos existentes a nível nacional e que não pode em qualquer caso ser inferior ao nível de proteção conferido pela CEDH do Conselho da Europa, princípio do *standard mínimo*.

É, assim, legítimo afirmar que a relevância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário como parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo TJ em cooperação com os tribunais nacionais é muito próxima de uma receção material desses mesmos direitos.

Esta orientação jurisprudencial, iniciada com o *Ac. Stauder* foi reforçada no *Ac. Internationale Handelsgesellschaft* de 1970<sup>136</sup>, no qual o TJ decidiu que os princípios gerais de direito convocam as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros em matéria de direitos fundamentais. Neste processo e no âmbito de um reenvio a título prejudicial submetido à apreciação do TJ, pelo *Verwaltungsgericht* de

- 
135. Estes princípios gerais de direito enquanto princípios de direito da União assumem diversas funções, todas elas fundamentais, no direito da União. Em primeiro lugar, valem enquanto elemento auxiliar da interpretação do direito da União (o direito originário e o direito derivado devem ser interpretados de acordo com estes princípios, bem como as normas nacionais adotadas em aplicação do direito da União); em segundo lugar, servem de parâmetro para o exercício das competências atribuídas às instituições e assim servir de fundamento, a Estados membros ou particulares, para recorrer contra um ato ou uma omissão das instituições; em terceiro lugar, podem ser invocados contra um ato de um Estado-membro, de natureza legislativa ou administrativa, adotado em aplicação do direito da União; em quarto lugar, podem ser invocados em apoio de um pedido de indemnização com base em responsabilidade extracontratual da União, nos termos do art. 340.º do TFUE; por último, podem servir para a integração de lacunas, evitando assim a denegação de justiça. O recurso aos princípios gerais de direito para integrar lacunas no direito da União está expressamente previsto no Tratado para as questões relativas à responsabilidade extracontratual da União. Nos restantes casos, as lacunas poderão ser integradas com recurso a uma interpretação extensiva de uma norma de direito da União, por forma a que o princípio geral nesta contido abranja igualmente o caso em questão (*Ac. Continental Can*, de 21 de março de 1973, Proc. 6/72, Rec. 1973, p. 215), ou mediante o recurso à analogia (*Ac. Union Française de Céréals*, de 11 de julho de 1978, Proc. 6/78, Rec. 1978, p. 1675). O recurso aos princípios gerais de Direito com vista à integração de lacunas no direito da União está, contudo, limitado ao direito substantivo, não podendo o juiz do Luxemburgo recorrer a estes princípios para integrar lacunas nas disposições referentes à jurisdição do TJ.
136. *Ac. Internationale Handelsgesellschaft*, de 12 de dezembro de 1970, Proc. 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

Frankfurt, sobre se a obrigatoriedade, estabelecida por um regulamento comunitário relativo à exportação de cereais da prestação de uma caução que poderia ser perdida pelo operador económico a favor da Comunidade era ou não compatível com os princípios da liberdade económica e da proporcionalidade protegidos e salvaguardados pela Constituição alemã. O TJ (em linha com a posição defendida no *Ac. Stork*), começou por negar a possibilidade de o direito comunitário ser posto em causa pelo direito constitucional nacional, reafirmando a impossibilidade de apreciar as normas comunitárias à luz do direito nacional, sob pena de colocar em risco a unidade da ordem jurídica comunitária e o próprio suporte jurídico da sua autonomia. Recordando a sua posição no *Ac. Stauder*, acrescentou que a proteção dos direitos fundamentais enquanto princípios da ordem jurídica comunitária se apoia nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e deve, como tal, ser assegurada no contexto da estrutura e dos objetivos da Comunidade.

Esta jurisprudência é particularmente relevante não apenas pelo facto de deslocar a proteção dos direitos fundamentais para o nível do direito comunitário, mas também pela conceção que lhe está subjacente de compatibilização entre os ordenamentos constitucionais nacionais e o ordenamento comunitário.

Ao adotar esta posição o TJ referiu implicitamente a necessidade de compensar a ausência de um catálogo de direitos nos Tratados e de colmatar o *deficit* democrático da Comunidade, com o risco inerente de resvalar para uma espécie de «governo de juízes» com a possibilidade de invocação de um direito superior face ao qual fosse julgada a legitimidade da atuação das instituições. Desta forma controlaram-se os abusos de uma certa burocracia ao mesmo tempo que se abria a porta a um novo ativismo dos juízes comunitários<sup>137</sup>, em nome da preocupação de proteger os cidadãos e os seus direitos fundamentais face ao legislador comunitário.

Mas, se com os Acórdãos *Stauder* e sobretudo *Internationale Handelsgesellschaft* o TJ já se tinha aventurado na análise da existência e proteção dos direitos fundamentais em direito comunitário é, no entanto, com o *Ac. J. Nold, Kohlen und Banstoffgrosshandlung versus Comissão, de 14 de maio de 1974*<sup>138</sup> que toma a posição mais clara e significativa sobre a matéria. Neste processo uma sociedade alemã pedia a anulação de uma decisão da Comissão, continha regras de venda em grosso de carvão que tornavam a sua compra mais onerosa, restringindo por isso o número de compradores possíveis. Na sua argumentação a requerente entendia não só que se havia violado o princípio da não discriminação, mas também os seus próprios direitos fundamentais. É a propósito deste último argumento que vale a pena atentar no raciocínio desenvolvido pelo juiz de Luxemburgo. Neste processo o TJ vem acrescentar, face ao entendimento anterior que, na salvaguarda dos direitos

137. Ativismo antes inaugurado pelos acórdãos fundadores através dos quais o TJ proclamou os princípios do efeito direto (*Ac. Van gend en Loos*, 1963) e do primado do direito comunitário (*Ac. Costa c. Enel*, 1964).

138. *Ac. J. Nold, Kohlen und Banstoffgrosshandlung c. Comissão, de 14 de maio de 1974*, Proc. 4/73, Rec. 1974.

fundamentais não admitirá medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas Constituições nacionais. Sublinhava, ainda, que os instrumentos internacionais referentes à proteção dos direitos fundamentais em vigor nos Estados-membros, podiam fornecer indicações a considerar no quadro da ordem comunitária.

Com o *Ac. Nold*, inaugura-se uma terceira fase na orientação jurisprudencial, caracterizada por um critério materialmente amplo de direitos fundamentais, assente nas tradições constitucionais comuns e bem assim nas Constituições nacionais, bem como nos textos internacionais de proteção dos direitos humanos em cuja elaboração os Estados participaram ou a que aderiram, com destaque para a CEDH que foi assumido como texto de referência no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. Formou-se, assim, o quadro normativo de referência para proteção dos direitos fundamentais nas Comunidades e cujo respeito cabe ao juiz comunitário, em cooperação com os tribunais nacionais garantir.

Um ano mais tarde, em 1975, com o *Ac. Rutili*<sup>139</sup>, o TJ foi um pouco mais longe ao referir-se expressamente, a propósito dos instrumentos de direito internacional à CEDH que considerou como quadro de referência para a proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária<sup>140</sup>. Fez referência aos arts. 8.º a 11.º da CEDH, bem como ao art. 2.º do Protocolo n.º 4, para recordar que os direitos por eles protegidos só podem ser restringidos, por razões de ordem pública, na medida em que isso for admitido numa sociedade democrática<sup>141</sup>.

- 
- 139. Ac. *Rutili*, relativo à situação de um sindicalista italiano residente em França, cujos desentendimentos com as autoridades tinham levado a proibi-lo, por razões de ordem pública, de entrar em quatro departamentos do território francês.
  - 140. No *Ac. Kremzow* o Tribunal parece ter ido mais longe ao afirmar que não serão admitidas na Comunidade medidas incompatíveis com o respeito dos direitos do homem reconhecidos e garantidos pela Convenção. *Ac. Kremzow*, de 29 de maio de 1997, Proc. C- 299/95, Col. 1995. Neste processo o TJ chamado a pronunciar-se a título prejudicial, sobre a interpretação do art. 164.º TCE e de diversas disposições da CEDH. O TJ recordando a jurisprudência constante nos termos da qual «os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça. Para este efeito o Tribunal de Justiça inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do homem em que os Estados membros colaboraram ou a que aderem. (...) daqui decorre que não podem ser admitidas na Comunidade medidas incompatíveis com o respeito dos direitos do homem reconhecidos e garantidos por essa forma». O Tribunal decidiu que «não pode fornecer os elementos de interpretação necessários à apreciação, pelo órgão jurisdicional, da conformidade de uma regulamentação nacional com os direitos fundamentais cujo respeito garante, tal como resultam especialmente da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, quando a referida regulamentação diz respeito a uma situação que não entra no âmbito de aplicação do direito comunitário.»
  - 141. Em acórdãos posteriores o TJ referiu-se a outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais. Refira-se, neste contexto a Carta Social Europeia de 18 de novembro de 1961 e a Convenção n.º 111 da OIT de 25 de junho de 1958 relativa à discriminação no

Esta linha de reforço dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária foi prosseguida, em 1989, no *Ac. Hauer*, a propósito de um regulamento comunitário que proibia, dentro de certas condições, a plantação de vinhas. Apesar de a requerente não ter visto a sua pretensão satisfeita, a importância deste Acórdão no que concerne a proteção dos direitos fundamentais não pode ser negligenciada. O TJ referiu-se expressamente à Declaração de 5 de abril de 1977, do Conselho, da Comissão e do PE, na qual estas instituições se consideraram expressamente vinculadas ao respeito dos direitos fundamentais<sup>142</sup> e ao texto do Protocolo n.º 1 da CEDH, para definir o sentido e o alcance do direito de propriedade no que respeita o ordenamento comunitário. O TJ recordaria que os direitos fundamentais não são absolutos, devendo ser considerados à luz da função social dos bens protegidos.

Por fim, em 1989, no *Ac. Wachauf*<sup>143</sup> o TJ declarou perentoriamente que não podem ser admitidas na Comunidade Europeia medidas incompatíveis com o respeito pelos direitos humanos.

Esta tendência jurisprudencial contribui para apaziguar os receios expressos pelo Tribunal Constitucional alemão, que na sua decisão *Solange II*, de 22 de outubro, «devolveu» ao TJ a competência para controlar o respeito dos direitos fundamentais enquanto aquele continuasse a garantir uma tutela eficaz dos direitos fundamentais no quadro comunitário<sup>144</sup>. Quanto ao Tribunal Constitucional italiano, reafirmando teoricamente a sua competência de controlo, demonstrou não pretender fazer uso dela, na prática, em respeito pela qualidade da jurisprudência comunitária em direitos humanos e desde que o grau de proteção correspondesse aos parâmetros da Constituição italiana<sup>145</sup>.

Nesta terceira fase o TJ tende a estabelecer um sistema próprio de garantias com base nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros (*Ac. Internationale Handelsgesellschaft*), às constituições sociais e aos Acordos Internacionais em matéria de direitos humanos de que os Estados-membros fossem parte (*Ac. Nold*) ou face à CEDH (*Ac. Rutili*). Mas ainda que, num primeiro momento, o Tribunal se tenha limitado a assegurar o respeito dos direitos fundamentais por parte da legislação comunitária, num segundo momento, considerou-se também competente para apreciar medidas estaduais de execução de atos de direito derivado assim como medidas nacionais adotadas em derrogação da proibição de restringir as quatro liberdades, excluindo-se as medidas nacionais que não se situam dentro do âmbito do direito comunitário.

---

emprego, citadas no *Ac. Defrenne c. Sabena*, de 15 de junho de 1978, Proc. 149/77, Rec. p. 1365.

- 142. Declaração Comum da Assembleia, do Conselho e da Comissão sobre os Direitos do Homem, adotada a 5 de abril de 1977, no Luxemburgo, in JOCE, C- 103/77, p. 1. Ver versão traduzida para português in *Os Grandes Textos da Construção Europeia*, *op. cit.*, p. 106.
- 143. *Ac. Wachauf*, de 13 de julho de 1989, Proc. 5/88, Col. 1988, p. 2609.
- 144. Em decisão de 12 de maio de 1989, o *Bundesverfassungsgericht* manteve na sua jurisdição o controlo residual dos atos internos de transposição ou execução das diretivas comunitárias.
- 145. *Vide* sentença de 21 de abril de 1989, n.º 232.

## 2.2. A RECEÇÃO E INFLUÊNCIA DAS SOLUÇÕES JURISPRUDENCIAIS NA ATIVIDADE DAS INSTITUIÇÕES

Assumindo o desenvolvimento operado pelo órgão jurisdicional, as restantes instituições acabariam por confirmar e acompanhar, no plano político, essa orientação do reforço da proteção dos direitos fundamentais na União.

A atenção dedicada a esta temática levou à adoção de vários atos, de alcance e natureza diversa. Destacamos, a Declaração Comum relativa aos direitos fundamentais<sup>146</sup>, na qual se reconhecia que «os *Tratados que instituem as Comunidades Europeias assentam no princípio do respeito do direito*» e que, tal como reconhecido pelo Tribunal esse direito engloba, entre outros, os direitos fundamentais. Na sequência, os Chefes de Estado e de Governo, reunidos em Copenhaga nos dias 7 e 8 de abril de 1978, adotaram uma «Declaração sobre a Democracia», na qual se associaram à Declaração Comum de 5 de abril de 1977 e nos termos da qual afirmaram o seu propósito de «assegurar o respeito dos valores de ordem jurídica, moral e de salvaguardar os princípios da democracia representativa, do estado de direito, da justiça social e do respeito pelos Direitos do Homem». E que «a aplicação destes princípios pressupõe um sistema político de democracia pluralista» que garanta a liberdade de expressão e de opinião, assim como a proteção dos Direitos do Homem. Refira-se, também, a Declaração de Direitos e Liberdades Fundamentais, adotada por Resolução do PE de 12 de abril de 1989<sup>147</sup>; a própria Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, adotada pelo Conselho Europeu de Estrasburgo de 8 e 9 de Dezembro de 1989 e assinada por formação do Conselho Europeu que não contava com a presença do Chefe de Governo do Primeiro Ministro Britânico<sup>148</sup>; e ainda outras Declarações de caráter mais setorial, tais como a Declaração sobre o Racismo e a Xenofobia<sup>149</sup>.

## 2.3. A «CONSTITUCIONALIZAÇÃO» DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO ORIGINÁRIO

No seguimento da atenção dedicada aos direitos fundamentais, por parte das instituições, jurisdicionais e políticas, tornava-se imperioso a respetiva confirmação em sede de direito originário. Assim, logo aquando da revisão dos Tratados, que culminou com a assinatura do Ato Único Europeu (AUE), foi pela primeira vez

- 
146. Declaração Comum da Assembleia, do Conselho e da Comissão sobre os Direitos do Homem, adotada a 5 de abril de 1977, no Luxemburgo, in JOCE, C- 103/77, p. 1. Ver versão traduzida para português in *Os Grandes Textos da Construção Europeia*, *op. cit.*, p. 106.
147. Declaração do PE relativa aos Direitos e Liberdades Fundamentais de 12 de abril de 1989, in JOCE, n.º C 120, de 16 de maio de 1989, p. 51.
148. Ficheiro Europeu, n.º 6, maio de 1990, Gabinete de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo.
149. Declaração Comum contra o Racismo e a Xenofobia, do Parlamento Europeu, do Conselho, dos representantes dos Estados membros reunidos no seio do Conselho e a Comissão contra o Racismo e a Xenofobia in JOCE, n.º C 158/86, de 25 de junho de 1986, p. 1. Disponível, também, in *Os Grandes Textos da Construção Europeia*, *op. cit.*, p. 151.

assumido pelos Estados, de forma explícita, no respetivo Preâmbulo, o compromisso dos Estados-membros de «promover conjuntamente a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados membros, na Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social (...) cabe à Europa (...) fazer valer muito especialmente os princípios da democracia e do respeito pelo direito e pelos direitos do homem» (...).

Não obstante, foi «a partir dos anos noventa do século passado, [que] a questão dos direitos fundamentais [se] alojou definitivamente no centro nevrálgico do controlo do presente e do futuro da União Europeia. A questão adquiriu esta importância por razões que, por um lado, são próprias do processo singular de aprofundamento da integração política e jurídica no quadro da União Europeia e, por outro, são ditadas por concepções hodiernas a respeito da relação entre o poder político e as pessoas, cujas repercussões extravasam o âmbito tradicional da actuação unilateral e interna do Estado e se fazem sentir, com mais acuidade, no plano transnacional»<sup>150</sup>. No mesmo sentido Douglas-Scott, de forma bastante elucidativa refere que «[t]he turn of the century European Union manifests an obsession with human rights, citizenship, democracy, justice and constitutionalism. The language of European integration has been colonised by a vocabulary of rights, identity, freedom, participation and membership, shifting concepts such as ‘market partitioning’ and ‘harmonisation’ to a more or less peaceful co-existence, no doubt in what has been seen as a need to ‘personalise integration’ as well as, of course, an attempt to increase democracy in the EU»<sup>151</sup>.

### **2.3.1. O Tratado de Maastricht e a positivação dos direitos fundamentais**

Foi na segunda revisão dos Tratados que conduziu à assinatura do Tratado de Maastricht que se operou a positivação em sede de direito originário da construção jurisprudencial sobre os direitos fundamentais. Neste sentido «é em, e com Maastricht, que se verifica uma mudança do paradigma da Comunidade Económica Europeia (CEE), que perdeu o qualificativo de Económica, passando a ser simplesmente europeia e com a introdução expressa de objetivos políticos, ainda que, a então recém-criada União Europeia (UE), mantivesse um cunho predominantemente económico. Assim, ao mesmo tempo e pela mesma porta, a Comunidade reforçava a sua vertente económica e fazia expressamente a sua entrada no domínio da política»<sup>152</sup>.

- 
- 150. DUARTE, M., União Europeia e os Direitos Fundamentais no espaço da internormatividade, Lisboa, AAFDL, 2006, p. 20.
  - 151. DOUGLAS-SCOTT, S. Constitutional Law of the European Union, Essex, England, Pearson Educational Limited, Longman, 2002, p. 431.
  - 152. MONTEIRO, S. «A cidadania da União Europeia: estatuto e implicações jurídico-políticas», in Humanismo, Direitos Humanos e Cidadania Global, SERRÃO, J. e CORREIA, S. (Eds.), Lisboa: Centro de Estudos Interdisciplinares em Educação e Desenvolvimento (CeiED) Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (2019), p. 86.

A institucionalização dos direitos fundamentais no e pelo TUE decorre de um conjunto de fatores. Assim, por um lado, o alargamento das competências comunitárias a novos domínios, não exclusivamente económicos, fez com que os cidadãos dos Estados-membros fossem cada vez mais afetados pelos atos das instituições ou por atos dos Estados adotados em execução das obrigações comunitárias; por outro, a concretização do mercado interno, com a abolição do controlo nas fronteiras internas, potenciou situações de discriminação de âmbito mais generalizado e não apenas em função da nacionalidade, colocando-se assim problemas que tocam a essência dos direitos humanos. A dimensão social do mercado, é outra das razões apontadas, sendo que, perante a iminência do alargamento aos países do Leste, a proteção dos direitos fundamentais pela União estimularia a consciência de grupo, favorecendo assim um sentimento de identidade europeia assente em valores comuns. Por fim, aponta-se a defesa destes direitos pela União como uma forma de estreitar os laços com os seus Estados-membros, pelo que, se a UE não protegesse eficazmente, no seu seio, os direitos fundamentais das pessoas, colocar-se-ia o problema da pressão a que seria acometida por parte dos Estados e em particular dos tribunais constitucionais nacionais que assumindo esses direitos como inalienáveis poderiam deixar de aplicar o direito da União quando os mesmos estivessem em causa e, assim, afetar o princípio da unidade da ordem jurídica comunitária e um dos seus garantes, o primado do direito comunitário.

Neste contexto, o Preâmbulo do TUE salienta o apego da União «aos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, e do Estado de direito». Concretiza-se no art. F do TUE que a União respeitará a identidade nacional dos Estados-membros cujos sistemas de governo se baseiam nos princípios democráticos, o que pressupõe, claro, o respeito pelos direitos fundamentais<sup>153</sup>. Determina-se, de seguida, que a União «respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário» (art. F, n.º 2, do TUE).

O art. F surge, nas palavras de Sónia Teixeira, como o «herdeiro de toda uma construção de fundo, da jurisprudência do TJ»<sup>154</sup>. No mesmo sentido Rui Moura

153. Esta formulação tem um duplo sentido, para além de constituir uma tomada de posição relativamente a uma determinada visão da União, isto é, tanto as suas estruturas como o seu desenvolvimento não devem atingir as identidades dos Estados que a constituem; deixa antever que estamos perante uma União compreensiva e não exclusiva das identidades nacionais, factor importante numa altura em que se traz à colação a salvaguarda das entidades locais face a uma hipotética uniformização de que a CE é acusada. Constitui ainda um sinal político claro dirigido aos Estados terceiros que se pretendam candidatar futuramente à adesão, o reconhecimento de que os sistemas de governo dos Estados membros se fundam nos princípios democráticos, que fazem parte do *acquis communautaire* mas não se encontram escritos no direito originário.

154. TEIXEIRA, S., A Proteção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da União Europeia, Lisboa, AAFLD, 1998, p. 21.

Ramos afirma que «a redacção adoptada pelo art. F (...) se revela afinal tributária das formulações utilizadas nos *Acórdãos Stauder, Nold e Comissão c. Alemanha* traduzindo apenas deste modo a consagração das teses que haviam feito vencimento na jurisprudência comunitária».

O texto do art. F foi objeto de duras críticas. Em primeiro lugar, pelo seu carácter «inócuo»: «não só porque delimitava uma obrigação que já integrava, até com um âmbito mais alargado, o adquirido comunitário<sup>155</sup> como, e principalmente, porque estava excluída a competência do TJ para proceder à sua interpretação e aplicação»<sup>156</sup>. Mais ainda, tratava-se, mais uma vez, de uma simples enunciação de objetivos, não dispondo de qualquer efeito direto, sendo que a disposição em causa manda atender à CEDH do Conselho da Europa.

Quanto ao caráter inócuo do art. F, Rui Mora Ramos<sup>157</sup> sustenta que «o Tratado de Maastricht parece ter seguido uma via média entre as duas perspectivas que se lhe ofereciam em sede de reconhecimento de uma vinculação, por parte da Comunidade, ao respeito dos direitos fundamentais das pessoas. A que se traduziria na elaboração de um catálogo daqueles direitos que a União consideraria, no presente estádio da sua evolução histórica, como fundamentais, na senda do que entre outros era proposto pelo Parlamento Europeu<sup>158</sup>; e a que, ao contrário, sustentava a pura e simples adesão das Comunidades, uma vez superados os obstáculos que a tanto se opunham<sup>159</sup>, a um dos instrumentos internacionais de tutela dos direitos do homem, designadamente à Convenção Europeia<sup>160</sup>, o que implicaria a recepção, por elas, do catálogo nesta contido». A partir dessa situação afigurase natural, para o referido Autor, que a consciência dos inconvenientes apontados a qualquer uma destas soluções poderá ter levado o legislador de Maastricht a ficar pela reafirmação da posição anteriormente tomada pelo TJ.

- 
- 155. O terceiro considerando do Preâmbulo do Ato Único Europeu tinha, aliás, um âmbito material mais ambicioso, porquanto abrangia os direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e legislações nacionais e ainda na Carta Social Europeia.
  - 156. DUARTE, M., *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do direito comunitário*, Lisboa, Lex, 1994, p. 29.
  - 157. RAMOS, R. M., «Maastricht e os direitos do cidadão europeu» in *Das Comunidades à União Europeia*, Estudos de Direito Comunitário, Coimbra, Coimbra Editora, (1994), pp. 328-329.
  - 158. Declaração do PE de 12 de abril de 1989, que responde de algum modo à previsão do art. 4.º do Projeto de Tratado sobre a União Europeia, de 1984, relativa à adoção, pela União, da sua própria declaração de direitos fundamentais, in JOCE, C, 120, de 15 de maio de 1989.
  - 159. Para um balanço desses inconvenientes e das vantagens que por outro lado sempre teria a adesão da Comunidade à Convenção Europeia, *vide* Moura Ramos, *op. cit.* p. 329, nota (9).
  - 160. Moura Ramos refere ainda que «optando por esta via, a Comissão das Comunidades adotaria, a 31 de outubro de 1990, uma comunicação ao Conselho onde solicitava o acordo desta instituição quanto ao pedido de adesão da Comunidade à Convenção Europeia, assim como um mandato de negociação que lhe permitisse definir as modalidades dessa adesão». *Cfr.* RAMOS, R. Moura, «Maastricht e os direitos do cidadão europeu», in *Das Comunidades à União Europeia*, Estudos de Direito Comunitário, Coimbra, Coimbra editora, 1994, p. 329, nota (10).

Já a exclusão do art. F da tutela jurisdicional, não deixa de ser altamente paradoxal, dado que foi o próprio TJ que desenvolveu o edifício comunitário de proteção dos direitos fundamentais<sup>161</sup>. Não obstante, Maria Luísa Duarte<sup>162</sup> sustenta que «a previsão desta matéria nas disposições comuns que não ficaram sujeitas à tutela jurisdicional do TJ garante à União uma competência de apreciação política que é mais consentânea com o facto desta matéria estar directamente relacionada com áreas e competências que ainda integram a soberania estadual, embora consideradas de interesse comum»<sup>163</sup>.

Já a propósito das consequências decorrentes do art. F mandar atender à CEDH, a doutrina não é unânime<sup>164</sup>. Partilhamos da opinião de Sónia Teixeira, para quem, o facto de o art. F «mandar atender à CEDH e simultaneamente às tradições constitucionais permite uma dupla protecção, por um lado assegura um *standard mínimo* garantido pelas Convenções Internacionais e um *standard máximo* garantido pelas Constituições dos Estados membros e pela aplicação, a nível comunitário, da garantia nacional mais elevada»<sup>165</sup>. Mais à frente a mesma autora defende que «a construção do art. F, n.º 2 acaba por beneficiar todos os cidadãos da Comunidade uma vez que estamos perante um *conceito elástico* tão abrangente quanto o forem as constituições dos

161. Ainda que alguns autores entendessem esta exclusão aplicável apenas às matérias incluídas no âmbito dos pilares intergovernamentais, a PESC e a CJAI, parece que esta exclusão tem uma razão de ser. Efetivamente, ao ser incluído nas Disposições Comuns, o art. F assume um carácter meramente declarativo e não sindicável pelo TJ, ao mesmo tempo que manda atender às tradições constitucionais dos Estados membros e à jurisprudência comunitária, evitando assim conflitos com as legislações nacionais. Uma tal exclusão era, porém, desprovida de consequências práticas, na medida em que o TJ não precisava de disposição expressa para afirmar o respeito pelos direitos fundamentais e a relevância da CEDH na ordem jurídica comunitária. Refira-se que esta situação foi, no entanto, resolvida pelo Tratado de Amesterdão, como analisaremos mais à frente.
162. DUARTE, M., A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do direito comunitário, Lisboa, Lex, 1994, p. 30.
163. As referidas à política de asilo, política de imigração, às condições de residência e acesso ao emprego pelos nacionais de países terceiros (art. K, 1).
164. Refira-se a posição de Vlad Constantinesco que considerava estar-se perante uma receção ou incorporação da Convenção no direito originário, verificando-se assim a constitucionalização do seu conteúdo no direito comunitário (*Cfr.* CONSTANTINESCO, V., «La Structure du Traité Instituant L'Union Européenne les dispositions communes et finales: les nouvelles compétences», in Cahiers de droit européen, IX, n.º 3 e 4, (1993), p. 270. Outros autores, pelo contrário entendiam ser «o recurso aos *standards* do passado sempre possível, a verdade é que aquele catálogo institucionalizado também é alheio à Comunidade enquanto tal. Ou seja, uma adesão, arrisquemos, algo platónica a um catálogo instituído e cogente, mas alheio, implica um iter que se assemelha inevitavelmente, à fenomenologia do *fórum shopping*, escolhendo este princípio, obnubilando aquele» (ROCHA, M., «Protecção dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Comunitária (alguns aspectos)», Ministério da Justiça, Gabinete de Direito Europeu, Ano 4, n.º 11 (1992), p. 23).
165. Tendo em conta a forma como se encontra redigida o enunciado do art. F pensamos que estamos perante uma cláusula aberta, a exemplo do art. 16.º, n.º 1, CRP, ao permitir que se atenda também a instrumentos de Direito Internacional, ainda que não subscritos pela CE para conceder uma maior proteção a esses direitos.

Estados membros»<sup>166</sup>. Esta solução implica, para os cidadãos, uma proteção acrescida, na medida em que são aplicados a título de princípios gerais de direito comunitário e tendo em conta o primado destes sobre os direitos nacionais, podendo os cidadãos, ver-lhes aplicados direitos que não estão previstos nas suas Constituições, desde que, os invoquem a título de princípios gerais de direito comunitário.

Mas, circunscrever as alterações dos Tratados relativas ao reforço da posição das pessoas no processo de construção europeia rumo à concretização de uma união política<sup>167</sup>, ao enunciado do art. F é extremamente redutor. Começamos por destacar a instituição da cidadania da União Europeia articulada em torno de um conjunto de direitos e de deveres (?) que extravasam a simples liberdade de circulação de pessoas que exercem uma atividade económica. Não se trata de abolir as nacionalidades, nem mesmo de as diminuir na medida em que é «*cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado membro*»<sup>168</sup>. «Não obstante a cidadania da União figurar entre os objetivos da União, aparecia desenvolvida na Parte II do Título I das disposições do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), em seis disposições, numeradas do art. 8.º ao art. 8.º E). No primeiro instituía-se a cidadania da União e nos restantes consagrava-se o conteúdo do estatuto instituído, com a previsão dos respetivos direitos, a saber: livre circulação e residência; participação política nas eleições municipais e para o Parlamento Europeu; petição ao Parlamento Europeu (PE) e recurso ao Provedor de Justiça; proteção diplomática e consular. A última das referidas disposições atestava a natureza dinâmica da cidadania da União»<sup>169</sup>. Cabe referir, também, o reforço operado no que respeita aos objetivos sociais (com novas políticas comuns, como a educação, a saúde, a cultura) e com a assinatura do Acordo relativo à política social e que retomou a Carta Social Europeia de 1989.

Ainda assim, consagra-se pela primeira vez, e de forma expressa, no texto do Tratado, a promoção e proteção dos direitos fundamentais, facto de inegáveis conse-

- 
- 166. TEIXEIRA, S., *A Proteção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, AAFDL, 1998, p. 64.
  - 167. Para além desta disposição de carácter geral, o reforço dos direitos humanos também se verifica no âmbito dos pilares intergovernamentais. Assim, quanto à PESC o art. J –1, n.º 2 do TUE estipulava como objetivo da PESC o reforço e o desenvolvimento da democracia e do Estado de direito, bem como o respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Quanto à CJAI, o art. K-2, n.º 1 do TUE, referia que as questões de interesse comum deverão ser tratadas no âmbito da CEDH e da Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951 e tendo em conta a proteção concedida pelos Estados membros às pessoas perseguidas por motivos políticos. Efetivamente, e na medida em que a atuação da União nas matérias incluídas no terceiro pilar pode levar à colisão com os instrumentos internacionais referidos, sentiu-se a necessidade de referir, expressamente, que essa atuação deve decorrer de modo compatível com eles.
  - 168. Art. 8.º, n.º 1, do TCE, atual, art. 9.º do TUE e art. 20.º, n.º 1, do TFUE.
  - 169. MONTEIRO, S., «A cidadania da União Europeia: estatuto e implicações jurídico-políticas», in Humanismo, Direitos Humanos e Cidadania Global, SERRÃO, J. e CORREIA, S. (Eds.), Lisboa, Centro de Estudos Interdisciplinares em Educação e Desenvolvimento (CeiED), Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, (2019), p. 87.

quências, jurídicas e políticas. Quanto às jurídicas, confere-se fundamento, ao nível do direito originário, às soluções adotadas pelo TJ, afastando-se assim, as dúvidas que a este respeito pudessem eventualmente existir. Quanto às políticas, implica uma opção de clarificação, transparência e «humanização» do direito da União. A passagem de uma Comunidade meramente económica para uma União política aumenta a necessidade de limitação dos poderes da autoridade pública em relação aos cidadãos como forma de garantir os valores da democracia e da comunidade de direito. Assim, a inclusão da proteção dos direitos fundamentais no texto do Tratado deve ser entendida como uma opção política nesse sentido.

A proteção dos direitos fundamentais surge, em Maastricht como fundamento e limite da atuação da União a nível interno e externo. Quanto à dimensão externa, no domínio da política de cooperação para o desenvolvimento, passou a referir-se expressamente que a atuação comunitária neste domínio deve contribuir para o desenvolvimento e consolidação da democracia, do Estado de direito, assim como o respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (art. 130.º - U, n.º 2, do TCE).

### **2.3.2. O Tratado de Amesterdão e a humanização da União Europeia**

Com o Tratado de Amesterdão dá-se um reforço das disposições existentes sobre direitos fundamentais, assim como um reforço do papel do cidadão na União, procedendo-se a uma «humanização da União». Apesar das críticas que lhe foram dirigidas, há que reconhecer o trabalho que foi efetuado em Amesterdão em prol das pessoas, sendo que os direitos fundamentais passaram a constituir uma das bases axiológicas da UE.

Reafirmaram-se os «princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como o Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados membros» (art. 6.º do TUE) e reforçou-se a sua proteção, nomeadamente através do recurso direto dos cidadãos ao TJ no que respeita a ação das instituições (alargamento da competência prevista no art. 46.º, al. d), do TUE.

De entre as alterações introduzidas destaca-se o procedimento de tutela política dos direitos fundamentais. Assim, verificando-se a existência de uma violação grave e persistente por parte de um Estado-membro, dos princípios da liberdade, da democracia e dos direitos fundamentais, pode o Conselho decidir aplicar sanções ao Estado incumpridor, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado no Conselho (art. 7.º do TUE). Mais ainda, o respeito destes princípios passou, também, a ser condição expressa da adesão<sup>170</sup> e passou de forma inquestionável a integrar o núcleo essencial e intangível da «constituição material» e dos «limites materiais de revisão dos tratados». A este propósito Barros Moura sintetizava que esses princípios constituíam a «dimensão ética da União»<sup>171</sup>.

---

170. Art. 49.º do TUE.

171. MOURA, J., Tratados da União Europeia, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 1997, p. 18.

Inseriram-se, no Preâmbulo do TUE, os direitos sociais fundamentais definidos na Carta Social Europeia do Conselho da Europa, de 18 de outubro de 1961 e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de dezembro de 1989. Consagrou-se uma cláusula de não «*discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual*» (art. 6.º - A do TCE), assim como se enunciou, enquanto objetivo da Comunidade Europeia, a igualdade entre homens e mulheres (arts. 2.º e 3.º, n.º 2, do TCE). Incluiu-se, ainda, uma declaração sobre a abolição da pena de morte<sup>172</sup> (Declaração n.º 1); uma outra sobre o estatuto das igrejas e das organizações filosóficas e não confessionais (Declaração n.º 11) e outra (Declaração n.º 22) que consagra a exigência das instituições em respeitarem os direitos das pessoas com deficiências, quando adotam medidas de aplicação, ao abrigo do art. 95.º TCE (art. 114.º TFUE). Refira-se, por fim, a nova disposição relativa à proteção das pessoas singulares respeitante ao tratamento e livre circulação de dados de natureza pessoal (art. 213.º-B do TCE).

Inserido no propósito de reforço dos direitos dos cidadãos verificou-se ainda o desenvolvimento do conceito de cidadania europeia. Assim, o art. 17.º, n.º 1, TCE passou a consagrar o carácter complementar da cidadania da União em relação à cidadania nacional<sup>173</sup>. Ao estatuto da cidadania foram aditados dois novos direitos com o propósito de assegurar uma maior transparéncia na ação das instituições e consequentemente uma maior participação dos cidadãos na vida da União. Trata-se de um novo direito de petição, desta feita o dos cidadãos se dirigirem aos órgãos comunitários na sua língua e de obterem uma resposta na mesma língua<sup>174</sup>. Prevê-se, ainda, o direito de acesso aos documentos do PE, do Conselho e da Comissão<sup>175</sup>. Estas instituições tinham já antes adotado legislação no sentido de permitir o acesso do público aos seus documentos, mas subsistiam dúvidas sobre se os particulares dispunham de um verdadeiro direito subjetivo neste domínio. Com o Tratado de Amesterdão passa a ser claro que este direito subjetivo existe e até adquire dignidade constitucional.

- 
172. Esta Declaração deve ser analisada em consonância com os arts. 6.º e 7.º do TUE. Invoca o Protocolo n.º 6 da CEDH que prevê a abolição da pena de morte e assinala que esse protocolo foi assinado por uma maioria de Estados e que a pena de morte foi abolida na maioria dos Estados membros e não foi aplicada em nenhum deles. Desta Declaração pode inferir-se que a reintrodução da pena de morte num Estado-membro poderá ser motivo para que a UE decida a aplicação de medidas de suspensão com base no art. 7.º TUE. A adoção desta Declaração assume uma particular importância para os portugueses, na medida em que Portugal foi pioneiro na sua abolição há quase um século e meio. Equivalendo à definição legal da Europa como o continente em que já não se pratica a pena de morte, aponta-se um importante sinal de identidade comum e, ao mesmo tempo, generaliza-se uma particular conceção do direito à vida, como valor desta sociedade europeia.
173. Corresponde ao atual art. 20.º do TFUE, ainda que a palavra «complementar» tenha sido substituída pela «acresce».
174. Art. 21.º, par. 3.º, do TCE, atual art. 24.º, par. 3.º, do TFUE.
175. Art. 255.º, n.º 1, do TCE, atual art. 15.º do TFUE.

Apesar destas alterações importantes, ficaram por resolver duas questões: a adesão da Comunidade/União Europeia à CEDH e a elaboração de um catálogo de direitos fundamentais. Com efeito e apesar da atuação do TJ secundada pelas outras instituições e paulatinamente constitucionalizada nos Tratados, faltava, ainda, à União, o enunciado de um catálogo de direitos que permitisse ultrapassar a debilidade inerente ao modelo casuístico de proteção dos direitos fundamentais, próprio dos sistemas de fonte pretoriana e da imprevisibilidade que, regra geral, lhe anda associada, por *a priori*, ou seja, antes de um recurso a tribunal, não permitir às pessoas saber quais os direitos de que dispõem. Esta imprevisibilidade é exponenciada pelo facto de o modelo comunitário assentar em princípios gerais de direito não escritos e na remissão para as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros.

Assim, para garantir a indispensável certeza sobre a identificação, o conteúdo e o alcance efetivo dos respetivos direitos, foram sendo apontadas duas soluções, cuja aplicação poderia ser cumulativa: a aprovação de um catálogo próprio da União, que se veio a concretizar com a adoção da Carta dos Direitos Fundamentais e a adesão formal da União à CEDH, hipótese que, ainda hoje, se mantém em aberto.

### **2.3.3. O Tratado de Nice e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**

No caminho da transformação da União numa verdadeira União de direitos e de pessoas, o Tratado de Nice representa um importante e decisivo passo, consagrando algumas inovações importantes ao nível da consolidação dos valores fundamentais. A questão austríaca<sup>176</sup>, tornou clara a incapacidade do art. 7.º do TUE para responder a situações em que os princípios democráticos ainda não foram violados, mas existe um risco manifesto de o virem a ser. Daí que se tenha introduzido uma cláusula preventiva no mecanismo de tutela política dos direitos fundamentais. Esta alteração determinou uma outra, referente à competência do TJ que passou a incluir as «disposições processuais previstas no artigo 7.º pronunciando-se (...) a pedido do Estado-Membro em questão, no prazo de um mês, a contar da data da constatação do Conselho»<sup>177</sup>.

Mas, para a UE, um dos mais importantes passos no sentido de assegurar a garantia efetiva dos direitos fundamentais no espaço europeu foi a proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Com efeito e como analisado *supra* a atuação do TJ secundada pelas outras instituições e paulatinamente constitucionalizada nos Tratados, faltava, ainda, à União, o enunciado de um catálogo de direitos que permitisse ultrapassar a debilidade inerente ao modelo

176. Na sequência das eleições de outubro de 1999, na Áustria, catorze Estados membros da União Europeia adotam em janeiro de 2000, uma reação comum, em que declaram que restringirão os seus contactos com o governo austríaco, no caso de ele vir a incorporar o partido FDÖ, dada a conotação de extrema-direita de alguns dos seus ideais. As medidas foram levantadas a 15 de setembro de 2000, após o relatório dos «três sábios» sobre a situação na Áustria.

177. Art. 46.º, al. e), do TUE

casuístico de proteção dos direitos fundamentais, próprio dos sistemas de fonte pretoriana e da imprevisibilidade que, regra geral, lhe anda associada, na medida em que não permite aos cidadãos saber, *a priori*, ou seja, antes de um recurso a tribunal quais os direitos de que dispõem, situação exponenciada pelo facto de o modelo comunitário assentar em princípios gerais de direito não escritos e na remissão para as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, a indispensável certeza sobre a identificação, o conteúdo e o alcance efetivo dos respetivos direitos, foram sendo apontadas duas soluções, cuja aplicação poderia ser cumulativa: a aprovação de um catálogo próprio da União, que se veio a concretizar com a adoção da Carta dos Direitos Fundamentais e a adesão formal da União à CEDH, hipótese que, ainda hoje, se mantém em aberto.

Para Maria Luísa Duarte, o «acto de proclamação solene da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) foi um ponto de viragem ou de refundação do sistema eurocomunitário de tutela dos direitos fundamentais»<sup>178</sup>; um caminho, que teve início na década de 50 com a criação das Comunidades Europeias e que foi «confirmado e formalizado na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu»<sup>179</sup>.

Esta proclamação teve um claro objetivo político, o de reforçar a visibilidade dos direitos fundamentais junto dos cidadãos da União. Esta estratégia de «marketing político»<sup>180</sup> subjacente à adoção da Carta resultou também do mandato de Colónia, sobre o conteúdo da compilação de direitos fundamentais, incluindo os «direitos em matéria de liberdade e igualdade e os direitos processuais fundamentais, tal como garantidos na Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário» mas também «os direitos que apenas são outorgados aos cidadãos da União»; «os direitos económicos e sociais que se encontram consignados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores». Assumindo que a «defesa dos direitos fundamentais constitui um princípio fundador da União Europeia e uma condição imprescindível para a sua legitimidade» a Carta deveria reunir o conjunto dos direitos civis, políticos, económicos e sociais para que assim «fiquem consignados, com toda a evidência, a importância primordial de tais direitos e o seu alcance para os cidadãos da União»<sup>181</sup>.

Estas determinações de Colónia foram, posteriormente, precisadas no Conselho Europeu de Tampere<sup>182</sup> no qual os Chefes de Estado e de Governo fixaram não

- 
- 178. DUARTE, M., Direito da União Europeia – Lições Desenvolvidas, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 395.
  - 179. Conclusões da Presidência Conselho Europeu de Colónia, 3 e 4 de junho de 1999. Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/media/21071/57890.pdf>
  - 180. SOARES, A. Goucha, A União Europeia, Coimbra, Almedina, 2006, p. 235.
  - 181. Conclusões da Presidência Conselho Europeu de Colónia, 3 e 4 de junho de 1999. Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/media/21071/57890.pdf>
  - 182. Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999. Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/media/21060/conselho-europeu-de-tampere-conclus%C3%B5es-da-presid%C3%A1ncia.pdf>

só o mandato, mas também a composição e os métodos de trabalho da instância encarregue de elaborar o projeto de Carta – instância à qual foi posteriormente dada a designação oficial de «Convenção». Esta instância original encarregue de elaborar o projeto da Carta não se enquadrava nos trâmites intergovernamentais clássicos e nos procedimentos institucionais fixados nos Tratados. Com efeito, o aspecto mais original das referidas Conclusões respeita ao método de elaboração da Carta. As principais características deste método, são a formação quadripartida da Convenção<sup>183</sup>, a transparência dos trabalhos<sup>184</sup> e a consulta da sociedade civil e das instituições públicas diretamente interessadas no projeto<sup>185</sup>, a procura de consensos para a adoção do projeto e a criação de uma mesa, denominada de *Praesidium*, em cujas reuniões participaram o presidente da Convenção bem como os presidentes de cada grupo e o representante da Comissão. Foi graças ao bom entendimento existente entre ambos que foi possível levar a bom porto a tarefa de elaboração da Carta<sup>186</sup>: a Convenção permitiu definir de forma precisa as orientações a introduzir no texto, cabendo ao *Praesidium*, apoiado pelo Secretariado, redigir e submeter os

- 
- 183. A Convenção foi composta por 62 membros, oriundos de quatro quadrantes diferentes: dezenas representantes do PE, trinta representantes dos parlamentos nacionais, quinze representantes dos Chefes de Estado e de Governo e um representante do Presidente da Comissão. O Presidente era Roman Herzog, antigo Presidente da República da Alemanha e do Tribunal Constitucional alemão. Dentro da Convenção constituiu-se um *Bureau – Praesidium*, constituído pelo Presidente, por um representante de cada uma das instituições da União e ainda por um representante do país que, na altura, assumia a Presidência da União Europeia. O método de trabalho da Convenção consistia numa primeira redacção dos artigos pelo comité, seguida da sua análise e discussão pela Convenção. Tendo em conta os resultados dessa discussão, o comité levava a cabo as necessárias alterações ao texto. Finalmente a Convenção, após audição de ONG`s, países candidatos à adesão à UE e outras organizações relevantes em matéria de direitos fundamentais, aprovava a redação final, em reunião plenária.
  - 184. Em conformidade com a vontade do Conselho Europeu, os seus trabalhos caracterizam-se por uma transparência total que acompanhou a elaboração dos trabalhos, tanto em relação a qualquer cidadão ou cidadã que desejasse seguir de perto a evolução dos trabalhos, assegurada nomeadamente através do livre acesso do público às salas de reunião da Convenção em Bruxelas e da publicação de todos os documentos produzidos no sítio da internet do Secretariado do Conselho da União Europeia.
  - 185. Neste sentido, a Convenção organizou audições públicas com as organizações não governamentais interessadas (para ilustrar o grande interesse que suscitou a elaboração da Carta junto da opinião pública europeia, refira-se que uma primeira audição organizada em Bruxelas em 26 de abril permitiu reunir mais de 70 ONG, em representação dos mais variados meios sociais, que quiseram apresentar o seu ponto de vista e formular sugestões para a elaboração da Carta). Foram igualmente ouvidos pela Convenção representantes das igrejas e dos cultos, das ligas de defesa dos direitos do Homem, dos proprietários de imóveis, dos sindicatos, das empresas, dos requerentes de asilo, das mulheres, das crianças, dos homossexuais masculinos e femininos, dos meios de comunicação social, da defesa do ambiente, para citar apenas alguns.
  - 186. Os trabalhos da Convenção decorreram de 17 de dezembro de 1999 (data da primeira reunião) a 2 de outubro de 2000, tendo realizado um total de 16 reuniões: 7 formais e 9 informais. Por seu turno o *Praesidium* realizou 21 reuniões e a Convenção recebeu no total 355 contribuições escritas: 255 das quais provenientes da sociedade civil.

seus projetos à apreciação da Convenção tantas vezes quantas as necessárias para obter um consenso.

A Convenção foi mandatada pelos Chefes de Estado e de Governo para redigir um catálogo de direitos fundamentais destinado a aumentar a visibilidade desses direitos e a indispensável segurança jurídica que se impõe num domínio tão sensível como este, o que por si só representava já uma enorme tarefa.

A Convenção constituiu, em todo o caso, um fórum de expressão de todas as sensibilidades europeias em matéria de direitos fundamentais, cabendo realçar a participação permanente e ativa, na qualidade de observadores, do TJ e do Conselho da Europa<sup>187</sup> que, com o apoio do *Praesidium*, soube fazer a síntese necessária entre as diversas componentes e tendências políticas nela representadas<sup>188</sup>. Isto implicou, no decurso dos trabalhos, debates por vezes difíceis em certos domínios, como o dos direitos económicos e sociais relativamente aos quais o mandato do Conselho Europeu era relativamente aberto. Foi, também possível perceber, desde o início dos trabalhos da Convenção encarregue de elaborar a Carta, alguma flexibilidade na interpretação do mandato que lhe havia sido confiado.

Na sequência do trabalho desenvolvido pela Convenção, entre dezembro de 1999 e outubro de 2002, o seu Presidente comunicou ao Conselho Europeu que havia alcançado consenso global sobre o projeto de texto da Carta<sup>189</sup>. Este projeto

- 187. Esta participação (dois representantes do TJ e dois representantes do Conselho da Europa, incluindo um do TEDH) foi particularmente importante para a definição das relações a estabelecer entre as disposições da Carta e as da CEDH.
- 188. O Comité Económico e Social (Parecer de iniciativa do Comité Económico e Social de 20 de setembro de 2000), o Comité das Regiões (Resolução do Comité das Regiões de 20 de setembro de 2000 e de 13 de dezembro de 2000) e o Provedor de Justiça prestaram também um contributo importante. Foi também organizado um diálogo com os países candidatos à adesão, que foram ativamente envolvidos no processo convencional, dado que não era possível evitar a questão de eventuais repercuções da Carta nos alargamentos iminentes da União. Foi claramente acolhido que a Carta não impunha condições suplementares à adesão dos países candidatos, até pelo facto de todos esses países serem parte da CEDH, o que constituía uma garantia mais do que suficiente em matéria de proteção dos direitos fundamentais.
- 189. Para uma análise dos antecedentes, conteúdo e efeitos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *vide*, DUARTE, M., «União Europeia e Direitos Fundamentais: Da proclamação dos Direitos à sua tutela judicial efectiva», 50 anos do Tratado de Roma 1957-2007, Coimbra, ALMEIDA, M. e PIÇARRA, N. (coord.), Lisboa, Âncora Editora (2008), pp. 237-240; MARTINS, A., «A protecção dos Direitos Fundamentais em Portugal e a Constituição Europeia», in Revista de Estudos Europeus, Ano I – n.º 2, Julho – Dezembro 2007, Coimbra, Almedina (2008), pp. 113-147; PÉREZ VERA, E., «A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», in Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, 18, (noviembre 2001), pp. 291-307; RAMOS, R. Moura, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais», Studia iuridica 61 – Estudos em Homenagem ao Prof. Rogério Soares, Coimbra, Coimbra Editora (2001), pp. 171-198; ROLDÁN BARBERO, J., «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», in Revista de Derecho Comunitario Europeu, Año 7, núm. 16, Madrid, (septiembre/diciembre 2003), pp. 943–991; SOARES, A., A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário,

foi examinado na Reunião do Conselho Europeu informal de Biarritz, de 13 e 14 de outubro de 2000, tendo merecido a aprovação unânime da parte dos Chefes de Estado e de Governo. Reafirmou-se a vontade de incorporar a Carta dos Direitos Fundamentais no Tratado, contudo admitiu-se que «caso não seja imediatamente incorporada a Carta deve ser referida no art. 6.º do Tratado, imediatamente após a sua proclamação no Conselho Europeu de Nice»<sup>190</sup>.

Foi, então, em Nice, a 7 de dezembro de 2000, à margem da reunião do Conselho Europeu que a Carta dos Direitos Fundamentais foi assinada e solenemente proclamada, por Nicole Fontaine, presidente do PE<sup>191</sup>, Hupert Védrine, presidente do Conselho da União Europeia<sup>192</sup> e Romano Prodi, presidente da Comissão Europeia<sup>193</sup>. Já o «*Conselho Europeu congratula-se com a proclamação conjunta pelo Conselho, pelo Parlamento Europeu e pela Comissão, da Carta dos Direitos Fundamentais, que congrega num único texto os direitos civis, políticos, económicos, sociais e de sociedade até aí expressos em diversas fontes internacionais, europeias ou nacionais. O Conselho Europeu deseja que à Carta se dê a mais vasta divulgação possível junto dos cidadãos da União. De acordo com as Conclusões de Colónia, a questão do alcance da Carta será analisada numa fase posterior*»<sup>194</sup>.

De forma ilustrativa Douglas-Scott descreve o momento da proclamação como «not a high-profile occasion, overshadowed by the wrangling over the forthcoming Treaty of Nice. The Charter's apparent lack of importance seemed to be underlined by the fact that the Institutional presidents were not even given the time to complete their speeches»<sup>195</sup>. Não obstante, apesar de proclamada pelos presidentes das três instituições e não pelos Estados-membros, para o dito Autor tal facto «should not undermine the fact that this Charter was a member-state initiative»<sup>196</sup>.

---

Coimbra Editora, Coimbra, 2002; VITORINO, A., «A Carta dos Direitos Fundamentais, fundamento do Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça», in Europa – Novas Fronteiras, Revista do Centro de Informação Europeia Jacques Delors, n.º 7, Principia, (2000), pp. 66-74; VITORINO, A., «Comentário à Carta dos Direitos Fundamentais», in Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 1.ª Edição, (2002), Cascais, Principia, pp. 7-53; VITORINO, A. «Os direitos enumerados na Carta», in Europa – Novas Fronteiras, Revista do Centro de Informação Europeia Jacques Delors, n.º 16/17, Principia, (2005), pp. 59-69.

190. Reunião do Conselho Europeu informal de Biarritz, de 13 e 14 de outubro de 2000, in JOCE C-197/184, de 25 de outubro de 2000.
191. Recomendação do PE de 14 de novembro de 2000, que autoriza a Carta e que autoriza o seu presidente a proclamá-la.
192. A decisão do Conselho de se associar à proclamação da Carta foi tomada na reunião do Conselho de «Assuntos Gerais», de 4 e 5 de dezembro de 2000.
193. Decisão da Comissão de 6 de dezembro de 2000 que adota a Carta e autoriza o seu presidente a proclamá-la.
194. Conclusões da Presidência Conselho Europeu de Nice, de 7, 8 e 9 de dezembro de 2000. Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/media/21006/conselho-europeu-de-nice-conclus%C3%B5es-da-presid%C3%A1ncia.pdf>
195. DOUGLAS-SCOTT, S. Constitutional Law of the European Union, Essex, England: Pearson Educational Limited, Longman (2002), p. 470.
196. DOUGLAS-SCOTT, S. Constitutional Law of the European Union, Essex, England: Pearson Educational Limited, Longman (2002), p. 470.

A própria escolha do nome «Carta» para este texto de direitos fundamentais da UE denota, desde logo, a sua solenidade e importância que se lhe quis atribuir. Segundo Mariana Canotilho, com «a elaboração e aprovação da Carta, a União quis, pois, afirmar a nova centralidade dos direitos fundamentais no projecto europeu, reunindo-se num único texto, um catálogo de direitos juridicamente vinculativo, quer para a própria UE quer para os Estados membros»<sup>197</sup>.

Realçando o marco que representou para a União a adoção da CDFUE, Paul Craig e Gráinne de Búrca sintetizam que «[t]he Charter was a significant development for the EU in a number of ways. In the first place, despite criticisms of its content – for example, of the ambiguity and weakness of many of its provisions, the rights which were not included, the relationship with other constitutional and international human rights instruments, and the numerous questions left unresolved – the document was largely well received and welcomed as a step forward for the legitimacy, identity, and human rights commitment of the EU. Secondly, the process by which it was adopted also attracted positive comment as a considerable improvement on the typically secretive and intransparent processes – including Intergovernmental Conferences – by which treaties and other agreements have traditionally been negotiated and drawn up at EU level»<sup>198</sup>.

Não relativizando a importância da proclamação da Carta mas atestando as dificuldades a respeito da matéria, em Nice a Carta ficou reduzida a uma mera declaração de princípios, sem carácter vinculativo, não sendo parte integrante dos Tratados<sup>199</sup>. Para este desfecho contribuiu, de forma decisiva, o facto dos governos de seis Estados-membros (Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Finlândia, Suécia e Países Baixos) se terem oposto tanto à incorporação da Carta nos Tratados, como à solução de compromisso proposta pelo PE de fazer referência à Carta no art. 6.º, n.º 2 do TUE. Assim, embora tivesse claramente um significado político, a não incorporação da Carta no Tratado refletia a inexistência de vontade de dotar a Carta de um claro valor jurídico, semelhante às outras disposições dos Tratados, não obstante a opinião de diversos responsáveis europeus que afirmam que da mesma decorrem efeitos normativos decorrentes «do firme compromisso do Parlamento e da Comissão de considerarem a Carta como uma referência imperativa de toda a legislação»<sup>200</sup>. Contudo, não sendo dotada de carácter vinculativo, deve ser encarada como um elemento e fator de continuidade no sentido da afirmação da proteção dos direitos fundamen-

- 
197. CANOTILHO, M., «O princípio do Nível Mais Elevado de Proteção e Garantia dos Direitos Fundamentais na União Europeia», in 50 Anos do Tratado de Roma, SILVEIRA, A. (Coord.), Lisboa: Quid juris, (2007), p. 330.
198. CRAIG, P., BÚRCA, G., EU Law – Text, Cases and Materials, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 43-44.
199. Esta proclamação solene foi publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, na série C 364 de 18 de dezembro de 2000.
200. Vide a este propósito o Relatório de 4 de maio de 2001, do PE, sobre o Tratado de Nice e o Futuro da União Europeia no âmbito da Comissão dos Assuntos Constitucionais, cujos relatores foram os deputados do PE Méndez de Vigo e António José Seguro.

tais no seio da União, como mais um passo no caminho da constitucionalização dos Tratados, iniciado na década de 50, e não como um elemento de ruptura com o passado.

Como resultado desta «simples» proclamação, permaneceu na área de competência do TJ, o poder de conformação dos direitos fundamentais e a sua consideração nas decisões a tomar, à luz dos princípios gerais do direito comunitário constantes dos Tratados, das normas constitucionais comuns aos Estados-membros e das normas da CEDH. Mas não obstante esta limitação e incerteza quanto ao valor jurídico das suas disposições, o texto da Carta foi, nas palavras de Eduardo García de Enterría citado por Maria Luísa Duarte, redigido na «língua dos direitos» para, ainda assim «se aplicar, no futuro, como um verdadeiro instrumento normativo de reconhecimento de direitos»<sup>201</sup>.

E o futuro trouxe novidades neste domínio.

#### **2.3.4. Os direitos fundamentais na «refundação»<sup>202</sup> da União Europeia pós Tratado de Lisboa**

Apesar de todas las anteriores reformas dos Tratados foi, com a refundação da União levada a cabo em Lisboa, que se encontra o conjunto mais ambicioso de alterações especificamente pensadas para dar resposta às exigências de garantia dos direitos fundamentais das pessoas. De entre estas alterações, há duas que merecem ser devidamente destacadas: uma é a da atribuição de efeitos jurídicos vinculativos à Carta e outra, a da atribuição de competência à União para aderir à CEDH do Conselho da Europa.

Nos termos do art. 6.º, n.º 1, do TUE que constitui a pedra angular do sistema de consagração e proteção dos direitos fundamentais da União, a Carta, ainda que «excluída por extenso dos Tratados, porventura para atenuar as críticas de “*inappropriate constitutionalisation*” (...) não pode deixar de se considerar inserida no mesmo, num “desaparecimento fictício”»<sup>203</sup>. Assim, revista em 2007 a Carta foi finalmente, com o Tratado de Lisboa, dotada de efeitos vinculativos ao considerar-se que a «*União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados*».

- 
201. DUARTE, M., Estudos sobre o Tratado de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2010, p. 94. A expressão «língua dos direitos» é de Eduardo García de Enterría, in *La lengua de los derechos, la formación del Derecho Público Europeo trás la Revolución Francesa*, 2.º Edição, Madrid, Civitas, 2001.
202. Expressão usada por DUARTE, M., Direito da União Europeia – Lições Desenvolvidas, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 395.
203. HENRIQUES, M., Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência, Coimbra, Almedina, 2014, p. 199.

Com esta fórmula a União passou a reconhecer expressamente os direitos, liberdades e princípios nela enunciados, ainda que o método utilizado para esse fim, assim como as derrogações consentidas a alguns Estados, sejam alvo de críticas. Com efeito, nem o texto da Carta integra inequivocamente o direito originário (em qualquer um dos Tratados ou num Protocolo específico, anexo ao mesmo), apesar de todos lhe reconhecerem força jurídica, nem todos os Estados estão vinculados pelo seu enunciado<sup>204</sup>. Este quadro ainda que constitua um retrocesso face à situação enunciada no defunto TC que integrava a Carta no corpo do Tratado, não determina a exclusão de efeitos jurídicos. Antes pelo contrário, a Carta foi e será, para todos os efeitos, dotada de efetiva vinculatividade jurídica. Neste sentido António Vitorino<sup>205</sup> realçava que «não me parece exacto afirmar que a Carta foi “downgraded”, por referência ao modelo da sua inserção plena como Parte II do Tratado Constitucional. (...) Do ponto de vista jurídico, não me parece haver qualquer dúvida quanto à sua natureza jurídica vinculativa, nesse aspecto constituindo, portanto, direito primário da União, vindo a ser aplicada nesse contexto e com esse alcance que lhe é expressamente atribuído pelo próprio Tratado da União»<sup>206</sup>.

Mas as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, em termos de proteção dos direitos fundamentais, vão muito para além da Carta e da sua eficácia. Assim, e para além dos direitos consagrados na Carta, destacamos os direitos de participação política dos cidadãos da União, previstos nos arts. 10.º e 11.º do TUE, com claro destaque para o direito de iniciativa, assim como outros direitos de cidadania previstos nos arts. 20.º a 24.º do TFUE. Neste mesmo Tratado destacamos o direito à proteção de dados de carácter pessoal<sup>207</sup>; à liberdade confessional e de consciência<sup>208</sup>; ao

204. A propósito da Carta e dos seus efeitos, cabe destacar a inclusão de um Protocolo e de duas Declarações Anexas. Nas Declarações dos Estados membros, anexas ao Tratado incluem-se duas relativas à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a Declaração (n.º 53) da República Checa sobre a Carta e a Declaração (n.º 62) da Polónia sobre o Protocolo relativo à aplicação da Carta à Polónia e ao Reino Unido. O Protocolo n.º 30 relativo à aplicação da Carta à Polónia e ao Reino Unido, a Declaração n.º 1 sobre a Carta e a Declaração (n.º 61) unilateral da Polónia sobre a Carta. O Protocolo estabelece situações de exceção em benefício do Reino Unido e da Polónia. A Declaração n.º 1 reitera a eficácia vinculativa da Carta e estipula, em especial, que «a Carta não alarga o âmbito de aplicação do direito da União, a domínios que não sejam da competência da União, não cria quaisquer novas competências ou atribuições para a União, nem modifica as competências e atribuições definidas nos Tratados». A Declaração n.º 61.º clarifica que a Carta não afeta o direito dos Estados membros de legislar em matéria de moralidade pública e direito da família, bem como de proteção da dignidade humana e respeito pela integridade física e moral do ser humano – declaração unilateral da República da Polónia que visa salvaguardar a legislação interna em matéria de restrição do direito ao aborto.

205. Dos 11 grupos de trabalho constituídos no seio da Convenção Constitucional, incumbida de redigir o novo Tratado, o II foi dedicado à CDFUE e tinha como presidente o então comissário português, António Vitorino.

206. VITORINO, A., «Luzes e sombras do Tratado de Lisboa», in Revista de Estudos Europeus, Ano II – n.º 4, (julho-dezembro 2008), Coimbra, Almedina (2008), p. 35.

207. Art. 16.º do TFUE e Declaração anexa n.º 2.

208. Art. 17.º do TFUE.

direito à não discriminação em razão da nacionalidade e em razão de outros fatores como a idade, sexo, ou religião<sup>209</sup>; os direitos de defesa em caso de congelamento de fundos<sup>210</sup>; os direitos dos refugiados e dos imigrantes<sup>211</sup>; os direitos individuais de defesa em processo penal<sup>212</sup>; os direitos sociais<sup>213</sup> e dos consumidores<sup>214</sup>. Por fim, uma última referência à menção, pela primeira vez no corpo dos Tratados, ao bem-estar dos animais enquanto seres dotados de sensibilidade, ainda o seu exercício esteja dependente da conciliação prática com legislações nacionais e práticas culturais<sup>215</sup>.

No que respeita especificamente à aplicação e garantia dos direitos fundamentais, o Tratado de Lisboa não introduziu novos mecanismos de tutela judicial efetiva de direitos. Aqui tudo se centra na futura relação entre o Tribunal de Justiça e o TEDH, decorrente da previsão da (futura) adesão da União à CEDH.

Prevista no art. 6.º, n.º 2, do TUE em termos de «inegável imperatividade»<sup>216</sup> ao prever que a União «adere» ao invés de pode aderir; e clarificada no Protocolo n.º 8, a adesão da União à CEDH veio a ser formalizada na assinatura por parte dos negociadores de um Projeto de Acordo sobre a adesão da União Europeia à CEDH. Este projeto de Acordo tem na sua base a decisão do Conselho de 4 de junho de 2010 (sob recomendação da Comissão) que autorizou a abertura das negociações. A Comissão foi designada como negociador, tendo as negociações conduzido, em 5 de abril de 2013, a um acordo ao nível dos negociadores sobre os projetos de instrumentos de adesão. A Comissão dirigiu-se, em 4 de julho de 2013, ao TJ para obter o seu parecer sobre a compatibilidade do projeto de acordo com o direito da União, dando cumprimento ao preceituado no art. 218.º, n.º 11, do TFUE.

Em 18 de dezembro de 2014 foi proferido o Parecer 2/13<sup>217</sup> nos termos do qual o TJ se voltou a pronunciar pela incompatibilidade do Projeto de Acordo de Adesão com o direito da União, não já por questões de falta de competência, como no passado<sup>218</sup>, mas por considerar que o predito Projeto de Acordo não era compatível com

209. Arts. 18.º e 19.º do TFUE, respetivamente,

210. Arts. 75.º, 215.º e 275.º, todos do TFUE e Declaração anexa n.º 25.

211. Arts. 78.º e 79.º do TFUE, respetivamente.

212. Art. 82.º do TFUE.

213. Arts. 151.º, 153.º e 157.º do TFUE.

214. Art. 169.º do TFUE.

215. Independentemente da questão filosófica de saber se os animais são ou não titulares de direitos, parece-nos claro que as sociedades modernas não podem ignorar o imperativo civilizacional do tratamento compassivo e digno dos animais.

216. DUARTE, M., Direito da União Europeia – lições desenvolvidas, Lisboa, AAFDL, 2021, p. 401.

217. Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) de 18 de dezembro de 2014, proferido nos termos do art. 218.º, n.º 11, TFUE – Projeto de acordo internacional – Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – Compatibilidade do referido projeto com os Tratados UE e FUE.

218. Por um parecer de 1996, o Tribunal de Justiça já tinha considerado que, no estado do direito comunitário em vigor à época, a Comunidade Europeia não era competente para aderir à CEDH. Especificando, quando, em 1994, a Comissão Europeia decidiu pedir formalmente ao Conselho um mandato para negociar a adesão à Convenção, o Conselho preferiu pedir

as normas que preveem a base para a referida adesão. Foi entendimento dos juízes que o Protocolo de Acordo prejudicaria a autonomia da ordem jurídica da União no exercício das suas competências, nomeadamente no que respeita o monopólio de jurisdição do TJ, previsto no art. 344.º do TFUE. A predita disposição prevê que os Estados-membros se comprometem a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos previstos nos Tratados. Ora, «o projeto de acordo deixa subsistir a possibilidade de a União ou os Estados-Membros submeterem ao TEDH um pedido que tenha por objeto uma alegada violação da CEDH por um Estado-Membro ou pela União, em relação com o direito da União. A própria existência de tal possibilidade viola as exigências do Tratado FUE»<sup>219</sup>.

Importa, também, destacar um conjunto de alterações de apreciável significado, enquanto expressão de uma vontade orientada para a garantia judicial dos direitos das pessoas, perante eventuais situações da sua violação no seio da UE. Neste sentido o art. 19.º, n.º 1 do TUE atribui ao TJ a missão de garantir «*o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados*». Assim sendo, e independentemente da matéria<sup>220</sup>, cabe ao juiz da União garantir a estrita observância dos direitos fundamentais, mediante o controlo da legalidade das normas da União e do controlo da atuação das entidades nacionais quando executam o direito da União.

Cabe realçar que a atuação fiscalizadora do TJ não se efetiva a propósito de todas as matérias relativas aos direitos fundamentais. É o que sucede ao mecanismo de

primeiro um parecer ao TJ, nos termos do art. 228.º, n.º 6 TCE (que corresponde ao atual art. 300.º, n.º 11 do TFUE), para clarificar se tal adesão era possível à luz dos Tratados. Na sequência deste pedido, o TJ proferiu o Parecer 2/94 sobre a adesão da Comunidade Europeia à CEDH. Nesse parecer o TJ decidiu que a Comunidade não dispunha da competência para tal, uma vez que, por um lado, nenhuma disposição dos Tratados conferia às instituições, em termos gerais, o poder de legislar em matéria de direitos humanos ou de celebrar convenções internacionais neste domínio. Mais, no Parecer n.º 2/94 o TJ defendeu não ser o art. 235.º do TCE (atual art. 352.º do TFUE) a correta base legal para a adesão da Comunidade Europeia à CEDH. O Tribunal sustentou que se o respeito dos direitos humanos é uma condição da legalidade dos atos comunitários, a referida adesão determinaria uma importante modificação no sistema de proteção dos direitos humanos, com as inevitáveis consequências e repercuções no sistema institucional/constitucional da Comunidade e dos Estados, nomeadamente a necessária inserção do conjunto das disposições da CEDH na ordem jurídica comunitária, pelo que ultrapassava, claramente, pela sua natureza, os limites do então art. 235.º do TCE (Parecer 2/94 de 28 de março de 1996. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61994CV0002>.

219. Comunicado de Imprensa do TJUE n.º 180/14, de 18 de dezembro de 2014, sobre o Parecer 2/13. Disponível em <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>
220. Nos termos da versão anterior do TUE e no tocante aos direitos fundamentais, o art. 46.º, al. d), reconhecia a competência do TJ para interpretar e aplicar o n.º 2 do art. 6.º «no que respeita à ação das instituições», mas logo ressalvava que tal controlo deveria ser exercido «na medida em que o Tribunal de Justiça seja competente nos termos dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e nos termos do presente Tratado».

tutela política dos direitos fundamentais que poderá conduzir à aplicação de sanções aos Estados por alegada violação, grave e persistente dos valores fundamentais e identitários da União, nos termos previstos no art. 7.º do TUE. Os atos adotados pelo Conselho Europeu e pelo Conselho contra o eventual Estado incumpridor não são passíveis de impugnação contenciosa, salvo no que concerne à observância das disposições processuais. Parece no mínimo incoerente, a existência de um modelo que se baseia na aplicação de sanções aos Estados-membros por violação dos princípios democráticos e os direitos fundamentais, mas que simultaneamente faz depender a eficácia destas sanções da derrogação de um princípio democrático fundamental, a saber o do controlo judicial. Com o Tratado de Lisboa, perdeu-se a oportunidade de adequar o procedimento das sanções políticas aplicadas em caso de violação ou ameaça de violação dos direitos fundamentais, às exigências elementares do Estado de Direito, nomeadamente, quanto ao exercício legítimo de direitos de defesa por parte de um Estado-membro contra a possível injustiça e arbitrariedade de decisões adotadas pelo conjunto dos restantes Estados-membros.

O Tratado de Lisboa, ainda que tenha introduzido clarificações importantes em matéria de direitos fundamentais e tivesse aberto a porta à adesão da União à CEDH, não operou uma mutação no modelo comunitário de proteção dos direitos fundamentais, quer no tocante aos direitos proclamados, quer no tocante aos respetivos meios de garantia. Podemos sempre dizer que se podia ter ido mais longe. Poderia ter havido maior ambição no catálogo de direitos, em particular com uma formulação menos imperativa, menos condicional ou remissiva. No que respeita à consagração de mecanismos adequados de garantia dos direitos dos particulares deveria ter-se alargado a respetiva legitimidade ativa para recorrerem de anulação de quaisquer atos adotados pelas instituições, ainda que gerais e abstratos. Mais ainda, deveria ter-se admitido a legitimidade ativa do Provedor de Justiça europeu, enquanto recorrente institucional, com o poder para impugnar quaisquer atos jurídicos da União, com fundamento em alegada violação dos direitos fundamentais.

Neste sentido, reproduzimos as palavras de Maria Luísa Duarte ao concluir que no Tratado de Lisboa «em matéria de direitos fundamentais, prevaleceu – e bem – o método comunitário do aperfeiçoamento gradual e pragmático dos meios jurídicos adequados à garantia do nível mais elevado de proteção. Tão ou mais importante do que a positivação das normas garantidoras e a formalização do sistema de tutela judicial em articulação com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem será a perspetiva que o Juiz comunitário, em especial o Tribunal de Justiça vier a tomar sobre o âmbito de proteção dos direitos e o estatuto dos particulares no funcionamento das vias de direito. Em definitivo, o Tratado de Lisboa é neste caminho, iniciado nos finais da década de sessenta, um ponto de passagem e não um ponto de chegada»<sup>221</sup>.

---

221. DUARTE, M., Estudos sobre o Tratado de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2010, p. 115.

### **3. A CARTA NO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO APÓS O TRATADO DE LISBOA**

No quadro de uma organização democrática como a União Europeia, subordinada ao Direito e pelo Direito e cujos Tratados constituem uma verdadeira constituição material deve consagrarse e assegurar-se um conjunto de direitos fundamentais das pessoas. Mais ainda deve prever-se um sistema completo e eficaz de garantia desses mesmos direitos, com a previsão de um conjunto de meios, nomeadamente processuais que garantam o efetivo recurso dos particulares aos órgãos jurisdicionais investidos do poder de fiscalizar e controlar os atos das entidades públicas. Recorrendo às palavras de Mário Raposo «[n]uma Europa dos cidadãos, numa Europa sem fronteiras é indispensável uma unidade de propósitos, unívoca e concludente, quanto aos direitos fundamentais»<sup>222</sup>. Para a concretização desta «unidade de propósitos» quanto aos direitos fundamentais foi indispensável o ativismo judicial, ao qual se aliou, anos mais tarde, a necessária vontade política que conduziu à elaboração de um catálogo próprio e exclusivo de direitos fundamentais da União.

A adoção da Carta constitui «a afirmação do compromisso da UE para com os direitos humanos, ao mesmo tempo que dota o ordenamento jurídico comunitário de um catálogo próprio, a ser interpretado e aplicado, antes de mais, pelo TJCE»<sup>223</sup>. No seu texto estão consagrados um conjunto de direitos que os Estados-membros da União consideram como sendo parte integrante da herança de um património comum de valores e de princípios. O seu objetivo não foi o de criar direitos novos, mas sim tornar visíveis os direitos já existentes e que fazem parte do património comum dos Estados-membros<sup>224</sup>. Neste sentido, um dos principais objetivos da Carta é a segurança jurídica e a consequente proteção dos cidadãos.

#### **3.1. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA CARTA E AS SUAS «CLÁUSULAS HORIZONTAIS»**

A existência de um catálogo de direitos fundamentais da União não elimina, porém, as dificuldades da sua aplicação, assim como não elimina eventuais conflitos, entre diferentes regimes jurídicos: o da União, o nacional e o da CEDH. Daí que, tentando antecipar alguns problemas de interpretação e aplicação das suas disposições foi previsto no Título VII da Carta, um conjunto «*Disposições Gerais que Regem a Interpretação e a Aplicação da Carta*». Refiram-se o art. 51.º e o art. 52.º, relativos, respetivamente, aos destinatários e ao âmbito de aplicação e interpretação

- 
- 222. RAPOSO, M. «Os Direitos do Homem na Europa Contemporânea», Integração Europeia – Perspectivas, Editora Internacional, Edições Cosmos, Lisboa (1993), p. 64.
  - 223. CANOTILHO, M., «O princípio do Nível Mais Elevado de Protecção e Garantia dos Direitos Fundamentais na União Europeia», in 50 Anos do Tratado de Roma, SILVEIRA, A. (Coord.), Lisboa: Quid juris, (2007), p. 330.
  - 224. De acordo com as Conclusões do Conselho Europeu de Colónia «no actual estádio de desenvolvimento da União Europeia, os direitos fundamentais vigentes a nível da União deverão ser reunidos numa Carta, adquirindo assim maior visibilidade».

dos direitos e aos princípios consagrados na Carta; o art. 53.<sup>º</sup> relativo ao nível de proteção e o art. 54.<sup>º</sup> dedicado à proibição do abuso de direito.

Comecemos pela questão dos beneficiários dos direitos resolvida de forma bastante pragmática, na medida em que cada direito fundamental ou princípio inscrito na Carta, prevê a determinação dos seus próprios titulares, não sendo, assim, necessário a respetiva fixação nas preditas cláusulas horizontais. Como regra, e tendo em conta a preocupação de respeitar o princípio da universalidade dos direitos que presidiu à redação da Carta, os direitos nela consignados são conferidos a qualquer pessoa, independentemente da sua nacionalidade ou residência. Isto aplica-se especialmente aos direitos correspondentes à CEDH. Distinta, e por motivos óbvios, é a situação do Capítulo V, dedicada à Cidadania. Pormenorizando – à exceção de alguns direitos reservados aos cidadãos da União<sup>225</sup> (como os direitos de participação política nas eleições municipais e para o PE<sup>226</sup> e a proteção diplomática<sup>227</sup>); ou aos cidadãos e aos nacionais de Estados terceiros que residam na União<sup>228</sup> (como os direitos de garantia graciosa: direito de acesso aos documentos das instituições<sup>229</sup>, de recurso ao Provedor de Justiça<sup>230</sup>, de petição ao PE<sup>231</sup>); ou mesmo a qualquer pessoa (como o direito a uma boa administração<sup>232</sup>); ou ainda a determinados grupos específicos de pessoas, como as crianças, às quais são conferidos direitos específicos<sup>233</sup>, aos trabalhadores (no que respeita aos direitos económicos e sociais), ou às pessoas que não dispõem de recursos suficientes (às quais é concedida assistência judiciária<sup>234</sup>) - a maior parte dos direitos são conferidos a todas as pessoas independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência.

- 
225. Sendo que a União confere o estatuto da cidadania aos nacionais dos respetivos Estados, é perfeitamente natural que as disposições relativas à cidadania tenham um âmbito de aplicação mais restrito que as demais disposições da Carta. Assim, os cidadãos da União gozam de alguns direitos decorrentes das liberdades relacionadas com a realização do mercado interno comunitário, das quais não beneficiam os nacionais de países terceiros. É o caso da liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-membro da União (art. 15.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2). No entanto, o acesso nas mesmas condições às prestações de segurança social e às regalias noutra Estado-membro é garantido a todas as pessoas que residam e que se desloquem legalmente no interior da União nos termos do direito comunitário e das legislações nacionais.
226. Arts. 39.<sup>º</sup> e 40.<sup>º</sup> da Carta.
227. Art. 46.<sup>º</sup> da Carta.
228. O art. 45.<sup>º</sup> relativo à liberdade de circulação e residência reflete esta geometria variável. Assim, o n.<sup>º</sup> 1 tem como destinatários os cidadãos da União, enquanto, no que respeita aos nacionais de países terceiros que residam legalmente no território de um Estado-membro, o n.<sup>º</sup> 2 prevê simplesmente a possibilidade de estender esses direitos em aplicação dos arts. 62.<sup>º</sup> e 63.<sup>º</sup> TCE.
229. Art. 42.<sup>º</sup> da Carta.
230. Art. 43.<sup>º</sup> da Carta.
231. Art. 44.<sup>º</sup> da Carta.
232. Art. 41.<sup>º</sup> da Carta.
233. Art. 24.<sup>º</sup> da Carta.
234. Art. 47.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup> parágrafo, da Carta.

Já os destinatários da Carta são, nos termos do n.º 1 do art. 51.º, «*as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União*». Analisando criticamente o conteúdo do art. 51.º da Carta cabe afirmar que o facto de a Carta se aplicar, em primeiro lugar, às instituições e órgãos da União é uma afirmação praticamente desnecessária, na medida em que o fundamento básico que determinou a sua elaboração foi a falta de um catálogo de direitos fundamentais ao nível do direito da União. Já no que respeita aos Estados, reafirma-se o que resultava da jurisprudência do TJ, de acordo com a qual lhes cabe respeitar os direitos fundamentais definidos no quadro da União, sempre que apliquem o direito da União. Esta obrigação dirige-se tanto ao poder central como regional e local, bem como a outras entidades públicas quando chamadas a aplicar o direito da União. Uma última nota para realçar que, da leitura do art. 51.º, n.º 1, é possível inferir (por derrogação à abordagem horizontal presente na referida disposição) que certos direitos só são aplicáveis às instituições da União. É o caso de determinados direitos enumerados no Capítulo V, relativo à Cidadania<sup>235</sup>.

Também prevista no art. 51.º consta uma das matérias mais debatidas pela Convenção, a do impacto que a Carta poderia ter sobre a esfera de competências atribuídas à União, ou seja, em que medida a consagração de certos direitos no texto da Carta poderia ter como consequência o alargamento das competências da UE. Como foi desde logo realçado, a Carta não seria, em caso algum, um meio camuflado de alargar as competências da União<sup>236</sup>. Assim, o art. 51.º, n.º 2, estipula que a «*Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados*». Em reforço desta cláusula horizontal sobre a repartição de competências entre a União e os Estados-membros no âmbito de aplicação da Carta, o parágrafo 5.º do Preâmbulo sublinha ainda que a «*Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da União e na observância do princípio da subsidiariedade*»<sup>237</sup>.

Seguiu-se a «*cautious approach*» como referem Paul Craig e Gráinne de Búrca para quem a Carta «*is presented not as any source of or basis for positive legislative action, but*

- 
- 235. Veja-se o art. 41.º relativo ao direito a uma boa administração; o art. 42.º relativo ao direito de acesso aos documentos; art. 43.º relativo ao direito de recorrer ao Provedor de Justiça; art. 44.º relativo ao direito de petição ao PE.
  - 236. Esta questão faria eventualmente parte das competências de uma outra instância, ou seja, implicaria um processo formal de revisão dos Tratados, convocando-se para o efeito uma Conferência de Representantes dos Estados membros, uma CIG.
  - 237. De realçar a este propósito a Comunicação da Comissão de Outubro de 2000 – COM (2000) 644, ponto 8 – a Carta não é mais do que o instrumento de controlo do respeito dos direitos fundamentais pelas instituições e pelos Estados membros quando agem no quadro do direito da União, ou seja, no exercício das suas competências. O conteúdo do catálogo dos direitos referidos na Carta não depende do catálogo das competências: um direito fundamental, respeitado pela União enquanto tal, mas em relação ao qual a Comunidade não disponha de qualquer competência legislativa ou executiva, deve ser, apesar de tudo, respeitado pela União no exercício das suas competências.

*simply as a codified or supplemented form of what already exists under ECJ jurisprudence: i.e. a broad set of standards against which EU and Member State action within the scope of existing EU policies and powers is to be judged»<sup>238</sup>.*

No que respeita as relações entre as disposições da Carta e as da CEDH que era, e é, o instrumento principal da ordem pública europeia de direitos fundamentais, o art. 52.º, n.º 3, da Carta, determina que sempre que existir correspondência entre os direitos enunciados na Carta e os garantidos pela CEDH «*o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção*». Enuncia-se, expressamente, que não se reduz a autonomia do direito da União, no que respeita às relações com a Convenção Europeia. Nos termos desta disposição, nada obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla do que o da Convenção. Assim sendo, em caso de conflito entre o disposto num artigo da Carta e um artigo da CEDH, entende-se que os preceitos da Convenção constituem o nível básico de proteção. Ou seja, a interpretação das normas da Carta não pode reduzir o nível de proteção dos direitos fundamentais constantes da Convenção. Para a Carta a Convenção é considerada como o padrão mínimo de garantia dos direitos fundamentais, pelo que sempre que o sentido e âmbito das disposições da Carta não alcançarem a proteção oferecida pela Convenção, o conflito das normas em questão é resolvido em favor desta última. Mas, se pelo contrário, as disposições da Carta oferecerem uma proteção superior à que resulta das correspondentes disposições da Convenção, o conflito de normas é resolvido através da aplicação da Carta. Consagra-se, desta forma, o princípio do nível mais elevado de proteção que constitui o reflexo do compromisso por parte da União com a defesa dos direitos fundamentais e a rejeição da opção pelo mínimo denominador comum.

Assim, os direitos inscritos na Carta, na medida em que «correspondam» a direitos que figuram na CEDH, têm o mesmo sentido e o mesmo âmbito, estando sujeitos, se for caso disso, aos mesmos limites nela definidos. Desta modo fica reduzida a possibilidade de discrepâncias na interpretação e aplicação desses preceitos da Carta pelo TJUE e dos preceitos correspondentes pelo TEDH.

Mas a importância da norma constante do art. 52.º estende-se também ao regime da restrição dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta, visando acautelar e responder à necessidade de (re)afirmar a CEDH como o *standard* mínimo de proteção dos direitos fundamentais na União, a respeitar em todos os casos. Neste sentido, de acordo com o n.º 1, qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta «*deve ser prevista por lei*», «*respeitar o conteúdo essencial desses direitos*», respeitar o «*princípio da proporcionalidade*», ser necessária para prosseguir os «*objectivos de interesse geral reconhecidos pela União*» ou a «*necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros*». Estas condições inspiram-se na jurisprudência do TJ e estão de acordo com as soluções adotadas no texto da CEDH.

238. CRAIG, P., BÚRCA, G., EU Law – Text, Cases and Materials, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 357.

Com a referência às «*tradições constitucionais comuns dos Estados membros*», presente no n.º 4 do art. 52.º, procura-se também, na medida do possível, uma interpretação dos direitos consagrados neste novo catálogo em harmonia (ou seja, equivalente) à adotada a nível nacional.

De entre as disposições horizontais que referimos *supra* destacamos, agora, a que diz respeito à remissão para as anotações interpretativas, constante do art. 52.º, n.º 7, que estabelece que a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-membros tendo na devida conta as Anotações elaboradas sob autoridade do *Praesidium* da Convenção que redigiu a Carta e atualizadas sob a responsabilidade do *Praesidium* da Convenção Europeia.

O objetivo inicial da previsão, na Carta, de uma norma como a do art. 53.º relativa ao «*Nível de protecção*» dos direitos fundamentais, não foi o de resolver quaisquer problemas que pudessem resultar da necessária e inevitável interconexão entre o ordenamento jurídico da União e os ordenamentos dos Estados-membros. A intenção era, simplesmente, esclarecer a relação entre as disposições da Carta e a CEDH, ou seja, servir como ditame de coordenação entre a União e a Convenção, contribuindo para a criação de uma verdadeira ordem pública europeia de direitos fundamentais, sempre em pleno respeito pela autonomia da ordem jurídica da União e do TJ.

### 3.2. O CONTEÚDO DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

A Carta com um total de 54 artigos, contém o que o Conselho Europeu de Colónia tinha previsto e que foi designado por «três cabazes» de direitos: o dos direitos civis e políticos<sup>239</sup>, o dos direitos dos cidadãos e finalmente o terceiro dos direitos económicos e sociais<sup>240</sup>. Reúne e funde num único texto todos os direitos

- 
239. Os direitos civis inspiram-se na CEDH e nos seus protocolos, embora não se confinando aos direitos que aí constavam, bem como nos princípios constitucionais aos Estados membros. Houve uma grande preocupação, por parte da Convenção encarregue de redigir o texto da Carta, de assegurar uma homogeneidade entre esta e a CEDH, para evitar o desenvolvimento de conceções divergentes dos direitos fundamentais com base nos dois catálogos, em especial caso se efetivasse a posterior adesão das Comunidades à Convenção do Conselho da Europa de 1950. Referem-se nomeadamente à proteção dos direitos judiciais clássicos, tais como a proteção da vida privada e familiar ou a liberdade de expressão. Estão igualmente previstas disposições sobre a não discriminação.
240. O mandato de Colónia referiu expressamente que a Carta teria de regular os direitos económicos e sociais. No entanto havia que fazer uma triagem entre os direitos subjetivos elegíveis para uma integração na Carta e os direitos de natureza programática, que dela seriam excluídos. O mandato solicitava que fossem tidos em consideração os direitos enunciados na Carta Social Europeia e na Carta comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, precisando que não deveria ser incluído na Carta o que releva unicamente dos objetivos de ação da União. A verdade é que pese embora fosse um domínio já devidamente consolidado a nível comunitário, as primeiras discussões realizadas na Convenção

das pessoas: direitos civis e políticos clássicos, os designados direitos de «primeira geração», direitos dos cidadãos consagrados nos Tratados e direitos económicos e sociais fundamentais. Desta forma os redatores da Carta aplicaram, da forma mais clara possível, o princípio da indivisibilidade dos direitos e impediram qualquer interpretação que pretendesse conferir aos direitos económicos e sociais um estatuto menos digno do que o que assiste aos direitos civis e políticos.

Pondo de lado a distinção clássica, até então estabelecida nos textos europeus e internacionais, entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos económicos e sociais, por outro «a Carta enumera todos os direitos e liberdades que corporizam os valores comuns da União em torno de algumas noções e princípios essenciais de base, a saber, a dignidade (humana), as liberdades (fundamentais), a igualdade (entre as pessoas), a solidariedade, a cidadania e a justiça»<sup>241</sup>. Douglas-Scott escreve que «[t]here are plenty of rights here. The Charter has, for example, at least twice as many rights as the Declaration of Fundamental Rights adopted by the European Parliament in 1989, and about three times as many as the ECHR (without its Protocols)»<sup>242</sup>. Para o referido Autor enunciam-se os direitos em torno de «names that are meaningful and easy to remember»<sup>243</sup>. A estrutura e a apresentação dos direitos adotada pela Carta constitui um dos seus aspetos inovadores<sup>244</sup>. Trata-se de

puseram claramente em evidência as dificuldades para se chegar a um consenso na matéria. Alguns membros sublinhavam que o facto de ser demasiado ambicioso nesta matéria poderia comprometer o êxito da Carta; outros consideravam, pelo contrário, que o «cabaz» dos direitos sociais deverá ser suficientemente preenchido para assegurar o êxito futuro da Carta, tanto a nível dos decisores como da opinião pública, cujas expectativas são grandes relativamente a este ponto. O objetivo dos trabalhos da Convenção consistiu, em primeiro lugar, em identificar os direitos sociais já existentes em todos os Estados membros, à luz dos textos a que o mandato de Colónia se referia, mas igualmente do direito comunitário derivado e das fontes de direito internacional, como as convenções celebradas no seio da OIT. Depois surgiu uma dupla dificuldade: fazer uma seleção entre os direitos elegíveis para a incorporação na Carta com base no critério anteriormente referido e (na perspetiva de uma Carta juridicamente vinculativa) estabelecer uma nova distinção entre os direitos subjetivos que integram o âmbito de competência da União em matéria social e que podem, por conseguinte, produzir efeitos jurídicos diretos e os que, então, se encontravam excluídos deste âmbito de competências, nomeadamente à luz do art. 137.º TCE, no que se refere às remunerações, ao direito de associação ou ao direito à greve. A aplicação destes direitos deverá continuar a pertencer exclusivamente ao direito dos Estados membros uma vez que, da Carta não poderia resultar um alargamento das competências da União.

- 241. MONTEIRO, S., La configuración jurídico-política de la ciudadanía de la Unión Europea: Europa de los ciudadanos e identidad europea, (Tese de Doutoramento não publicada). Universidad de Extremadura, Espanha, 2015, p. 244.
- 242. DOUGLAS-SCOTT, S., Constitutional Law of the European Union, Essex, Pearson Educational Limited, Longman, 2002, pp. 474-475.
- 243. DOUGLAS-SCOTT, S., Constitutional Law of the European Union, Essex, Pearson Educational Limited, Longman, 2002, p. 475.
- 244. De referir a posição de Maria Luísa Duarte que divide os direitos enunciados na Carta em dois grupos. No primeiro, o dos direitos que, por via pretoriana, foram reconhecidos e recebidos no ordenamento comunitário e que por esse facto fazem parte do «bloco de

direitos distintos, facilmente identificados, em função dos seus próprios interesses imediatos.

Esta análise sobre o quadro jurídico de proteção dos direitos fundamentais na União não poderia terminar sem uma apresentação, meramente enunciativa, dos direitos previstos na CDFUE. Assim, incluem-se no Título I relativo à *Dignidade*<sup>245</sup>, direitos como a dignidade do ser humano, o direito à vida e à integridade do ser humano, a proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos e degradantes assim como a proibição da escravatura e do trabalho forçado. Nas *Liberdades*<sup>246</sup> prevêem-se o direito à liberdade e à segurança, o respeito pela vida privada e familiar, a proteção de dados pessoais, o direito de contrair casamento e de constituir família, a liberdade de pensamento, consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de reunião e de associação, a liberdade das artes e das ciências, a liberdade profissional e o direito de trabalhar, a liberdade de empresa, o direito à educação, o direito de propriedade (incluindo a propriedade intelectual), o direito de asilo e a proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição. No título da *Igualdade*, para além da consagração do princípio geral da igualdade perante a lei e da não discriminação e da igualdade entre homens e mulheres, encontram-se previsto o respeito pela diversidade cultural, religiosa e linguística e os direitos de alguns grupos vulneráveis, como as crianças, as pessoas idosas e as pessoas com deficiência. No que tange a *Solidariedade*<sup>247</sup> prevê-se o direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa, a condições de trabalho justas e equitativas, o direito de negociação e de ação coletiva assim como o direito de acesso aos serviços de emprego, a beneficiar de segurança social e assistência social e a proteção em caso de despedimento sem justa causa. Proíbe-se o trabalho infantil e protege-se os jovens no trabalho, bem como se assegura a conciliação entre a vida familiar e profissional. Por fim, inclui-se, ainda no domínio da solidariedade, a proteção da saúde, do ambiente, a defesa dos consumidores e o acesso a serviços de interesse económico geral. No título V dedicado à *Cidadania*, para além dos direitos dos

---

legalidade» que condiciona a actuação das instituições ou entidades, nacionais ou da União, no âmbito de aplicação do direito da União. Incluem-se neste grupo os designados direitos civis (respeito da vida familiar, liberdade de expressão e de informação, direito de propriedade) mas também os direitos culturais e económicos. No segundo grupo, estão incluídos direitos que, de acordo com a autora, fogem à lógica da especificidade comunitária ou da União. A sua inclusão no texto da Carta insere-se no objetivo de «constitucionalização» da ordem jurídica da UE, no sentido da sua identificação com o paradigma estadual. São direitos que fugindo à lógica funcionalista das Comunidades, não entram no campo potencial de violação, por acção ou omissão, das instituições comunitárias. Incluem-se neste grupo o direito à dignidade inherente à condição do ser humano, o direito à vida, à proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanas ou degradantes, à proibição da escravidão. Ou ainda direitos como o de contrair casamento e constituir família ou os direitos derivados da justiça penal. DUARTE, M. L., Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, *op. cit.*, pp. 264 e 265.

245. Arts. 1.<sup>º</sup> a 5.<sup>º</sup> da Carta.

246. Arts. 6.<sup>º</sup> a 19.<sup>º</sup> da Carta.

247. Arts. 20.<sup>º</sup> a 38.<sup>º</sup> da Carta.

cidadãos da União enunciados na Parte II do TFUE dedicado à «*Não discriminação e Cidadania da União*», a saber: direito de circulação e permanência, direitos de participação política, ou seja, de elegibilidade ativa e passiva nas eleições municipais e para o PE, o direito de petição ao PE, o direito de recurso ao Provedor de Justiça, o direito de proteção diplomática e consular, o direito de acesso aos documentos das instituições (direito não incluído, estruturalmente na Parte II do TFUE) e, por fim, o direito a uma boa administração que inclui, entre outros o direito dos cidadãos se dirigirem às instituições numa das línguas oficiais e de obterem uma resposta na mesma língua. Englobados no domínio da *Justiça* enuncia-se o direito à tutela judicial efetiva e a um tribunal imparcial, o princípio da presunção da inocência e o respeito pelos direitos de defesa, os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas e, por fim, o princípio *non bis in idem*.

#### 4. REFLEXÕES FINAIS

A consagração dos direitos humanos na Europa é contemporânea da integração europeia. Ainda que o início das Comunidades Europeias tivesse sido dominado pelo económico, cedo se começaram a perspetivar as implicações jurídico-políticas da integração europeia, com claros e inevitáveis efeitos nos direitos das pessoas. Perante a ausência de normas nos Tratados relativas aos direitos humanos coube ao órgão jurisdicional das Comunidades Europeias a inestimável tarefa de construção das bases do edifício comunitário de proteção dos direitos fundamentais. Pese embora, numa primeira fase, designada de «agnosticismo valorativo»<sup>248</sup>, o TJ ter adotado uma posição que podemos qualificar de positivista no que diz respeito às normas a aplicar, e (simultaneamente) dogmática, no que tange a defesa do primado do direito comunitário; a posição restritiva do Tribunal foi abandonada, em favor do princípio (superior) da tutela dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário. Os direitos fundamentais foram considerados princípios gerais de direito comunitário e para a determinação concreta do seu conteúdo específico, o Tribunal recorria às tradições constitucionais comuns dos Estados-membros, bem como dos textos internacionais de referência.

Como vimos esta mudança de entendimento verificada na jurisprudência do TJ pode ser entendida com base em duas ordens de razões: por um lado, a percepção por parte do órgão jurisdicional de que o alargamento das áreas de atuação da União poderia provocar situações em que os direitos fundamentais dos particulares seriam afetados, pelo que na ausência de normas nos Tratados competia-lhe encontrar os meios necessários para garantir a sua proteção; por outro lado, este ativismo judiciário em matéria de direitos fundamentais, não pode deixar de ser considerado no contexto específico do relacionamento entre as ordens jurídicas comunitária e nacional. Esta mudança de entendimento deveu-se, em grande parte, ao receio de que os tribunais nacionais, em especial, os tribunais constitucionais, ou mesmo o

248. DUARTE, M., «A União Europeia e os Direitos Fundamentais. Métodos de protecção», Portugal Brasil Ano 2000, Tema Direito, Studia Iuridica, (1999), Vol. 40, p. 27.

TEDH, colocassem em causa o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, afirmando a sua competência para apreciar a validade das normas comunitárias à luz dos respetivos catálogos de direitos – competência esta que o TJ sempre entendeu estar-lhe reservada. Este entendimento comprometeria o «superior» princípio da uniformidade da ordem jurídica comunitária.

Pelo exposto, o trabalho realizado pelo TJ, desde o *Ac. Stauder*, até aos nossos dias tem sido notável, na medida em que abriu a ordem jurídica comunitária à relevância conformadora dos direitos fundamentais tendo procurado no quadro dos meios contenciosos e processuais previstas nos Tratados, garantir o seu respeito em caso de violação por parte das entidades europeias ou nacionais, mas sempre no âmbito de aplicação do direito da União. O TJ, exercendo a competência própria de um Tribunal Constitucional, foi formulando um catálogo não escrito de direitos fundamentais, cada vez mais preciso e consistente.

O ativismo judicial foi secundado pelas outras instituições comunitárias e constitucionalizado em sede de direito originário. A proclamação da CDFUE, no dealbar do novo milénio, surge não apenas como uma necessidade, mas acima de tudo como uma inevitabilidade. Surge como a evolução na continuidade, corporizando os valores comuns que inspiram a própria essência das sociedades democráticas e conformando a UE como uma verdadeira entidade de Direito. Para Assunção Esteves e Noémia Pizarro, a «Carta é a celebração de um activismo sem precedentes na luta pelos direitos humanos, esse mesmo que abre as portas da Europa para o mundo. Supremo ideal na política interna e externa da União Europeia, razão de ser que nos faz compreender a Europa muito para além dos limites das suas fronteiras»<sup>249</sup>.

Uma União Europeia unida deve assumir, sem hesitações, o forte compromisso de respeitar e fazer respeitar, interna e externamente, os direitos fundamentais.

E o sistema de proteção de direitos fundamentais na União é caracterizado por Ana Maria Guerra Martins como um sistema de proteção multinível, tendo em conta «três níveis de normas e de instituições que se justapõem, influenciam e interagem, com o intuito de atingir um grau mais elevado de proteção dos direitos fundamentais»<sup>250</sup>. Especificamente, esses três níveis de normas decorrem das normas nacionais, em especial das normas constitucionais, das normas da UE e das normas do Direito Internacional, nomeadamente as da CEDH.

---

249. ESTEVES, A. e PIZARRO, N., *O Tratado de Lisboa – Prefácio*, Chamusca, Edições Cosmos, 2008, p. 16.

250. MARTINS, A., *Manual de Direito da União Europeia*, 2.ª Edição, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2019, p. 259.

## *Capítulo 3*

# La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su mecanismo de protección

ANDRÉS ROUSSET SIRI<sup>251</sup>  
WALTER ARÉVALO RAMÍREZ<sup>252</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SISTEMA INTERAMERICANO: MARCO NORMATIVO Y PROCEDIMENTAL. 3. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 4. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 5. PROYECCIONES EN ESTA OBRA.

### 1. INTRODUCCIÓN

«Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros» señala el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, firmada en Bogotá (Colombia) el 30 de abril de 1948, convirtiéndose así en el primer instrumento jurídico sobre derechos humanos, seguido luego por otros tantos, tan relevantes como este, a lo largo de los años siguientes.

Ese mismo día se firmó la Carta de la Organización de los Estados Americanos (organización regional) con el fin de que sus integrantes procuren un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. En ese mismo texto, se estableció una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya función prin-

- 
- 251. Abogado. Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos (Universidad de Alcalá), Doctor en Derecho con mención de honor (UNCuyo), Profesor de la cátedra de Derechos Humanos, UNCuyo (Argentina). Coordinador de la carrera de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.
  - 252. Profesor principal de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia). Máster en Derecho Internacional y asistente de investigación de la Stetson University College of Law, especialista en Derecho Constitucional, abogado y politólogo de la Universidad del Rosario, Doctor en Derecho *summa cum laude* de la Universidad del Rosario.

cipal, era la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la organización en esta materia. El esquema de protección se completaría décadas después con la firma de la Convención Americana sobre derechos humanos y el establecimiento de una Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

La intención de este trabajo es presentar las principales notas de lo que se conoce como «Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos» (dentro de las competencias generales de la OEA) y su marco normativo, sin ingresar – por cuestiones de metodología y espacio – en el recuento histórico de las sucesivas reformas a la carta de la OEA y de la firma de tratados que condujeron a su actual estructura<sup>253</sup>.

## 2. SISTEMA INTERAMERICANO: MARCO NORMATIVO Y PROCEDIMENTAL

Salvioli y Faúndez Ledesma describen al Sistema Interamericano desde su faz normativa y procedural<sup>254</sup>. Siguiendo a los autores propuestos, se pueden distinguir tres planos de análisis: normativo (o instrumental), orgánico y procedural.

El primero alude al marco normativo regional interamericano. Este está organizado por un conjunto de disposiciones de distinta naturaleza (cartas, declaraciones, tratados, reglamentos) que fueron abordando en el tiempo las distintas problemáticas que enfrentaba la región en materia de derechos humanos.

A modo de presentación, podemos agruparlos siguiendo un criterio cronológico/temático:

La Carta de la OEA (1948), puso en marcha el Sistema, mientras que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) establecieron los derechos reconocidos a cada persona dentro de la jurisdicción de los Estados parte y los órganos de supervisión de esos derechos.

- 
253. Se puede compulsar a tales efectos: GROSSMAN, C., «Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos», en La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, editado y presentado por NIETO NAVIA, R., Corte IDH, (1994), pp. 245-262; CANÇADO TRINDADE, A. A., «El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-2002)», en GOMEZ ISA, F. & PUREZA, J., La protección de los derechos humanos en los albores del siglo XXI, Universidad de Deusto, Bilbao, (2004), p. 505, o GOLDMAN, R., «History and Action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights», en Human Rights Quarterly 31 (2009), pp. 856-887.
254. SALVIOLI, F., El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, 2020, p. 39; y FAÚNDEZ LEDESMA, H., El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales, IIDH, San José, 2004, p. 27.

A su vez, Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene dos protocolos adicionales: el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –conocido como Protocolo de San Salvador– (1988) y el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990).

Este marco se completó más recientemente con otros tratados regionales específicos, que protegen situaciones de vulnerabilidad concretas, o bien, buscan erradicar prácticas contrarias a los derechos humanos. Estos son: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer –conocida como Convención de Belem do Pará– (1994), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (ambas del año 2013) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015).

Adicionalmente, el Sistema cuenta con una Carta Democrática Interamericana (2011) que tiene por finalidad procurar el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática en los Estados de la región.

Desde lo orgánico, la protección internacional, en el ámbito interamericano, está a cargo de dos órganos superpuestos con origen diferente<sup>255</sup>, y competentes para analizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>256</sup>.

Finalmente, desde lo procedural, tanto la Comisión como la Corte se rigen por la Convención Americana, los estatutos y reglamentos vigentes de ambos órganos.

Ambos órganos, con sus diferencias, poseen competencia para dirimir conflictos y hacer recomendaciones o imponer reparaciones, dictar medidas precautorias y servir de órgano de consulta.

De esta manera, queda configurado un sistema de protección de base convencional, dotado de un procedimiento que involucra dos órganos que requiere la

---

255. CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th edition, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 635. La Comisión Interamericana, de naturaleza no jurisdiccional, es un órgano principal de la OEA, creada en el año 1959 por resolución de la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores y que adquirió la competencia para recibir peticiones individuales en el año 1967 con el Protocolo de Buenos Aires. A su turno, la Corte Interamericana nació un tiempo después, con la Convención Americana, y es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana y del resto de los tratados que conforman el marco normativo.

256. Artículo 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

ratificación de la Convención Americana y la aceptación de la cláusula de reconocimiento como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial de la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención<sup>257</sup>.

Ahora bien, no todos los Estados han avanzado en estas etapas de la misma manera.

En efecto: *i)* Los 35 Estados Americanos que han firmado la Carta de la Organización de los Estados Americanos, son parte de esa organización internacional y han firmado la Declaración Americana; *ii)* 23 Estados americanos han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos; *iii)* 20 Estados americanos han ratificado la Convención y han aceptado la competencia de la Corte Interamericana.

Recordando los datos arriba expuestos, aquellos Estados parte de la OEA que no han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, se rigen por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Comisión Interamericana puede supervisar su cumplimiento. Por ejemplo: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos de América, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucia, St. Vicente y Grenadines. En el caso de aquellos Estados parte de la OEA que sí han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos pero que no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, se rigen por la Convención y la Comisión Interamericana puede supervisar su cumplimiento y declarar la responsabilidad internacional de un Estado con base en dicha norma sin poder remitir el caso ante la Corte Interamericana. Es el caso de Jamaica, Dominica y Grenada.

Para el caso de aquellos Estados partes de la OEA que han ratificado la Convención Americana y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, se van a regir por ese tratado, el procedimiento iniciará ante la Comisión quien podrá optar –como se verá más adelante– por remitir el caso a la Corte Interamericana, y el procedimiento tramitará ante el órgano jurisdiccional. Es el caso de Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay.

Finalmente, los Estados que han ratificado la Convención Americana y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana pero que luego denunciaron el tratado, como Venezuela y Trinidad y Tobago, se regirán como en el primer supuesto, esto es, se podrá alegar violaciones a la Declaración Americana y sólo podrá intervenir la Comisión Interamericana.

257. Artículo 62.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: «Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención».

### 3. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia<sup>258</sup>.

En el Asunto Viviana Gallardo vs. Costa Rica<sup>259</sup>, el ex Juez de la Corte Interamericana, Piza Escalante señaló –en su voto razonado– que la Comisión Interamericana que no tiene nunca la condición de parte sustancial, actora ni demandada, sino siempre la de parte *sui generis*, puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un «ministerio público» del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La Comisión Interamericana cumple su función de promover y proteger los derechos humanos –no solo a través del sistema de peticiones individuales– sino también como señala Rodríguez Pinzón<sup>260</sup> a través de herramientas político-diplomáticas que funcionan como elemento de presión internacional, visibilizando patrones de violaciones a los derechos humanos aun en casos que no están en trámite ante ella.

Esto le permite generar una gran cantidad de informes que se encuentran en su sitio web y son de acceso público. Entre estos insumos, encontramos los informes por país, donde se condensa el resultado de las visitas *in loco* en diversos Estados de la OEA<sup>261</sup> y los informes temáticos sobre problemáticas específicas, por ejemplo, movilidad humana, personas privadas de libertad, pobreza, adultos mayores, entre otros temas. Finalmente, podemos mencionar su propio informe anual, donde se incluyen datos sobre el trámite de peticiones, las actividades realizadas en relación con la Corte Interamericana y con otros órganos de derechos humanos, los informes temáticos realizados y la actividad de las relatorías<sup>262</sup>, como así también cuestiones administrativas y financieras.

Por otro lado, el Sistema de protección permite que personas individuales o Estados parte presenten peticiones (denuncias) ante la Comisión Interamericana<sup>263</sup>.

258. Artículo 1 de su estatuto y artículo 1 de su reglamento.

259. Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Serie A No. 101.

260. RODRÍGUEZ PINZÓN, D., «La Comisión Interamericana de Derechos Humanos», en NIKKEN, P., Lo humano como Derecho: De lo internacional a lo local, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello (2016).

261. Artículos 39 y 53 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

262. La Comisión cuenta con once relatorías sobre pueblos indígenas (1990), derechos de la mujer (1994), personas migrantes (1996), libertad de expresión (1997), niños, niñas y adolescentes (1998), defensores de derechos humanos (2001), personas privadas de libertad (2004), personas afrodescendientes y contra la discriminación racial (2005), LGBTI (2014), derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (2017), memoria, verdad y justicia (2019), personas mayores (2019), personas con discapacidad (2019) que elaboran recomendaciones especializadas dirigidas a los Estados Miembros de la OEA y asesora a la Comisión en el trámite de peticiones.

263. De conformidad con los artículos 44 y 45 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El procedimiento contencioso ante la Comisión Interamericana está dividido en cuatro etapas procesales: revisión inicial, admisibilidad, méritos (fondo) y remisión del caso a la Corte Interamericana (si así lo decidiera la Comisión como se explicará más adelante).

La revisión inicial, implica que la Secretaría Ejecutiva, recibirá y procesará las peticiones que le sean presentadas y aquellas que superen dicha revisión inicial son notificadas al Estado<sup>264</sup>, iniciándose con dicho trámite la etapa de «admisibilidad» que culminará con un informe donde la Comisión Interamericana verifica si tiene competencia personal, en razón del tiempo, de la materia y del lugar, y si la petición cumple con los requisitos de admisibilidad que se requieren convencionalmente<sup>265</sup>.

En la etapa de méritos (fondo), si la Comisión Interamericana determina que existe responsabilidad internacional emitirá un informe preliminar<sup>266</sup> que se le notificará al Estado, allí se le hace saber tal decisión y se le fija un plazo para el cumplimiento de las recomendaciones adoptadas por tal declaración de responsabilidad. Si en el plazo conferido, el Estado no da cumplimiento a las recomendaciones dadas por la Comisión, esta puede optar entre dos vías: o publica el informe reservado, ahora como informe final -regulado en el artículo 51 de la Convención Americana-, supervisando ella misma las recomendaciones adoptadas, o bien, como segunda opción, puede remitir el caso a la Corte Interamericana, justificando esta decisión fundamentalmente en la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos: a. la posición del peticionario; b. la naturaleza y gravedad de la violación; c. la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y d. el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros<sup>267</sup>.

#### **4. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Este Tribunal Internacional es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>268</sup>.

La misma está compuesta por siete integrantes (Jueces y Juezas), nacionales de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos<sup>269</sup>.

- 
- 264. Artículos 26, 27, 28 y 29.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
  - 265. Artículo 44 y ss. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 30 y 36.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
  - 266. Artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
  - 267. Artículo 45 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
  - 268. Artículo 1 estatuto y 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
  - 269. Artículo 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana tiene convencionalmente asignada tres competencias: contenciosa, consultiva y cautelar.

La primera, solo puede ser iniciada por la Comisión Interamericana o por el Estado demandado<sup>270</sup> y se extiende hasta el cumplimiento total de las medidas de reparación ordenadas en la sentencia.

Aquí, se plantea también una instancia de admisibilidad, donde el Tribunal debe analizar si es competente en razón del tiempo, de la materia, del lugar y de las personas, los requisitos de admisibilidad y todo planteo que el Estado formule en relación con el trámite ante la Comisión<sup>271</sup>. Superada esta instancia, y rechazadas total o parcialmente las excepciones preliminares planteadas por el Estado, se ingresa a la etapa de méritos (fondo), allí, se producirá prueba, se escuchará a las partes y se tomará una decisión al respecto.

Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en el marco de su competencia contenciosa son obligatorias, definitivas e inapelables, quedando firmes una vez notificadas a las partes<sup>272</sup>. En esa misma sentencia o en un momento posterior (actualmente todo el procedimiento se plasma en una sola sentencia), la Corte Interamericana se pronuncia sobre las reparaciones que correspondan en el caso<sup>273</sup>.

En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes<sup>274</sup>, –sin que esto implique suspender la ejecución de la sentencia–, dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo y no se pretenda impugnar el mismo por esta vía.

Las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana en sus sentencias, constituye uno de los rasgos más sobresalientes del Tribunal en al ámbito del derecho internacional, por su extensión, por la especial posición de la víctima en su diseño y por la intervención de Tribunal tanto en el dictado de las medidas, como en la supervisión del cumplimiento de las mismas y admite las siguientes variables, que coexistirán en la medida que sean necesarias para reparar la violación declarada y sea procedente: a) Restitución, b) Indemnización (admite diversas modalidades e incluye las costas), c) Proyecto de vida, d) Rehabilitación, e) Investigación de los hechos y sanción de los responsables f) Medidas de satisfacción y garantías de no satisfacción.

La supervisión del cumplimiento de lo ordenado en la sentencia recae en cabeza de la Corte Interamericana, la que desplegará diversas acciones para acompañar

- 
- 270. Artículo 61.1 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
  - 271. Por ejemplo, diferencias entre las víctimas identificadas en el informe del artículo 50 respecto de aquellas mencionadas por la representación de las víctimas en su escrito de solicitud, argumentos y pruebas.
  - 272. Todo ello de conformidad con los artículos 67, 68.1 y 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
  - 273. Cf. Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
  - 274. Cf. Artículo 67.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ese proceso que irán desde pedidos de informes a las partes, audiencias, recomendaciones para la inducción al cumplimiento hasta la denuncia de los casos de incumplimiento a la Organización de Estados Americanos<sup>275</sup>.

La Corte Interamericana emite sentencias específicas sobre supervisión donde condensa la información recabada y el avance en el cumplimiento, lo que luego se describe y compila en su informe anual. Conforme el artículo 65 de la ACHR, la Corte Interamericana debe remitir cada año un informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en el que señale –entre otras cosas– de manera especial los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Como se adelantó, la Corte Interamericana tiene convencionalmente asignada también una función de consulta<sup>276</sup> para los Estados y órganos de la Organización de Estados Americanos que posee una doble finalidad: por un lado, permite desentrañar el alcance y contenido de los instrumentos internacionales del sistema interamericano, y por el otro, analizar la compatibilidad de una ley nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este doble alcance de la función consultiva debe traducirse asimismo en términos de legitimación. En el primer caso –interpretación de la Convención u otros tratados– podrán solicitarla los Estados miembros de la OEA y los órganos a los que se refiere el capítulo X de la Carta de la OEA (Asamblea General de la OEA, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos, el Comité Jurídico Interamericano, La Comisión Interamericana, la Secretaría General, las Conferencias especializadas y los organismos especializados), sólo en aquellas cuestiones que le competen podrán efectuar solicitudes en tal sentido, mientras que en el segundo supuesto –compatibilidad de leyes internas– sólo los Estados miembros de la OEA pueden someter a la Corte Interamericana por esta vía el examen de compatibilidad al que se ha hecho referencia.

Las Opiniones Consultivas han sido de especial relevancia en el Sistema Interamericano<sup>277</sup>, toda vez que han permitido establecer criterios sustantivos y procedimentales en temas que aún no han sido objeto de su competencia contenciosa, como es –por ejemplo– la protección del medio ambiente<sup>278</sup>, y en otras ha contribuido

---

275. Para ampliar, ver: ARÉVALO RAMÍREZ, W., ROUSSET SIRI, A., «Resistencia y retroceso (backlash) contra las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estudio de 11 casos de reacciones de los Estados a la autoridad del tribunal y la recusación de jueces en el caso “Bedoya Lima”», en ACDI– Anuario Colombiano de Derecho Internacional 16 (2023), p. 5.

276. Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

277. AREVALO-RAMIREZ W, ROUSSET SIRI A., «Compliance with Advisory Opinions in the Inter-American Human Rights System», en AJIL symposium: The Contours and Limits of Advisory Opinions, Cambridge University Press, 117 (2023), pp. 298-302.

278. ABELLO-GALVIS R, AREVALO-RAMIREZ W., «Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection», en Review of European, Comparative and International Environmental Law, 28 (2019), pp. 217-222.

a la consolidación de reglas de procedimiento (por ejemplo, las opiniones consultivas n.º 11 y 15 que refieren a aspectos del trámite ante la Comisión o ante la Corte).

Finalmente, cabe señalar que la Corte Interamericana tiene una competencia cautelar y comprende las medidas provisionales que puede adoptar el Tribunal cuando se acredita una situación de extrema gravedad, urgente y que sean necesarias para evitar daños irreparables a las víctimas<sup>279</sup>.

Ha dicho la Corte Interamericana que las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar, en el sentido que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, pues protegen derechos humanos al evitar daños irreparables a las personas<sup>280</sup>. Respecto al carácter cautelar, las medidas provisionales tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta que se resuelva la controversia<sup>281</sup>. Por su parte, el carácter tutelar implica que la Corte puede ordenarlas aun cuando no exista propiamente un caso contencioso en el Sistema Interamericano, en situaciones que, *prima facie*, puedan tener como resultado una afectación grave e inminente de derechos humanos<sup>282</sup>.

## 5. PROYECCIONES EN ESTA OBRA

Estas líneas, tienen por objeto presentar en términos generales al Sistema Interamericano en su faz normativa y orgánica.

No ha sido intención profundizar en estos temas, en razón de contar con aportes específicos relacionados con las cuestiones de admisibilidad y competencia (Emilia Corral y Mario López Garelli), sobre competencia contenciosa de la Corte Interamericana (Cristian Sommer) y reparación (Yuria Saavedra Álvarez). En igual sentido, caben destacar los aportes en materia de competencia consultiva –en clave comparativa con el sistema europeo– (a cargo de Fabian Salvioli) y en materia de medidas cautelares (Daniel Rodríguez Infante).

---

279. El artículo 63.2 de la Convención Americana dispone que, en «casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas», la Corte podrá, en los asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, a solicitud de la Comisión, ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes.

280. Corte IDH. Asunto Salas Arenas y otros respecto de Perú. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2023, Considerando 3.

281. Corte IDH. Asunto Monseñor Rolando José Álvarez Lagos respecto de Nicaragua. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de junio de 2023, Considerando 2.

282. Corte IDH. Asunto Integrantes del Centro Nicaragüense de Derechos Humanos y de la Comisión Permanente de Derechos Humanos (CENIDH-CPDH) respecto de Nicaragua. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de octubre de 2019, Considerando 19.



## *Capítulo 4*

# La competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CHRISTIAN G. SOMMER<sup>283</sup>  
AGUSTINA N. VÁZQUEZ<sup>284</sup>

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 1.1. *Genesis*. 1.2. *Composición*. 2. COMPETENCIAS. 2.1. *La Competencia contenciosa*. 2.2. *¿Qué analiza la Corte en su competencia contenciosa?* 2.3. *Las medidas provisionales*. 3. FUNCIONAMIENTO. 3.1. *¿Cómo llega un caso ante la Corte IDH?* 3.2. *Periodo de sesiones*. 3.3. *Audiencias*. 3.3.1. *Fase escrita inicial*. 3.3.2. *Fase escrita final*. 3.3.3. *Los terceros en el proceso: presentaciones de amicus curiae*. 3.3.4. *Soluciones amistosas*. 3.3.5. *La fase oral*. 3.4. *Sentencias*. 3.5. *Reparaciones*. 3.6. *Interpretación de las sentencias*. 3.7. *Supervisión de cumplimiento*. 4. CONCLUSIONES.

### 1. PRESENTACIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos existentes en el mundo junto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En nuestro hemisferio, la Corte IDH es el

- 
283. Abogado y Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Magíster en Migraciones Internacionales (Pontificia Universidad de Comillas, España). Abogado litigante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Profesor titular e investigador en Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor e investigador en Derecho Internacional y Director del Instituto de Derechos Humanos «Xabier Gorostiaga» (Universidad Católica de Córdoba) y Profesor Titular Disciplinar de Derecho Internacional Público (Universidad Siglo 21). Miembro de los Institutos de Derecho Internacional Público de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Miembro de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional y Asociado del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional.
284. Abogada y Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires – University of London). Maestro en Derecho Internacional y Desarrollo (University of London). Profesora e investigadora (Universidad de Universidad Argentina de la Empresa, Universidad de Flores y la Universidad de Palermo). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Argentina).

órgano judicial mientras que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) es el órgano quasi jurisdiccional encargado del primer control sobre su aplicación por los Estados, según reseña Nikken<sup>285</sup>.

Ambas instituciones conforman el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Como institución judicial autónoma, la misión de la Corte IDH es aplicar e interpretar la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante CADH o Pacto de San José), así como otros tratados interamericanos nacidos en el seno de la OEA en materia de Derechos Humanos: La Declaración Americana de Derechos del Hombre, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); la Convención Interamericana contra la Desaparición de Personas y la Convención Interamericana sobre Violencia hacia las Mujeres (o Convención de Belém do Pará), Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y más recientemente la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas mayores, entre otros.

Con más de 40 años protegiendo derechos humanos, la Corte IDH fue formalmente establecida el 3 de septiembre de 1979 y tiene su sede en la ciudad de San José de Costa Rica a partir de la celebración del acuerdo sede.

Actualmente 20 Estados mantienen el reconocido de la competencia contenciosa de la Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

## 1.1. GENESIS

En noviembre de 1969 –recuerda Segovia Azucás– se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la CADH, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA<sup>286</sup>.

Este tratado regional es obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él y representa la culminación de un proceso que se inició a finales de la Segunda Guerra Mundial y que encuentra un hito en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes de del Hombre*, aprobada unánimemente en la región por los Estados Miembros de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948.

---

285. NIKKEN, P., «La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», Instituto de Investigaciones Jurídicas la UNAM [Internet], 2003, 1, pp. 161-84. <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/5.-Pedro-Nikken-Função-consultiva.pdf>

286. SEGOVIA AZUCAS, M., «La defensa pública en el sistema interamericano de Derechos Humanos», Asunción, en Revista Académica la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, (2018), pp. 261-79.

Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del ser humano en el continente americano, la CADH instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>287</sup>. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros.

Sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la CADH, lo cual sucedió el 22 de mayo de 1979. En el séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, se eligieron por primera vez a los juristas que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte IDH se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.

Durante el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA fue aprobado el Estatuto de la Corte IDH y, en agosto de 1980, la Corte aprobó su Reglamento, el cual incluye las normas de procedimiento. Dicho Reglamento ha tenido diversas modificaciones posteriores<sup>288</sup> en 1991, 1996, 2000, 2003 y el más reciente de 2009<sup>289</sup>.

El 10 de septiembre de 1981 el Gobierno de Costa Rica y la Corte IDH firmaron un Convenio de Sede, aprobado mediante Ley No. 6889 del 9 de septiembre de 1983, que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte IDH, de los jueces, del personal y de las personas que comparezcan ante ella.

## 1.2. COMPOSICIÓN

La Corte IDH está integrada por 7 jueces nacionales de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. Esto obedece a lo prescripto en el artículo 52 de la CADH<sup>290</sup>. En el artículo 53 se detalla el procedimiento para

- 
- 287. Sobre aspectos de su funcionamientos y decisiones, ver: MONTERISI, R., *Actuación y Procedimiento ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Edit, Platense, 2009; MARGAROLI, J., MACULAN, S., *Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Cathédra Jurídica, 2011; Corte IDH. ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José 2018, pp. 1-24.
  - 288. SOMMER, C., «Las reformas a los sistemas de protección de derechos humanos americano y europeo: avances y claroscuros», en PAVÓN PISCITELLO, D., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Manifestaciones, violaciones y respuestas actuales*, Córdoba, EDUCC, (2014), pp. 59-97.
  - 289. Cf. Reglamento reformado de la Corte IDH aprobado en LXXXII Período de Sesiones. 19 al 31 de enero de 2009, <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>
  - 290. Artículo 52: «1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. 2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad».

la conformación: El Secretario General de la OEA solicita a los Estados partes en la Convención que presenten una lista con los nombres de sus candidatos para Jueces de la Corte IDH. Cada Estado parte puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización.

Los Jueces son elegidos a título personal por los Estados Partes, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos (artículo 53), durante la Asamblea General de la OEA inmediatamente anterior a la expiración del mandato de los Jueces salientes. Gozarán de las inmunidades reconocidas para los agentes diplomáticos mientras permanezcan en su cargo (artículo 70), a la par que no podrán realizar ninguna actividad que pueda llegar a comprometer su independencia o imparcialidad (artículo 71).

Los magistrados no pueden conocer casos de su nacionalidad (artículo 55) sin embargo en casos interestatales sí es posible que los Estados nombren un Juez ad-hoc de la nacionalidad de éstos involucrados en el caso en cuestión. Por su parte, se precisarán 5 Jueces para que la Corte IDH entre en sesión (artículo 56).

#### La secretaría de la Corte IDH

La Secretaría de la Corte IDH, según indica el artículo 40 de la CADH, está compuesta por un Secretario/a y una Secretaría Adjunta, los cuales dan soporte legal y administrativo a la Corte IDH en su trabajo judicial (artículos 7 a 10 del Reglamento).

## 2. COMPETENCIAS

La Corte IDH tiene dos funciones sustanciales; llamadas competencias consultiva (artículo 64 de la CADH, artículo 2 de su Estatuto, Título III de su Reglamento) y contenciosa (artículos 61-63 de la CADH, artículo 2 de su Estatuto y Título II de su Reglamento). También podrá dictar medidas provisionales, en conformidad con el artículo 63.2 de la CADH.

### 2.1. LA COMPETENCIA CONTENCIOSA

En su tarea contenciosa, la Corte IDH puede conocer en casos contra Estados, y juzgar si éstos han violado alguna disposición de la CADH. La legitimidad activa ante la Corte IDH, recae tanto en los Estados como en la Comisión IDH, conforme al artículo 61.

Según Fix Zamudio, el procedimiento contencioso de la Corte IDH «(...) se inspira esencialmente en el establecido para las controversias sometidas a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuyos lineamientos procesales existe un paralelismo, que con algunos matices han sido recogidos por la Convención Americana y por el Reglamento de la Corte Interamericana»<sup>291</sup>.

291. FERRER MAC-GREGOR, E.; FIX ZAMUDIO, H., Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional, Edit. Marcial Pons, 2013, p. 45.

En sentido concordante, Hitters subraya que la facultad de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH, se da a través de la «cláusula opcional», que permite a los Estados la posibilidad de realizar la declaración pertinente en cualquier momento. Para que un Estado sea demandado ante la Corte IDH, es necesario que éste, además de haber ratificado la Convención ADH, haya hecho una declaración especial de aceptación de la competencia contenciosa<sup>292</sup>.

De los 35 Estados miembros de la OEA; 25 han ratificado el Pacto de San José de Costa Rica; y, hasta el momento, sólo 17 de los 25 Estados partes del Pacto, han hecho la declaración de reconocimiento de competencia contenciosa de la Corte IDH.

## 2.2. ¿QUÉ ANALIZA LA CORTE EN SU COMPETENCIA CONTENCIOSA?

El artículo 1 del Estatuto de la Corte señala que ésta habrá de interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, la propia Corte IDH en el ejercicio de sus actividades consideró que también tenía competencia para conocer otros instrumentos interamericanos<sup>293</sup>. A ello debe sumarse que por el artículo 29.b de la CADH, el Tribunal puede interpretar las obligaciones de los Estados con la CADH a la «luz de otros tratados internacionales que los Estados sean parte». Las obligaciones allí contraídas por los Estados parte del Sistema, generan el derecho que –al ser violado–, constituirá el elemento objetivo de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos conforme a la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el tema. La aplicación de la norma consuetudinaria en materia de responsabilidad, dentro del ámbito interamericano, quedó ya zanjada en apreciaciones de González Napolitano<sup>294</sup>. La competencia contenciosa de la Corte IDH ha sido relevante para generar un progresivo derecho interamericano de derechos humanos<sup>295</sup> y sobre todo desde 20... fijar un criterio de obligaciones y

- 
292. HITTERS, J., *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Madrid, n.º 10, (2008), pp. 131-156.
293. La Corte IDH en algunas oportunidades ha expresado que es competente, por ser un órgano de la OEA, para conocer sobre la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (*Caso Bueno Alves vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 59); respecto de la Convención Americana contra la Tortura (*Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 10 de julio de 2007, párr. 12); de la Convención Americana contra la violencia hacia las Mujeres – Belén do Pará – (*Caso González Campos y otras (campo Algodonero) vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 602).
294. GONZÁLEZ NAPOLITANO, S., *La responsabilidad internacional del Estado por violación de los Derechos Humanos*, SGN Editora, 2013, 259 p.
295. VON BOGDANDY, A. «El mandato transformador en el sistema interamericano de derechos humanos», en VON BOGDANDY, A./ FERRER MAC-GREGOR, E./ MORALES ANTÓNIAZZI, M./ SAAVEDRA ALESSANDRI, P. (Coords.), *Ius Constitutionale Commune en America Latina*, Textos básicos para su comprensión, México DF. Instituto Max Planck de Derecho público comparado y Derecho internacional, (2019), p. 44; ver SANTIAGO, A.,

compromisos a los órganos de los Estados en hacer efectivo las disposiciones de sus sentencias (en alguna medida también sus Opiniones Consultivas) al conformar la denominada *doctrina del control de convencionalidad interamericano*<sup>296</sup> a tenor de las estipulaciones del artículo 62 de la CADH de dar cumplimiento por parte de los Estados de las interpretaciones que realice la Corte IDH.

### 2.3. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Si bien no se refiere a una competencia distinta a la contenciosa, advertimos la necesidad de reseñar que deben considerarse como la aplicación de facultades excepcionales de la competencia del Tribunal, por tratarse precisamente de asuntos que no se encuentran dentro de su conocimiento. En esta sintonía, expertos entendían que la naturaleza excepcional de esta institución encuentra su finalidad en ser un recurso expedito para proteger los derechos consagrados en la CADH y evitar que se consume un daño irreparable para las personas<sup>297</sup>.

Para que la Corte IDH dicte una medida provisional (artículo 27 del Reglamento), se requiere que el asunto se encuentre «pendiente» ante la Comisión y los solicite ésta (artículo 27.2) o, desde el momento en que el asunto ya ha sido sometido a la consideración de la Corte IDH, en cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas (artículo 27.1). La Corte IDH, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la CADH<sup>298</sup>. La solicitud puede ser presentada a la Presidencia, a cualquiera de los Jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. En todo caso, quien reciba la solicitud la pondrá de inmediato en conocimiento de la Presidencia.

En las circunstancias que estime pertinente, la Corte podrá requerir de otras fuentes de información datos relevantes sobre el asunto, que permitan apreciar la

BELLOCCHIO, L. (Directores), Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018), Buenos Aires, Editorial La Ley, 2018.

- 296. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 19-24, entre otros.
- 297. Comunicación del juez Héctor Fix-Zamudio, en su condición de Presidente de la Corte IDH, dirigida al Secretario de la misma, de fecha 30 de noviembre de 1992, en relación con las solicitudes de medidas provisionales en el Caso Chipoco (Chipoco vs. Perú. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 27 de enero de 1993 sobre Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del Perú) y en el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. PASQUALUCCI, J. M. «Medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una comparación con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos», en Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n.º 19, San José de Costa Rica, (1994).
- 298. [https://www.corteidh.or.cr/medidas\\_provisionales.cfm](https://www.corteidh.or.cr/medidas_provisionales.cfm)

gravedad y urgencia de la situación y la eficacia de las medidas. Para los mismos efectos, podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos (artículo 27.8). A su vez, el Tribunal incluirá en su informe anual a la Asamblea General una relación de las medidas provisionales que haya ordenado en el período del informe y, cuando dichas medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes (artículo 27.10).

### 3. FUNCIONAMIENTO

#### 3.1. ¿CÓMO LLEGA UN CASO ANTE LA CORTE IDH?

Como lo señala la CADH (artículo 51 y 61.1) y su Reglamento (artículo 34, 35 y 36) solo la Comisión IDH y los Estados Partes podrán presentar casos ante la Corte IDH.

En el caso de la Comisión IDH, se requiere que haya emitido el informe del artículo 50 de la CADH y transcurrido el plazo otorgado al Estado, considere oportunuo elevar la demanda al Tribunal. Hasta la actualidad la CADH o las normas de funcionamiento de la Corte IDH no permiten que las presuntas víctimas (personas físicas o jurídicas<sup>299</sup>) puedan presentar en forma directa una petición contra un Estado ante la Corte IDH<sup>300</sup>.

Respecto a los casos que son elevados ante su conocimiento, su ingreso al Tribunal no implica que dichos casos sean automáticamente admitidos para su conocimiento. Particularmente en el caso de los casos presentados por la Comisión donde ésta en su procedimiento consideró que se habrían violados derechos enunciados en la CADH y en forma concordantes en otros Tratados de competencia interpretativa de la Corte IDH, el tribunal es independiente para decidir sobre su propia competencia. Como lo ha señalado desde sus primeros casos contenciosos, «(...) es competente para decidir si se ha producido una violación a alguno de los derechos y libertades reconocidos en la Convención y para adoptar las disposiciones apropiadas derribadas de semejante situación; pero lo es igualmente para juzgar sobre los supuestos procesales en que se fundamenta su posibilidad de conocer un caso y para verificar el cumplimiento

- 
299. Si bien la CADH permite que las personas físicas (en forma individual o colectiva) puedan presentar denuncias ante la Comisión IDH (artículo 44); la Corte IDH en oportunidad de su OC/22 de febrero de 2016, consideró que las personas jurídicas no cuentan con *ius standi* en el sistema interamericano en la interpretación de «persona» de la CADH, aunque fijo algunas excepciones (Pueblos indígenas, agrupaciones sindicales). Cf. Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*.
300. Sobre el necesario acceso directo de las personas a la Corte IDH, ver CAMARILLO GOVEA, L., Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México DF, Tirant lo Blanch, 2018.

*de toda norma de procedimiento en que esté envuelta la ‘interpretación o aplicación de la Convención’<sup>301</sup>.*

Dentro de las competencias de la Corte IDH al igual que la Comisión IDH, debe recordarse que, como órganos de instancias internacionales de protección de derechos humanos, éstos son subsidiarios de las instancias nacionales y la vez, marcan el criterio de la *doctrina de la cuarta instancia*. Es decir, que los órganos internacionales y particularmente la Corte IDH no actúa como un órgano de revisión de las decisiones judiciales de los Estados Partes, sino en conocer sobre violaciones autónomas de la CADH y otros tratados vinculados<sup>302</sup>.

Como parte de las competencias de los tribunales internacionales, y particularmente en aquellos vinculados en derechos humanos, la Corte IDH ha sido un tribunal donde sus decisiones no están limitadas por las pretensiones legales de las partes. Bajo la potestad de resolver un caso por el principio del *iura novit curia*<sup>303</sup>, la Corte IDH ha llevado adelante sus propias determinaciones de derechos violados por los Estados, más allá de lo solicitado en el caso por la Comisión IDH en una primera instancia de la vida de la Corte IDH y más recientemente por cambios en su reglamento, por lo solicitado por las víctimas.

Este proceder de la Corte IDH en cuanto a los temas que puede interpretar evolutivamente de la CADH y otros tratados, permite expresar que, en estos 40 años, el Tribunal ha generado aportes significativos en procesos contenciosos mediante el fortalecimiento de estándares de protección en desaparición forzada de personas<sup>304</sup>, garantías en procesos judiciales<sup>305</sup>, lesa humanidad y amnistías<sup>306</sup>,

- 
- 301. Corte IDH. Caso *Velázquez Rodríguez vs Honduras. Fondo*. Sentencia del 26 de junio de 1987, párr. 29; Caso *Baena Ricardo y otros vs Perú. Competencia*. Sentencia del 28 de noviembre de 2003, párr. 70, entre otros.
  - 302. Corte IDH. Caso *Genie Lacayo vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 94; Caso *Tibi vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, párr. 3.
  - 303. Desde sus primeros fallos la Corte IDH enfatizó en este aspecto. Corte IDH. Caso *Godínez Cruz vs Honduras. Fondo*. Sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 172; Caso *Blake vs Guatemala. Fondo*. Sentencia del 24 de enero de 1998. Párr. 112; Caso *Barreto Leiva vs Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Entre otras.
  - 304. Corte IDH. Caso *Velázquez Rodríguez vs Honduras. Fondo*. Sentencia del 29 de julio de 1988; Caso *Godínez Cruz vs Honduras. Fondo*. Sentencia del 20 de enero de 1989; Caso *Blake vs Guatemala. Fondo*. 24 de enero de 1998; Caso *Gómez Palomino vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, entre otros.
  - 305. Corte IDH. Caso *Castillo Pretruzzi vs Perú. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 1998; Caso *Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005; Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Caso *Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, entre otros.
  - 306. Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs Perú. Fondo*. Sentencia del 14 de marzo de 2001, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso *Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, entre otros.

graves violaciones<sup>307</sup>, derechos de niños, niñas y adolescentes<sup>308</sup>, mujeres<sup>309</sup>, salud<sup>310</sup>, migrantes<sup>311</sup>, a la libertad de información<sup>312</sup>, no discriminación<sup>313</sup>, medio ambiente<sup>314</sup>, pueblos indígenas<sup>315</sup>, derechos laborales<sup>316</sup>, entre otros.

- 
- 307. Corte IDH. Caso *Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 2004; Caso *Masacre de Mapiripán vs Colombia*. Fondo. Sentencia del 25 de septiembre de 2005; Caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia del 25 de octubre de 2012, entre otros.
  - 308. Corte IDH. Caso «*Instituto de Reeducación del Menor» vs. Paraguay*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004; Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010; Caso *Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012; Caso *Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012.
  - 309. Corte IDH. Caso *González y otras («Campamento Algodonero») vs. México*. *Excepción Preliminar*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; Corte IDH. Caso *I. V. vs. Bolivia*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016; Caso *Espinosa González vs. Perú*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, entre otras.
  - 310. Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006; Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. *Excepciones Preliminares*, Fondo y *Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013; Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015; Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Caso *Cuscul Pívaral y otros vs. Guatemala*. *Excepción Preliminar*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018, entre otros.
  - 311. Corte IDH. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010; Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013; Caso *de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014; entre otras.
  - 312. Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001; Caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011; Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2015; entre otras.
  - 313. Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012; Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015; Caso *Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de junio de 2021, entre otras.
  - 314. Corte IDH. Caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. *Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 6 de mayo de 2008; Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y *Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012; Caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2020, entre otros.
  - 315. Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006; entre otras.
  - 316. Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesanteados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*. *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006; Caso

### 3.2. PERÍODO DE SESIONES

La Corte IDH no es un tribunal permanente, sino que sesiona, según su Reglamento, en determinados períodos al año en su sede de San José de Costa Rica, mediante sesiones ordinarias o extraordinarias (artículos 11 y 12) o en cualquier Estado Parte de la CADH (artículo 13). Durante estos períodos de sesiones el tribunal realiza diversas actividades tales como la celebración de audiencias, la deliberación de sentencias, resoluciones, así como la supervisión de cumplimiento de su sentencia y las medidas provisionales bajo su conocimiento. La Corte también realiza diligencias *in situ*, audiencias y otras actividades en el territorio de los diversos Estados en el marco de su competencia jurisdiccional.

### 3.3. AUDIENCIAS

#### 3.3.1. Fase escrita inicial

Luego que el caso es elevado ante el Tribunal por parte de la Comisión IDH<sup>317</sup> o por un Estado Parte<sup>318</sup> ante la Secretaría del Tribunal (artículo 61.1 de CADH), el Secretario de la Corte, comunicará de la presentación a la Presidencia del Tribunal como así también al Estado demandado, a la Comisión IDH (si no fue la demandante) y a las presuntas víctimas del caso, según las estipulaciones del artículo 39 del Reglamento de la Corte IDH.

Con las modificaciones del Reglamento de la Corte IDH de 2003, las presuntas víctimas a través de sus representantes o en la figura del «defensor Interamericano»<sup>319</sup>,

---

*Lagos del Campo vs Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 31 de agosto de 2017; *Caso Spoltore vs Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas* Sentencia del 9 de junio de 2020; *Caso Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 15 de julio de 2020; *Caso Ex Trabajadores del Organismo Judicial vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia del 22 de enero de 2022, entre otras.

- 317. El artículo 35 del Reglamento de la Corte IDH señala una serie de requisitos que la Comisión IDH debería elevar, entre ellos, el informe del artículo 50 de la CADH, datos de los delegados de la Comisión IDH, datos de las presuntas víctimas, los motivos que determinan elevar el caso ante la Corte IDH, copia del expediente ante la Comisión IDH, las pruebas presentadas ante la Comisión tanto por las presuntas víctimas como por el Estado, y posible propuesta de peritos y las pretensiones de la Comisión IDH.
- 318. El artículo 36 del Reglamento de la Corte IDH indica los requisitos a ser presentados por los Estados demandantes: Datos de los agentes intervinientes, motivos que llevan al Estado a presentar la demanda, copia del expediente ante la Comisión IDH, datos de las presuntas víctimas, pruebas a ser consideradas, entre otros.
- 319. Artículo 37: «En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación de caso». Los defensores públicos, suelen ser funcionarios de las defensorías públicas de los Estados Partes. No reciben honorarios por la Corte IDH en su actuación. Solo se cubren con las costas señaladas en la sentencia, los gastos de movilidad a las audiencias de la Corte IDH.

cuentan con capacidad de *locus standi* en el proceso ante el Tribunal<sup>320</sup>. Por ello el Reglamento indica que éstas expondrán por escrito su posición sobre el caso sometido a la Corte y, cuando corresponda, al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, dentro del plazo improrrogable de dos meses contado a partir de la recepción de este último escrito y sus anexos, sin perjuicio del plazo que pueda establecer la Presidencia en la hipótesis señalada en el artículo 25.2 de este Reglamento (artículo 40). A la vez, atento el costo económico que deben afrontar las víctimas para lograr acceder a gastos del proceso o en la fase oral, es que en su 38.<sup>º</sup> período de sesiones de 2008, la Asamblea General de la OEA aprobó una resolución creando el «Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos»<sup>321</sup>, el que tiene por objetivo facilitar el acceso de los peticionantes que no cuentan con recursos económicos, especialmente para la erogación de gastos del proceso en el Sistema.

Queda en continuidad del procedimiento, que el Estado demandado conteste la demanda planteada por la Comisión IDH y por los escritos elevados por las presuntas víctimas. Cabe recordar que el proceso en el sistema interamericano es regido por el principio del *contradictorio*, es decir, las partes no pueden agregar hechos que no fueron indicados y debatidos ante la Comisión IDH<sup>322</sup>. Sin embargo, las presuntas víctimas podrían incluir en sus escritos de presentación, las violaciones de otros derechos de los instrumentos internacionales que la Comisión IDH no haya estimo oportuno elevar ante la Corte IDH. A la vez, como ya se indicara anteriormente, aunque las partes en el proceso no hayan aludido a un derecho en particular, es criterio de la Corte IDH considerar su posible estudio y aplicación al caso<sup>323</sup>.

- 
- 320. La posibilidad que las presuntas víctimas puedan ser escuchadas sin intermediación de los representantes de la Comisión IDH, representó un gran cambio en el proceso contencioso del sistema interamericano. Por una parte, fue el reflejo del consenso de los Estados en avanzar en esta legitimidad del derecho de petición y acceso a la justicia que se materializara en las recomendaciones que la Asamblea General de la OEA del 5 de junio 2000 le hiciera a la Corte IDH en el sentido de considerar la participación directa de las víctimas en calidad partes (AG/RES. 1715 (XXX-O/00); sino que ya formaba parte de modificaciones parciales de Reglamento (artículo 23 del Reglamento de 1996), posturas separadas de jueces (la intervención del Juez A. A. Cançado Trindade, y las respuestas del Sr. Walter Márquez y de la Sra. Ligia Bolívar, como representantes de las víctimas, en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Transcripción de la Audiencia Pública Celebrada en la Sede de La Corte el Día 27 de Enero de 1996 sobre Reparaciones – Caso *El Amparo vs Venezuela*, pp. 72-76) y opiniones doctrinarias de juristas y miembros de la propia Corte IDH SALVIOLI, F., «Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones», en MANILLI, Pablo, (director), Tratado de Derecho Procesal Constitucional argentino, comparado y transnacional, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 819-852, CANÇADO TRINDADE, A., Seminario Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. Corte IDH, 1999; CANÇADO TRINDADE, A., El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.
  - 321. OEA-AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08).
  - 322. Corte IDH. Caso de los «Niños de la Calle» (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999; Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009; entre otros.
  - 323. Corte IDH. Caso *Godínez Cruz vs Honduras*. Fondo. Sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 172; Caso *Masacre de Mapiripán vs Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2006. Párr. 59.

Es dable señalar en esta etapa de traslado al Estado demandado, que éste en previsión del artículo 62 del Reglamento, podría aceptar el reconocimiento de la responsabilidad internacional por los hechos denunciados<sup>324</sup>.

Todos los escritos ante el Tribunal se presentarán en base las exigencias de instrumentación físicas o electrónicas fijadas en sus artículos 28 y 33 del Reglamento.

En el caso de respuesta del Estado a las presentaciones de la Comisión IDH y de las víctimas (podría no contestar el caso elevado ante su conocimiento, cuestión por la cual la no comparecencia del Estado no interrumpe el proceso)<sup>325</sup>, el artículo 41 y 42 del Reglamento reflejan las acciones que el Estado debería interponer a saber: Indicar si reconoce o no los hechos denunciados, ofrecer las pruebas necesarias, ofrecer declarantes o peritos, presentar los fundamentos de derecho, las observaciones a las reparaciones y costas solicitadas, así como las conclusiones pertinentes. En forma previa a ello, los Estados cuentan con la posibilidad de solicitar que la Corte IDH analice *excepciones preliminares* sobre cuestiones de incompetencias jurisdiccionales del Tribunal, en razón de las personas, la materia legal de litigio o por cuestiones de hechos posteriores a la entrada en vigor de la CADH en el Estado<sup>326</sup>.

En lo que hace al tiempo de ser esgrimidas por el Estado, si bien surgen de las disposiciones del artículo 42 del Reglamento, en diversas oportunidades la Corte IDH aludió a la improcedencia del Estado en su planteamiento por cuestiones de seguridad jurídica y oportunidad procesal y que ellas debieron plantearse previamente ante la Comisión IDH<sup>327</sup>.

Junto con los escritos de solicitudes, argumentos y pruebas que ya se hayan tenido en conocimiento entre las partes intervienen en el proceso, de conocerse ya el listado de los declarantes aportados por éstas (artículo 46 del Reglamento), acorde las estipulaciones del artículo 50 del Reglamento, Las presuntas víctimas o sus representantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante podrán formular preguntas por escrito a los declarantes ofrecidos por la contraparte y, en su caso, por la Comisión, que hayan sido llamados a prestar declaración ante fedatario público (*affidávit*). La Presidencia estará facultada para resolver sobre la pertinencia de las preguntas formuladas y para dispensar de responderlas a la persona a quien vayan dirigidas, a menos que la Corte resuelva otra cosa. No serán admitidas las preguntas que induzcan las respuestas y que no se refieran al objeto determinado

324. Corte IDH. *Caso Maqueda vs Argentina*. Sentencia del 17 de enero de 1995. Párr. 27.

325. Corte IDH. *Caso Caracazo vs Venezuela*. Sentencia del 29 de agosto de 2002. Párr. 54.

326. Sobre este último caso, cabe indicar que la Corte IDH en diversas sentencias solo ha reconocido el efecto retroactivo de los hechos anteriores a la entrada en vigor de la CADH en el Estado demandado, devenidas de violaciones de desapariciones forzadas de personas, atento ser éste un crimen de tipo continuado hasta que se encuentre a la persona. Cf. Corte IDH. *Caso Blake vs Guatemala*. Sentencia del 2 de julio de 1997. Párr. 40; *Caso Hermanos Serrano Cruz vs El Salvador*. Sentencia del 23 de noviembre de 2004. Párr. 67.

327. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs Perú*. Sentencia del 3 de septiembre de 1998, párr. 30; *Caso Comunidad Moiwana vs Suriname*, Sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 49.

oportunamente. Una vez recibida la declaración rendida ante fedatario público (*affidávit*), ésta se trasladará a la contraparte y, en su caso, a la Comisión, para que presenten sus observaciones dentro del plazo que fije la Corte o su Presidencia Artículo 50.6).

### **3.3.2. Fase escrita final**

Una vez que el Estado haya dado respuesta a las expresiones escritas de la Comisión IDH y de las presuntas víctimas, se habilita el proceso de la instancia oral ante el Tribunal, y finalizado éste según las disposiciones del artículo 56 del Reglamento, tanto las presuntas víctimas, como el Estado y la Comisión IDH si lo estima conveniente, retoman la fase escrita al presentar alegatos finales en el plazo que lo establezca la Presidencia del Tribunal.

### **3.3.3. Los terceros en el proceso: presentaciones de *amicus curiae***

Fruto de la evolución en el rol de la Corte IDH en permitir una mayor participación de todas las «voces» que pudieran verse afectadas en un caso o tener un interés colectivo en sus aportes a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, es que el Reglamento de la Corte IDH explica en su artículo 44 cómo se habrá de proceder para el planteo de un *amicus curiae* ante la jurisdicción. Incorporando ya en el Reglamento de 2009 el uso de las nuevas tecnologías, habilita expresamente la presentación por medios electrónicos de esta participación de terceros no Partes. Expresamente regula su presentación en casos contenciosos, así como en los procedimientos de supervisión de sentencias y de medidas provisionales.

Aunque el Reglamento se mantiene en silencio sobre la definición expresa de *amici curiae* en casos de Opiniones Consultivas; cabe señalar que las disposiciones del artículo 73.3 se permiten inferir tal práctica procesal, al indicar que la Presidencia de la Corte IDH (...) podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta.

### **3.3.4. Soluciones amistosas**

Inicialmente este mecanismo está previsto en el funcionamiento del procedimiento ante la Comisión IDH (artículo 40 del Reglamento), a fin que entre las presuntas víctimas y el Estado se pueda generar espacios de diálogo donde las partes puedan alcanzar acuerdos que establecen medidas de reparación beneficiosas para las presuntas víctimas directas de la violación y la sociedad en su conjunto. En caso que se avance en este proceso, el proceso se suspende y llegar a un acuerdo, se firma un Convenio que deberá ser debidamente cumplimentado por el Estado. Ya sea que no se haya respetado lo acordado o no se llegue a un acuerdo para la firma del Convenio (artículo 40.4), el proceso ante la Comisión IDH se reactiva.

Pero, aunque poco conocido, este mecanismo también está disponible entre las presuntas víctimas y el Estado en el procedimiento ante la Corte IDH. El Reglamento

en su artículo 63, permite considerar que si la Comisión IDH, presuntas víctimas, el Estado demandando y, en su caso, el Estado demandante, comunicaren a la Corte IDH la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio, la Corte IDH resolverá en el momento procesal oportuno sobre su procedencia y sus efectos jurídicos. En general podría aplicarse o bien antes de las audiencias orales o del dictado de la sentencia.

### 3.3.5. La fase oral

Una fase tan relevante como el proceso donde se presente toda la documentación que las partes en la controversia cuenten en su poder para dar fundamentos a sus pretensiones, es la fase oral, donde en forma presencial a los integrantes de la Corte IDH, tanto la Comisión IDH en su calidad de órgano que elevó el caso ante el Tribunal, como el Estado demandado o demandante y los representantes de las víctimas y presuntas víctimas exponen los puntos principales de sus alegatos.

Las audiencias pueden celebrarse en la sede del Tribunal, o como se indicará, con invitación o acuerdo de Estados Partes, se realizan en diversas localizaciones del continente. Muchas veces teniendo en cuenta la proximidad de los Estados en que se tratan casos en las audiencias. El artículo 45 del Reglamento alude a la denominada «Apertura» por la cual la Presidencia de la Corte IDH fija con suficiente antelación las fechas de las audiencias que se llevarán adelante en el año.

El proceso oral o audiencia inicial en las fechas indicadas, inicia con las presentaciones del caso que efectúa la Secretaría de la Corte IDH frente al pleno del Tribunal<sup>328</sup> y acto seguido, según las estipulaciones del artículo 51 del Reglamento, se dirige a los magistrados los representantes designados por la Comisión IDH. Esta, expondrá los fundamentos del informe al que se refiere el artículo 50 de la CADH por la cual elevó el caso a la Corte IDH, así como cualquier asunto que considere relevante para su resolución. Suele remarcarse en esta instancia las principales razones de por qué la Comisión IDH considera que el caso es relevante al desarrollo del *corpus iuris* interamericano de derechos humanos.

Una vez que la Comisión IDH ya concluido su alegato, el proceso prevé que la Presidencia de la Corte IDH llame a los declarantes que se hayan previamente acordado entre las partes y elevados a conocimiento de la Corte IDH como lo establece el artículo 46<sup>329</sup>. Por su parte, respecto a los tiempos y causales para las recusaciones de declarantes y peritos, los artículos 47 y 48 fijan dichos criterios.

Estos testigos, peritos o víctimas listadas para declarar expondrán en base a las preguntas formuladas por las partes y pueden ser interrogadas por los miembros

328. Para alcanzar el quorum de sesiones se requieren la presencia de 5 de los 7 magistrados.

329. 1.La Corte solicitará a la Comisión, a las presuntas víctimas o sus representantes, al Estado demandado y, en su caso, al Estado demandante su lista definitiva de declarantes, en la que deberán confirmar o desistir del ofrecimiento de las declaraciones de las presuntas víctimas, testigos y peritos que oportunamente realizaron conforme a los artículos 35.1.f, 36.1.f, 40.2.c y 41.1.c de este Reglamento. Asimismo, deberán indicar quienes de los decla-

de la Corte IDH según lo fijado por el artículo 50.7 y 52 del Reglamento. En caso de configurarse dichas declaraciones prueba en el proceso ante el tribunal, dichas pautas son reguladas por los artículos 57 y 58 del Reglamento.

Cumplimentado este paso, la Presidencia del Tribunal invita a los representantes de las víctimas o al defensor interamericano, a efectuar los alegatos principales en representación de éstas. Finalizado dichos alegatos, finalmente corresponde al Estado demandado el efectuar su presentación oral. En esta instancia, al igual que lo ya señalado respecto a la fase escrita, según lo regulado por el artículo 62 del Reglamento, el Estado demandado podría efectuar un reconocimiento parcial<sup>330</sup> o total<sup>331</sup> de responsabilidad internacional por las violaciones denunciadas.

La Presidencia otorgará posteriormente a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado, respectivamente, la posibilidad de una réplica y una dúplica.

Concluía esta primera fase de los alegatos orales, según lo previsto en el propio artículo 50.7 y siguientes, la Presidencia de la Corte IDH invitará a la Comisión IDH para que efectúe sus observaciones finales. Por último, la Presidencia dará la palabra a los Jueces, en orden inverso al sistema de precedencia establecido en el artículo 13 del Estatuto, a efectos de que, si lo desean, formulen preguntas a la Comisión, a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado.

### 3.4. SENTENCIAS

Como toda instancia ante un tribunal internacional, finalizado los procesos escritos y orales que se encuentren fijados en las reglas de procedimiento, se procede al dictado de una resolución final sobre el fondo del asunto. En el caso del proceso ante la Corte IDH, el artículo 67 del Reglamento refiere que la Corte IDH deliberará en privado y aprobará la sentencia, la cual será notificada por la Secretaría a la Comisión IDH, a las víctimas o presuntas víctimas o sus representantes, al Estado demandado y, en su caso, al Estado demandante.

De las diversas modificaciones del Reglamento de la Corte IDH se puede avizorar los cambios en las etapas de las diversas sentencias que se llevaban adelante en la Corte IDH. En una primera etapa, el tribunal decidía en conocimiento de las excepciones preliminares que los estados planteaban y luego en sentencias de fondo y de reparaciones. En la actualidad a la vez, se aprecia una economía procesal al resolver las cuestiones preliminares, el fondo y las reparaciones en una sola sen-

---

rantes ofrecidos consideran deben ser llamados a audiencia, en los casos en que la hubiere, y quienes pueden rendir declaración ante fedatario público (*affidávit*).

2. El Tribunal transmitirá la lista definitiva de declarantes a la contraparte y concederá un plazo para que, si lo estima conveniente, presente observaciones, objeciones o recusaciones.

330. Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs Perú*. Sentencia del 10 de julio de 2007. Párr. 21.

331. Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs Perú*. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Párr. 59; *Caso Masacre de Mapiripán vs Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2006. Párr. 66.

tencia (artículo 65). Pero a la vez, como indica el actual Reglamento podría la Corte IDH diferir entre una sentencia sobre el fondo del asunto y dejar en otra instancia lo relativo a las reparaciones y costas (artículo 66). Incluso en algunos casos, por lo complejo de las determinaciones de las reparaciones, a Corte a diferido en un tribunal arbitral tal procedimiento en particular<sup>332</sup>.

### 3.5. REPARACIONES

Los daños que causan las violaciones de derechos humanos –se explica en la doctrina– asumen una doble dimensión: por un lado, adquieren un calibre *individual*, que es aquel perjuicio que se ocasiona a la víctima (y a cada uno de los miembros de su entorno familiar), mientras que, por el otro, obtienen una magnitud colectiva, que se refiere al menoscabo que se produce a la sociedad en su conjunto (como al ámbito social de ésta).

Asimismo, este tipo de lesiones alcanzan una *naturaleza múltiple* tan pronto como se aprecie que, por ejemplo, en una situación de violación al derecho a la vida o a la integridad personal, sus efectos van desde sufrimientos físicos y psíquicos hasta la destrucción de los proyectos de vida y las alteraciones de las condiciones de existencia de la víctima y su familia, registrando secuelas inmediatas en el tiempo.<sup>333</sup> En el sistema interamericano de derechos humanos, la reparación constituye el modo de dar respuesta a las violaciones de derechos humanos que los Estados cometan en el marco de las normas internacionales que se han comprometido<sup>334</sup>.

- 
- 332. Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs Perú*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004, Visto 11; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 289, entre otros.
  - 333. SAAVEDRA ALESSANDRI, P., «Algunas consideraciones sobre la jurisprudencia en las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudios en homenaje al profesor Antônio Augusto Cançado Trindade, Editorial Fabris, Porto Alegre, 2005, p. 98.
  - 334. *Vide* ANTKOWIAK, T., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reparaciones centradas en la víctima», en OLÁSOLO ALONSO, H. y CUENCA CURBELO, S. (Eds.), Perspectiva Iberoamericana Sobre La Justicia Penal Internacional, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 307-318; AYALA CORAO, C., «Modalidades de reparaciones en el sistema interamericano de derechos humanos», en BAZÁN, V. (Dir.) Vulneraciones a los derechos humanos, Buenos Aires, Astrea, (2020), pp. 349-350; CALDERÓN GAMBOA, J., «La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano», en FERRER MAC-GREGOR, E, CABALLERO OCHOA, J, STEINER, C., Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, México, Editorial de la Universidad Autónoma de México (2013), pp. 145-219; CARBONELL, M., CABALLERO GONZÁLEZ, E., Convención Americana de Derechos Humanos, Comentada, México, Tirant Lo Blanch, 2016; CANÇADO TRINDADE, A., Los tribunales internacionales contemporáneos y la humanización del Derecho internacional, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2013; CANÇADO TRINDADE, A. El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001; DRNAS DE CLÉMENT, Z., «¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cuarta instancia?», en XVII Reunión conjunta de Academias Na-

---

cionales de Derecho y Ciencias Sociales de Argentina, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2009, pp. 5-158; ESPEJO YAKSIN, N. y LEIVA GARCÍA, C., *Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984-2012)*, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2012; FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 833 y ss.; FERRER MAC-GREGOR, E. y FIX ZAMUDIO, H., *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2013, p. 45; GARCÍA RAMÍREZ, S., «Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2001), pp. 129-158; GONZÁLEZ NAPOLITANO, S., *La responsabilidad internacional del Estado por violación de los Derechos Humanos*, SGN Editora, 2013, 259 p.; GROSSMAN, C., DEL CAMPO, A., TRUDEAU, M., *International Law and Reparations, The Inter/American System*. Nueva York, Clarity Press, 2018; NASH ROJAS, C., *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988- 2007)*, Santiago, Editorial de la Universidad de Chile, 2009; HERENCIA CARRASCO, S., «Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS, K., MALARINO, E. y ELSNER, G. (Edit.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Editado por el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Konrad Adenauer (2011), pp. 381-402; HITTERS, J., «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, n.º 10, (2008), pp. 131-156; MARGAROLI, J., MACULAN, S., *Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, Editorial Cathédra Jurídica, 2011, pp. 1-24; MONTERISI, R., *Actuación y Procedimiento ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Platense, 2009; NIKKEN, P., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas la UNAM, 2003, pp. 161/84; PASQUALUCCI, J., «Medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una comparación con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos», en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, n.º 19, (1994); PASQUALUCCI, J., «Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure», en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 18, Issue 1, (1996), pp. 1-58; RODRÍGUEZ PINZÓN, D. «Reparations of the Inter-American Human Rights System in Cases of Gross and Systemic Violations of Human Rights: The Colombian Case», en *American University Law Review*, no. 6, (2007), pp. 1390-1395; ROJAS BÁEZ, J., «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en materia de reparaciones y los criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos», en *American University, International Law Review*, n.º 23, (2007), pp. 100 y ss.; ROUSSET SIRI, A., «El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana», *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Mendoza, (2011), pp. 59-79; SAAVEDRA ALESSANDRI, P., «Algunas consideraciones sobre la jurisprudencia en las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudios en homenaje al profesor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Editorial Fabris, Porto Alegre, (2005), p. 98; SALMON E., *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial de la Universidad del Rosario, 2011; SALMON, E., «Mecanismos de reparación en el ámbito del Sistema del Sistema Interamericano por violaciones de derechos humanos cometidos por empresas multinacionales: La responsabilidad estatal y la construcción de medidas reparatorias», Jaén, *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 12, (2012);

Desde sus primeras sentencias, la Corte IDH ha evolucionado en establecer la necesaria responsabilidad internacional de los Estados por violaciones de las normas interamericanas de derechos humanos, sino que se puede apreciar una fructífera producción en los tipos de reparaciones establecidas. Ya no sólo en la clásica reparación pecuniaria por los daños causados y sufridos a las víctimas y sus familias, sino en las denominadas *reparaciones no pecuniarias*. Los alcances de los estándares de reparación en el SIDH no se encuentran expresamente fijados en la CADH, cuyo artículo 63 describe tan solo aspectos genéricos que los Estados convinieron. De este modo, como sostuviera Cançado Trindade, la Corte IDH fue construyendo una saga de medidas dirigidas a preservar y rescatar su honor, su derecho a la justicia y hasta su derecho a la verdad<sup>335</sup>. Este proceso permitió también conformar un progresivo desarrollo de la denominada «reparación integral» conformada con las consideraciones en reparaciones materiales e inmateriales del daño<sup>336</sup>; en la obligación del estado en investigar y juzgar; en medidas de satisfacción o de no repetición entre otras.

### 3.6. INTERPRETACIÓN DE LAS SENTENCIAS

En las estipulaciones del artículo 68 del Reglamento se prevé que las partes puedan solicitar una aclaración interpretativa sobre algunos de los puntos en las sentencias de excepciones, fondo, reparaciones y costas<sup>337</sup>. En ese sentido, la Secretaría

---

SALVIOLI, F., «Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones», en MANILI, P. (director), Tratado de Derecho Procesal Constitucional argentino, comparado y transnacional, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, (2010), pp. 819-852; SALVIOLI, F., «Derecho, acceso y rol de las víctimas en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos», San José de Costa Rica, Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1997), pp. 293-342; SANTIAGO, A., BELLOCCHIO, L. (Directores), Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018), Buenos Aires, Editorial La Ley, 2018; SCHNEIDER, J., Reparation and Enforcement of Judgments: a Comparative Analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems. Berlin: e-pub, GmbH, 2015; SEGOVIA AZUCAS, M., «La defensa pública en el sistema interamericano de Derechos Humanos», en Asunción, Revista Académica la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, (2018), pp. 261/79; SHELTON, D., «Reparations in the Inter-American System», en HARRIS, D., LIVINGSTONE, S. (edit.), The Inter-American System of Human Rights, Nueva York, Oxford University Press (2004), pp. 151-172; SOMMER, C., «Las reformas a los sistemas de protección de derechos humanos americano y europeo: avances y claroscuros», en PAVÓN PISCITELLO, D., Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Manifestaciones, violaciones y respuestas actuales. Córdoba, EDUCC (2014), pp. 59-97; STEINER, C. y URIBE, P. (Edit.), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Comentarios), Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung / Eudeba, 2014.

- 335. CANÇADO TRINDADE, A., «Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal», en Revista Estudios Socio-Jurídicos, n.º 8-1, (2006), p. 29.
- 336. Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 25 de noviembre de 2003, p. 261; Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 5 de julio de 2004, p. 248.
- 337. Ya desde sus primeras sentencias, esta práctica fue aplicada por los Estados y la Corte IDH resaltó sus alcances al considerar que la (...) *interpretación de una sentencia implica no sólo la*

de la Corte IDH trasladará a las partes para que puedan presentar sus observaciones sobre la solicitud. Devueltos los escritos en los plazos que fije la Presidencia de la Corte IDH, esta fijara una decisión sobre sus alcances, desestimando el pedido o efectuando las aclaraciones requeridas.

### 3.7. SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO

La supervisión de cumplimiento de las resoluciones de la Corte IDH implica, en primer término, que esta solicite información al Estado sobre las actividades desarrolladas para los efectos de dicho cumplimiento en el plazo otorgado por la Corte IDH, así como recabar las observaciones de la Comisión IDH y de las víctimas o sus representantes (artículo 69 del Reglamento). Una vez que el Tribunal cuenta con esa información puede apreciar si hubo cumplimiento de lo resuelto, orientar las acciones del Estado para este fin y cumplir con la obligación de informar a la Asamblea General de la OEA sobre el estado de cumplimiento de los casos que se tratan ante ella. Asimismo, cuando lo considere pertinente, el Tribunal convoca al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones y en ésta escuchar el parecer de la Comisión IDH. Luego de ello en base a las estipulaciones del artículo 69.4 del Reglamento, emitirá una resolución al respecto. La implementación efectiva de las decisiones de la Corte IDH es la pieza clave de la verdadera vigencia y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin la cual se hace ilusorio el propósito que determinó su establecimiento. Por ello la Corte IDH ha considerado que el efectivo cumplimiento de sus decisiones es parte integrante del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, resulta necesario que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones de la Corte IDH<sup>338</sup>.

## 4. CONCLUSIONES

Los aportes a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos de la Corte IDH, nos sitúa en reconocer el arduo y progresivo trabajo que sus distintos magistrados han llevado adelante, muchas veces incomprendidos en los gobiernos circunstanciales de los Estados o en ámbitos académicos. Como señaláramos, el

---

*precisión de los puntos resolutivos del fallo, sino también la determinación de sus alcances, el sentido y la finalidad de la resolución (...).* Corte IDH. *Velázquez Rodríguez vs Honduras.* Sentencia del 1 de julio de 1990. Párr. 26. A la vez, el tribunal fijo sus criterios de razonabilidad en los pedidos de interpretaciones de las sentencias, al considerar que el requirente no debería usar este recurso como un medio de impugnación de las decisiones de las sentencias del caso, sino más bien tener como objeto el (...) *desentrañar el sentido de un fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutiva.* Caso *Masacre de Pueblo Bello vs Colombia.* Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Párr. 9.

338. Cf. CAMARILLO GOVEA, L. y ROUSSET SIRI, A., Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México DF, Editorial Porrúa, 2020.

tribunal regional de derechos humanos a interpretado y redefinido muchos de los artículos de la CADH y de otros tratados interamericanos en procura de fijar estándares claros para los Estados Partes y con ello contribuí a una mejor aplicación operativa de los derechos establecidos en dichos instrumentos.

Pero no solo se limitó a comprender el alcance de sus normas más allá de la literalidad de las disposiciones de una Convención que es un «jalón» en el sistema regional, sino que contribuyó también en «humanizar» la Corte IDH al posibilitar que las víctimas de los casos que llegaran a su conocimiento, puedan tener una voz propia. Con ello, el proceso contencioso, no solo que garantizaba el acceso igualitario de las partes al proceso, sino que se adaptaba a las prácticas procesales modernas que diversos Estados de la región vienen implementando en sus sistemas judiciales.

El sistema interamericano de derechos humanos, con sus aciertos y debilidades, nos demuestra que la constancia y la responsabilidad profesional de sus integrantes brinda una última oportunidad de búsqueda de una justicia privada o mal interpretada en los Estados de la región.

A la vez, no podemos dejar de ponderar que, junto con ese desarrollo progresivo en la interpretación de los derechos de la CADH y otros tratados interamericanos, las instancias contenciosas de la Corte IDH y a través de sus sentencias, no brindan un gran abanico de opciones sobre el abordaje de las reparaciones a las víctimas y sus familias; para con ello, dar también un ejemplo de justicia y de garantías de no repetición.

## *Capítulo 5*

# Los criterios de interpretación en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CINTIA BAYARDI MARTÍNEZ<sup>339</sup>  
ANDRÉS ROUSSET SIRI<sup>340</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3. LA CORTE INTERAMERICANA COMO INTÉPRETE JURÍDICA. 4. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN. 5. REFLEXIONES FINALES: LA IMPORTANCIA DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EN LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

### 1. INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es un organismo judicial autónomo que tiene como objetivo principal la protección y promoción de los derechos humanos en América. En el ejercicio de sus funciones, la Corte Interamericana ha desarrollado una amplia jurisprudencia que ha sido fundamental para la consolidación de la protección de los derechos humanos en la región.

Uno de los elementos clave de la jurisprudencia de la Corte Interamericana son los criterios de interpretación que utiliza en sus decisiones. Estos criterios permiten a la Corte interpretar y aplicar de manera efectiva los estándares internacionales

- 
339. Abogada. Master en Protección Internacional de Derechos Humanos (Universidad de Alcalá), Candidata a Doctora en (UNCuyo), Profesora Titular de la Cátedra de Práctica Profesional Supervisada VII y VIII (UNCuyo) y de la Cátedra de Principios Generales del Derecho (UC), (Argentina).
340. Abogado. Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos (Universidad de Alcalá), Doctor en Derecho con mención de honor (UNCuyo), Profesor de la cátedra de Derechos Humanos, UNCuyo (Argentina). Coordinador de la carrera de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

de derechos humanos a situaciones específicas, lo que contribuye a garantizar una protección efectiva de los derechos humanos en la región.

En este contexto, resulta fundamental analizar los criterios de interpretación utilizados por la Corte Interamericana en sus decisiones, con el fin de comprender su alcance, su impacto y su importancia para la protección de los derechos humanos.

Este artículo tiene como objetivo presentar una reflexión sobre los criterios de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando su importancia para la consolidación de una cultura de respeto a los derechos humanos.

## 2. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para la Corte IDH, los criterios de interpretación son herramientas o principios que se utilizan para analizar, interpretar y aplicar las normas internacionales de derechos humanos en casos específicos. Estos criterios están basados en principios y valores fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, entre otros, y tienen como objetivo garantizar la protección efectiva de los derechos humanos.

Los criterios de interpretación utilizados por la Corte Interamericana incluyen, entre otros, el principio *pro persona*, la interpretación sistemática, la interpretación teleológica, la interpretación evolutiva, la interpretación contextual, la interpretación histórica, la interpretación comparada y la utilización de la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

Ahora bien, ¿en qué consiste interpretar una norma jurídica? Interpretar una norma implica desentrañar su verdadero sentido y alcance. En consecuencia, la interpretación jurídica es el procedimiento mediante el cual se asigna significado a los textos normativos utilizando los métodos y técnicas aceptados por la comunidad jurídica, esto aplica a cualquier ámbito del derecho, sea este local o internacional.

Como sostiene Rodríguez, una norma puede dar lugar a diversos significados de acuerdo con los métodos de interpretación, y de esta afirmación no escapa el derecho de los tratados que ha establecido distintas reglas de interpretación en orden a orientar a los operadores jurídicos en el proceso de interpretación y aplicación de los mismos<sup>341</sup>.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se rige –en materia de interpretación– por una norma propia, esto es el artículo 29 convencional<sup>342</sup> –y por los principios

341. RODRÍGUEZ, G., «Artículo 29. Normas de Interpretación», en STEINER, C., URIBE, P. Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica (2014), p. 707.

342. Artículo 29 de la CADH. «Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados

que en la materia se desprenden de la Convención de Viena de los Tratados—<sup>343</sup>. No obstante, si toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana está impregnada por este enfoque, el teleológico, esto no significa en absoluto que haya desestimado de forma sistemática y definitiva los otros métodos de interpretación (textual, histórico, sistemático). Éstos surgen con fuerza especialmente en los «casos difíciles»<sup>344</sup>, por ejemplo, en lo que concierne al carácter justiciable de los derechos económicos y sociales (artículo 26)<sup>345</sup> o en lo que toca a la significación y el alcance del derecho a la vida (artículo 4)<sup>346</sup>.

Sin embargo, cabe recordar que la CADH como instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción<sup>347</sup> (tratado internacional en materia de derechos humanos) requiere un tratamiento especial tal como advirtió ya hace varias décadas el voto disidente del Juez Álvarez Jofré<sup>348</sup>,

---

Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

- 343. En particular lo establecido por sus artículos 31 y 32.
- 344. «Los casos difíciles, por definición, son aquellos respecto de los cuales la opinión pública —esclarecida o no— está dividida de tal manera que no es posible tomar una decisión que pueda satisfacer a unos y otros». ATIENZA, M., *Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica*, México, IIJ-UNAM, 2005, p. 72.
- 345. Corte IDH, 1 de julio de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Acevedo Buen día y otros (Cesantes y jubilados de la Contraloría) vs. Perú, Serie C N.º 198, pp. 101 y ss.
- 346. Corte IDH, 28 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, Serie C N.º 257, pp. 171 y ss.
- 347. Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, N.º 2, párr. 33.
- 348. Con motivo de la opinión consultiva de la CIJ, relativa a las reservas a la convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio del 28 de mayo de 1951, solicitada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el nombrado, en su voto disidente clasificó los instrumentos internacionales y destacó aquellos vinculados con el derecho de gentes, a los que les asignó una categoría especial por constituir el nuevo derecho internacional. Resaltó que estas normas estaban establecidas en función del interés general, imponiendo deberes a los Estados, sin recibir, por ello, derecho alguno, lo que las diferenciaba de las convenciones ordinarias. Por estas consideraciones, insistió en sostener que, atento a su diferente naturaleza, su interpretación no debía realizarse utilizando las reglas tradicionales propias del derecho civil en lo relativo a los contratos. En su opinión, la reserva efectuada en una convención como la que se discutía no debería permitirse, sentando el criterio de que en este tipo de tratados las reservas deben prohibirse si van en contra del objeto y fin del tratado (Para ampliar véase: CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention*

y que luego se transformaría en un criterio rector de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

Así, en el año 1978, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que, a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, la Convención comprende más que meros compromisos recíprocos entre los Estados contratantes y creaba por encima de ellos una red de acuerdos mutuos, bilaterales, obligaciones objetivas que en los términos del preámbulo se benefician de una «aplicación colectiva»<sup>349</sup>.

A su vez, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH ha señalado al respecto que:

*«...los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes»*<sup>350</sup>.

Más de una década después, en su OC N.º 19 la Corte IDH afinaría estos términos al señalar que

*«...los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos están orientados a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano, más que a fijar las normas de relación entre los Estados. Así, los tratados de derechos humanos no se contraen a definir el intercambio entre éstos, sino sirven al fin de proteger los derechos fundamentales de los seres humanos frente a su propio Estado y ante los otros Estados contratantes. Se inspiran en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo y cuentan con mecanismos de supervisión específicos»*<sup>351</sup>.

Estas especiales características de los tratados sobre derechos humanos impactan en diversas cuestiones atinentes a su aplicación –por ejemplo– en las

---

and Punishment of the Crime of Genocide; Advisory Opinion of 28 May 1951, dissenting opinion of Judge Alvarez).

- 349. Véase: ECHR, «Ireland vs. United Kingdom case», judgment of 18/01/1978, Serie A, N.º 25, p. 90, párr. 239 (traducción propia). Es clásica en doctrina la cita de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en la inteligencia de «...que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones por parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes» (ECHR, «Austria vs. Italy», Application N.º 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, p. 140).
- 350. Corte IDH, «El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A N.º 2, párr. 29.
- 351. Corte IDH, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A, N.º 19, párr. 21.

pautas de interpretación<sup>352</sup>, suspensión del tratado<sup>353</sup>, solución de controversias<sup>354</sup>, entre otros.

En consecuencia, y como postulaba Cançado Trindade:

*«Los tratados de derechos humanos son claramente distintos de los tratados de tipo clásico, que establecen o reglamentan derechos subjetivos o concesiones o ventajas recíprocas para las partes contratantes. Los tratados de derechos humanos, en contrapartida, prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo, que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente y enfatizan el predominio de consideraciones de interés general»<sup>355</sup>.*

- 
352. La principal influencia se observa en el hecho de que los tratados que imponen obligaciones internacionales son de interpretación restrictiva al implicar la derogación de la soberanía de los Estados, el eje ya no gira en la preservación del voluntarismo estatal, sino en la salvaguarda del objeto y fin del tratado. Esta premisa fue adoptada paulatinamente por los organismos internacionales de protección, así, a modo de ejemplo, la Corte IDH tiene dicho que la interpretación de la CADH hay que hacerla en forma tal que no conduzca «de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención» y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma «son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos». Esto tendrá como consecuencia que los Estados no podrán invocar su soberanía como elemento de interpretación del tratado sobre derechos humanos del que son parte. Asimismo, se incorporan principios propios de interpretación como por ejemplo la regla pro persona y el carácter evolutivo de los tratados sobre derechos humanos. Para analizar en profundidad la cuestión de la interpretación de los tratados sobre derechos humanos véase: CANÇADO TRINDADE, A., El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, Ed. Jca de Chile, 2001, pp. 17-60. A nivel jurisprudencial: Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la convención americana sobre derechos humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, N.º 2; Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, N.º 4; Corte IDH, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A, N.º 3; Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, N.º 16.
353. El artículo 60 de la Convención de Viena de los tratados de 1969 regula la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación, señalando en su inciso 5º que: «Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados».
354. Es claro que la desigualdad que supone la relación entre el Estado y sus súbditos se trasladara al procedimiento de solución amistosa, donde se dotan de herramientas que tiendan a lograr una relativa equiparación, piénsese a modo de ejemplo, la posibilidad de la víctima de apartarse en todo momento del procedimiento autocompositivo o la homologación posterior del órgano internacional.
355. CANÇADO TRINDADE, A., El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, Ed. Jca de Chile, 2001, p. 23.

### 3. LA CORTE INTERAMERICANA COMO INTÉRPRETE JURÍDICA

La competencia contenciosa de la Corte Interamericana consiste esencialmente en interpretar y aplicar la Convención Americana<sup>356</sup> u otros tratados sobre los cuales tenga competencia para determinar en un caso concreto, si la conducta del Estado es conteste o no con las obligaciones internacionalmente asumidas y en su caso, determinar las medidas de reparación que sean procedentes.

Como se señaló en el punto anterior, esta función debe ejercerse conforme el objeto y fin del tratado, por ello la Corte IDH ha establecido como criterio que, en el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es «la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos». A propósito de esto, la Corte fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, por lo que es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, los cuales crean un orden legal en el cual los Estados, asumen obligaciones hacia las personas bajo su jurisdicción y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes de la Convención a través de la acción de la Comisión e incluso ante la Corte. Todo ello tiene como efecto que la interpretación de las normas deba desarrollarse también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el «mejor ángulo» para la protección de la persona<sup>357</sup>.

El mismo Tribunal pondera la importancia de las reglas sobre interpretación contenidas en la Convención de Viena de los Tratados para cumplir con esta misión.

Ha dicho al respecto que aquel marco legal recoge las reglas generales y consuetudinarias de interpretación de los tratados internacionales que implica la aplicación simultánea y conjunta de los criterios de buena fe, el examen del sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, leídos en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin de aquél, contenidos en los artículos 31<sup>358</sup> y 32<sup>359</sup> de la Convención de Viena para llevar a cabo su tarea interpretativa.

- 
356. Artículo 62 de la CADH: «1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. [...] 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial».
357. Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 33.
358. Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U. N. Doc A/CONF.39/27 (1969), U. N. T. S. vol. 1155, p. 331, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969, artículo 31 (Regla general de interpretación): «1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y

A estos criterios se le suma el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 de la CADH, según el cual ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Esto último implica, en palabras de la Corte Interamericana, que «se deberá de preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno (...) si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe de prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos internacionales, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce»<sup>360</sup>.

En síntesis, el marco normativo aplicable en materia de interpretación se completa entre la norma convencional (artículo 29) con las reglas sobre la materia contenidas en la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados (artículos 31 y 32), y en los *casos difíciles* además recurrimos a otros medios de interpretación como el textual, contextual o sistemático.

A esta regulación normativa se le agregan dos pautas rectoras, el principio *pro persona* ya explicado, y la necesidad de que esa interpretación se lleve delante de

---

teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes».

- 359. Artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Medios de interpretación complementarios): «Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido, o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable».
- 360. Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52.

manera evolutiva, esto último, en razón de que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, esta «interpretación evolutiva», en palabras de la Corte IDH es consecuente con el contenido del marco legal ya señalado<sup>361</sup>.

Para llevar adelante esta interpretación evolutiva, la Corte IDH utiliza como herramientas el derecho comparado (principalmente la existencia de normas internas que regulen la situación que se encuentra bajo interpretación), jurisprudencia interna de los Estados<sup>362</sup>, los acuerdos o la práctica<sup>363</sup> o reglas relevantes del derecho internacional<sup>364</sup> que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, entre otros que se relacionan con una «visión evolutiva de la interpretación del tratado»<sup>365</sup>.

Finalmente, cabe tener presente que conforme el artículo 32 de la Convención de Viena, los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado, son utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o cuando ésta deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable<sup>366</sup>. Lo anterior, implica que suelen ser utilizados sólo en forma subsidiaria<sup>367</sup> después de haber utilizado los

- 
- 361. *Cfr.* Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193; El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114; Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245, y Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 245.
  - 362. En los casos Heliodoro Portugal Vs. Panamá y Tiu Tojín Vs. Guatemala, la Corte tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el Caso Anzaldo Castro Vs. Perú, la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son los casos Atala Riffó y Niñas Vs. Chile y el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.
  - 363. *Cfr.* TEDH, Caso Rasmussen vs. Dinamarca, (No. 8777/79), Sentencia de 28 de noviembre de 1984, párr. 41; Caso Inze vs. Austria, (No. 8695/79) Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr. 42, y Caso Toth vs. Austria, (No. 11894/85), Sentencia de 25 noviembre de 1991, párr. 77.
  - 364. *Cfr.* TEDH, Caso Golder vs. Reino Unido, (No. 4451/70), Sentencia de 12 de diciembre de 1975, párr. 35.
  - 365. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 49.
  - 366. *Cfr.* Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 49.
  - 367. *Cfr.* Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 68.

métodos de interpretación consagrados en el artículo 31 de la Convención de Viena, con el objeto de confirmar el sentido que se encontró o para establecer si subsiste una ambigüedad en la interpretación o si la aplicación es absurda o irrazonable<sup>368</sup>.

#### **4. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN**

Conforme se ha señalado en los puntos anteriores, para interpretar una norma de la Convención Americana debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos<sup>369</sup>.

Analicemos algunos ejemplos (dada la limitación propia del tamaño de esta obra), que surgen de la competencia consultiva<sup>370</sup> y contenciosa de la Corte.

##### *a) Destinatarios del sistema: ¿persona humana, persona jurídica o ambas?*

La República de Panamá solicitó a la Corte Interamericana un pedido de opinión consultiva, sobre el contenido y alcance del artículo 1.2 de la Convención Americana. En otras palabras, cual es el alcance de la frase «Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano».

En este caso concurren diversos criterios de interpretación, siendo los primeros el sentido literal de los términos y la interpretación sistemática (al interior del propio sistema regional).

La Corte Interamericana señaló que de la *lectura literal* del artículo 1.2 de la Convención se excluye a otros tipos de personas que no sean seres humanos de la protección brindada por dicho tratado. Lo anterior implica que las personas jurídicas en el marco de la Convención Americana no son titulares de los derechos establecidos en ésta y, por tanto, no pueden presentar peticiones o acceder directamente, en

---

368. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 193.

369. *Cfr.* Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 38, y Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 244, párr. 33.

370. En virtud de que la misma le permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la Convención Americana, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación, colocándola como «intérprete última de la Convención Americana», competencia para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal. *Cfr.* Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, párr. 18.

calidad de presuntas víctimas y haciendo valer derechos humanos como propios, ante el sistema interamericano<sup>371</sup>.

Para apuntalar esta afirmación, sostuvo que en el marco de una interpretación *sistemática* de la Convención se deben tener en cuenta todas las disposiciones que la integran y los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ella, por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por cuanto permiten verificar si la interpretación dada a una norma o término en concreto es coherente con el sentido de las demás disposiciones<sup>372</sup>.

A tales fines trae a colación la primera parte del preámbulo la Declaración Americana que constantemente hace referencia a «persona humana» como destinatario de los derechos allí mencionados<sup>373</sup>, y considera que tanto ese preámbulo, así como las primeras consideraciones de la Declaración Americana, muestran que estos instrumentos fueron creados con la intención de centrar la protección y titularidad de los derechos en el ser humano.

Por otra parte, sostiene la Corte Interamericana, la expresión «toda persona» es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana<sup>374</sup> y de la Declaración Americana<sup>375</sup>, siempre para hacer referencia a los derechos de los seres humanos,

- 
- 371. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 38.
  - 372. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, p. 45.
  - 373. Dicho preámbulo sostiene: «Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad; Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana; Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución; Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias».
  - 374. Cfr. al respecto, los artículos 1.1, 3, 4.1, 4.6, 5.1, 5.2, 7.1, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 10, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 14.1, 16, 18, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.7, 24, 25.1 y 25.2 de la CADH.
  - 375. Cfr. Al respecto, los artículos II, III, IV, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXVI y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

destacando su inherencia a la condición de ser humano, como por ejemplo los derechos a la vida, a la integridad personal o a la libertad personal, entre otros. Otros de estos derechos, como el de propiedad o la libertad de expresión, podrían llegar a ser ejercidos por personas naturales a través de personas jurídicas, como una empresa o un medio de comunicación, sin embargo, ninguno de los artículos mencionados anteriormente contiene alguna expresión que le conceda a las personas jurídicas titularidad de estos derechos o que permitan inferir una excepción a lo establecido en el artículo 1.2 de la Convención<sup>376</sup>.

Sin embargo, luego de afirmar esa conclusión, dio una primera señal de que esa literalidad y sistematicidad de los términos no eran de aplicación absoluta en el ámbito de la consulta cuando señaló que señaló que el término «hombre» en la Declaración Americana y en la Convención Americana debe actualizarse y entenderse como incluyente de todas las formas de identidad de género<sup>377</sup>. que las asociaciones sindicales como así también las comunidades indígenas y tribales si son titulares de los derechos protegidos en la Convención y, por tanto, pueden acceder ante el sistema interamericano.

Zanjada la primera cuestión, es decir, que la titularidad de los derechos convencionales le cabe a la persona humana, la Corte se avoca a la interpretación evolutiva, compatible con el artículo 29 –como ya se dijo– y con el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena que autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva de la interpretación del tratado, por lo que el Tribunal regional decide avocarse al análisis de la protección a personas jurídicas en otros tribunales u organismos internacionales de derechos humanos (es decir, el estudio de los otros sistemas de derechos humanos con la finalidad de constatar sus similitudes o diferencias con el sistema interamericano, lo cual puede ayudar a determinar el alcance o sentido que se le ha dado a una norma similar o a detectar las particularidades del tratado en el sistema europeo, africano o universal), y la protección a personas jurídicas en el derecho interno de los Estados Partes.

Pero ese esfuerzo no varió su temperamento inicial. En tal sentido, la Corte IDH señaló que a pesar de que pareciera que existe una disposición en los países

- 
376. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 48.
377. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, nota al pie No. 62.

de la región para reconocer la titularidad de derechos a las personas jurídicas y otorgarles recursos para hacerlos efectivos, lo cierto es que estos antecedentes no son suficientes, por cuanto no todos los Estados realizan el reconocimiento de la misma forma y el mismo grado, además de notar que ésta es la posición que los Estados ostentan en su derecho interno, razón por la cual no es posible modificar el alcance del artículo 1.2 de la Convención Americana a partir de este método interpretativo<sup>378</sup>.

No obstante, esta aplicación de métodos de interpretación conduce a la Corte IDH a señalar dos excepciones a la regla antes mencionada, esto es, que las personas jurídicas no son destinatarias de derechos convencionales.

La primera es la aplicable a las comunidades indígenas y tribales, en razón de que varios instrumentos jurídicos internacionales, de los que son partes los Estados del sistema interamericano, y algunas de sus legislaciones nacionales, entienden que estas comunidades, por encontrarse en una situación particular, deben ser consideradas como titulares de ciertos derechos humanos. Adicionalmente, dijo la Corte IDH, ello se explica en atención a que, en el caso de los pueblos indígenas su identidad y ciertos derechos individuales, como por ejemplo el derecho a la propiedad o a su territorio, solo pueden ser ejercidos por medio de la colectividad a la que pertenecen<sup>379</sup>.

La segunda, le lleva más esfuerzo interpretativo, y es la vinculada con los derechos de las asociaciones sindicales. El artículo 8.1.a) del Protocolo de San Salvador señala que los trabajadores tienen derecho a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses y «Como proyección de este derecho», los Estados parte permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección.

Para entender esta norma, la Corte IDH nota que la redacción del artículo 8.1.a) del Protocolo es ambigua en tanto no queda claro si confiere o no titularidad de derechos a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, por lo que considera relevante aplicar –como método de interpretación– el *literal* y *sistemático* para interpretar la referida disposición de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos vistos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Protocolo de San Salvador, llegando a la conclusión afirmativa y

378. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 67.

379. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 83.

agregando que, en virtud del principio *pro persona*, al interpretarse el artículo 8.1.a del Protocolo debe optarse por la interpretación que sea más garantista y que, por tanto, no excluya o limite el efecto que pueden tener otros instrumentos como la Carta de la OEA (que reconoce en su artículo 45.g, la contribución de los sindicatos a la sociedad)<sup>380</sup>.

De esta manera la Corte IDH da respuesta a la opinión consultiva solicitada por Panamá en estos sentidos, el destinatario de los derechos reconocidos en la Convención Americana es la persona humana, con las dos excepciones apuntadas.

#### b) *Obligaciones estatales en materia de medio ambiente*

El gobierno colombiano presentó a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva vinculada con las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado.

Este pedido de opinión implicaba que la Corte IDH sentara sus primeros criterios en materia de protección medioambiental, de allí que le dedica a la interpretación, un lugar central.

Por ello, insiste en señalar que la interpretación de las normas puestas a su consideración consultiva recurrirá a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en tanto recoge la regla general y consuetudinaria de interpretación de los tratados internacionales, que implica la aplicación simultánea y conjunta de la buena fe, el sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, el contexto de éstos y el objeto y fin de aquél.

Es relevante el señalamiento al criterio *teleológico*, es decir, al objeto y fin del tratado, esto es la protección de los derechos humanos y su efecto en la interpretación de las normas, las que deberán desarrollarse también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el «mejor ángulo» para la protección de la persona<sup>381</sup>.

Aquí el punto de partida no será la *literalidad* (dado que no existe norma que regule expresamente la protección del medio ambiente), sino la sistematicidad.

---

380. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 97.

381. Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 42.

Dijo la Corte IDH en tal sentido:

*«...es preciso considerar que la presente Opinión Consultiva tiene como objeto interpretar el efecto de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Existe un extenso corpus iuris de derecho ambiental internacional. Conforme a la interpretación sistemática contemplada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen”. Este Tribunal estima que, en aplicación de estas normas, debe tomar en consideración la normativa internacional de protección ambiental al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana, en particular al precisar las medidas que deben adoptar los Estados. En el marco de la presente Opinión Consultiva, la Corte desea subrayar que, aunque no le corresponde emitir una interpretación directa de los distintos instrumentos de derecho ambiental, indudablemente los principios, derechos y obligaciones allí contenidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana»<sup>382</sup>.*

Un tema relevante que se plantea en esta opinión consultiva y que le implicó a la Corte IDH un esfuerzo interpretativo fue el uso del término «jurisdicción» en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en el sentido de que el mismo implica que el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos se debe a toda persona que se encuentre en el territorio del Estado o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control. En otras palabras, si jurisdicción supone que la persona esté en el territorio del Estado o pueda ser víctima estando fuera del mismo (pero imputándosele a aquél).

Para ello, la Corte IDH señala que, conforme las normas de interpretación de tratados, así como aquellas específicas de la Convención Americana, el sentido corriente del término jurisdicción, interpretado de buena fe y teniendo en cuenta el contexto, fin y propósito de la Convención Americana no está limitado al concepto de territorio nacional, sino que abarca un concepto más amplio que incluye ciertas formas de ejercicio de la jurisdicción fuera del territorio del Estado en cuestión.

Como método complementario de interpretación, recurre a los trabajos preparatorios de la CADH para tomar nota que el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana no está restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino que abarca aquellas situaciones donde, aún fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre bajo su jurisdicción. En otras palabras, los Estados no solo podrían llegar a ser responsables internacionalmente por actos u omisiones que les fuesen atribuibles dentro de su territorio, sino también por aquellos actos u omisiones cometidos por fuera de su territorio, pero bajo su jurisdicción<sup>383</sup>.

382. Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 44.

383. Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la

Con estos elementos, el Tribunal entiende que la «jurisdicción» a la que se refiere el artículo 1.1 de la Convención Americana no está limitada al territorio nacional de un Estado, sino que contempla circunstancias en que conductas extraterritoriales de los Estados constituyan un ejercicio de la jurisdicción por parte de dicho Estado<sup>384</sup>.

### c) Exigibilidad de los DESCA

Cuando hablamos de interpretación de los DESCA y en consecuencia del artículo 26 de CADH, hablamos necesariamente de resolver «casos difíciles»<sup>385</sup>. Un ejemplo claro de esta situación nos las brinda tres casos en esta materia resueltos, o más bien, fundamentados por la Corte IDH, en forma completamente distinta.

El primero de ellos fue el caso Cinco pensionistas contra Perú<sup>386</sup>, allí la Corte determinó, en base a la interpretación que hizo del art. 26, qué el deber de desarrollo progresivo y no regresivo solo podía medirse con relación a la totalidad de la población y no solo respecto de un grupo de personas que consideró «no representativo» de la situación general. Años después, en el caso Acevedo Buendía, también contra Perú, la Corte determinó que existe aplicación directa del artículo 26 de la CADH y considera que los derechos sociales se encuentran sujetos a las obligaciones generales. Sin embargo, resuelve en forma contraria a esta afirmación y subsume nuevamente y en forma excluyente el derecho a la salud en los derechos a la integridad física y a la vida<sup>387</sup>. En el tercer caso, Lagos del Campo, la Corte determina, mediante una nueva interpretación del artículo 26, la justiciabilidad directa y autónoma de los DESCA<sup>388</sup>.

Estos cambios de criterio en la interpretación de la Corte IDH podrían responder, al contexto en que evoluciona la interpretación de la Corte, y en este marco, es importante destacar que el contexto no es sólo legal, sino también político y sociológico<sup>389</sup>.

---

integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 77.

- 384. Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 78.
- 385. BAYARDI MARTÍNEZ, C., «Los casos difíciles y la corte IDH: consideraciones sobre la argumentación del caso Lagos del Campo vs. Perú. Revista de la Facultad de Derecho de México», en Tomo LXVIII, Número 272, (Septiembre-Diciembre 2018), <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-1.67595>
- 386. Corte IDH. Caso «Cinco Pensionistas» Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- 387. Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.
- 388. Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.
- 389. BURGORGUE-LARSEN, L., «El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos», en Estudios Constitucionales, Año 12, No 1, (2014), pp. 105-161.

d) *El criterio de la «interpretación más favorable a los derechos humanos o criterio pro persona».*

Este criterio fue aplicado en el caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, en el cual la Corte Interamericana determinó que Paraguay había violado el derecho a la propiedad de la comunidad indígena, y ordenó al Estado paraguayo garantizar la restitución de la propiedad ancestral a la comunidad. La Corte aplicó este criterio para interpretar el derecho a la propiedad de la comunidad indígena de la manera más favorable a los derechos humanos.

e) *El criterio de la «evolución de los estándares internacionales de derechos humanos».*

Este criterio fue aplicado en el caso de Vélez Loor vs. Panamá, en el cual la Corte Interamericana interpretó el derecho al acceso a la información pública, y estableció que dicho derecho no solo incluye el derecho a solicitar información, sino también el derecho a recibir información de oficio. La Corte aplicó este criterio para interpretar el derecho al acceso a la información pública en línea con la evolución de los estándares internacionales de derechos humanos.

f) *El criterio de la «evolución de los estándares internacionales de derechos humanos».*

Este criterio fue aplicado en el caso de Átala Riff y Niñas vs. Chile, en el cual la Corte Interamericana interpretó el derecho a la no discriminación por orientación sexual, y estableció que dicho derecho debe ser interpretado de manera amplia y progresiva. La Corte aplicó este criterio para interpretar el derecho a la no discriminación en línea con la progresividad de los derechos humanos.

## 5. REFLEXIONES FINALES: LA IMPORTANCIA DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EN LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Las implicaciones de la utilización de criterios de interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de los derechos humanos son diversas y pueden ser resumidas en los siguientes puntos:

1. Asegura una protección efectiva de los derechos humanos: La utilización de criterios de interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos asegura una interpretación justa y efectiva de los estándares internacionales de derechos humanos, lo que contribuye a garantizar la protección de los derechos humanos.
2. Promueve una cultura de respeto a los derechos humanos: Los criterios de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son fundamentales para promover una cultura de respeto a los derechos humanos en la región, ya que establecen un marco jurídico claro y consistente para la protección de los derechos humanos.
3. Fomenta la transparencia y la rendición de cuentas: La utilización de criterios de interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos contribuye a fomentar la transparencia y la rendición de cuentas, ya que permite una interpretación clara y consistente de los estándares internacionales de derechos humanos.

Entre las ventajas de la utilización de criterios de interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podemos mencionar:

1. Facilita la resolución de casos complejos: Los criterios de interpretación son herramientas fundamentales para la resolución de casos complejos en los que es necesario aplicar de manera efectiva los estándares internacionales de derechos humanos.
2. Permite una interpretación justa y equitativa de los derechos humanos: La utilización de criterios de interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permite una interpretación justa y equitativa de los derechos humanos, garantizando una protección efectiva de los mismos.

Entre las posibles desventajas de la utilización de criterios de interpretación, podemos mencionar:

1. Posible falta de claridad: En algunos casos, la utilización de criterios de interpretación puede generar falta de claridad sobre su aplicación en situaciones específicas.
2. Posible subjetividad en la interpretación: Los criterios de interpretación pueden ser interpretados de manera subjetiva por los jueces, lo que puede generar divergencias en la interpretación de los estándares internacionales de derechos humanos.

En resumen, la utilización de criterios de interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene implicaciones fundamentales para la protección de los derechos humanos, pero también tiene ventajas y posibles desventajas que deben ser consideradas en su aplicación.



## *Capítulo 6*

# Reflexões sobre o princípio da subsidiariedade, a margem de apreciação e o princípio da proporcionalidade: uma análise comparativa entre os sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos

PAULA VEIGA<sup>390</sup>  
EDUARDO A. S. FIGUEIREDO<sup>391</sup>

SUMÁRIO: 1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. 2. A SUBSIDIARIEDADE. 3. A TEORIA OU DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO. 4. A PROPORCIONALIDADE. 5. CONCLUSÕES.

### **1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Há já várias décadas que «a ordem internacional contemporânea vem experimentando um inegável processo de humanização»<sup>392</sup>, sedimentando-se progressivamente a *pessoa* como «unidade última de referência moral» do sistema internacional<sup>393</sup>. Trata-se, no fundo, de uma das muitas manifestações da «influência

- 
390. Professora Associada e Subdiretora para as áreas académica e pedagógica da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Investigadora integrada do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro da Direção do *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos e do Instituto Jurídico da Comunicação. Membro do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais.
391. Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Investigador colaborador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
392. Citando CARRILLHO SALCEDO, *vide* ALMEIDA, Francisco Ferreira de, Direito internacional público, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 340.
393. FERRAJOLI, L., Constitucionalismo más allá del Estado (trad. por Perfecto Andrés Ibáñez), Madrid, Editorial Trotta, 2018, p. 11; e ainda, afirmando que o que está em causa, bem vistas as coisas, é uma «espécie de regresso às origens», *vide* ALMEIDA, F., «A humanização do direito

do paradigma constitucional no campo do direito internacional», hoje também acompanhado de um processo de progressiva abertura das Constituições nacionais a este ramo do direito (por vezes, com uma intensidade tal que poderá fazer sentido referirmo-nos a um processo de *integração mútua*)<sup>394</sup>. No plano da *jusfundamentalidade*, é o postulado axiológico-normativo da *dignidade humana* que serve, por excelência, de elemento agregador de um sistema (que já se generalizou apelidar de *multinível*<sup>395</sup>) no qual se multiplicam – e, não raras vezes, sobrepõem – os planos, fontes e mecanismos de tutela<sup>396</sup>.

Os sistemas regionais (europeu, interamericano e africano<sup>397</sup>) de proteção de direitos humanos emergiram com o principal objetivo de complementar o sistema universal (também conhecido por «Sistema das Nações Unidas») e os sistemas nacionais, assegurando o respeito, proteção e promoção dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana nos vários continentes e regiões do globo, mormente considerando as «peculiaridades históricas» e «identidades culturais» dos povos dos Estados abrangidos. Assim se assegura, dentro do possível, uma «melhor percepção dos fatores de vulnerabilidade que mais urge combater e dos mecanismos de proteção mais ajustados, nesse âmbito»<sup>398</sup>, bem como a concordância prática entre o valor do universalismo dos direitos humanos e a necessidade imperiosa de se respeitarem as identidades regionais e nacionais e os valores partilhados por determinadas pessoas e comunidades (aquiilo que, em muitos casos, se tem apelidado de «relativismo cultural»)<sup>399</sup>.

---

internacional», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 93 (II), (2017), p. 693; STOLLEIS, M. «The constitutional State in transition to the age of globalization», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 95 (II), (2019), p. 1339.

- 394. VEIGA, P., Direito constitucional e direito internacional no contexto do constitucionalismo global: um roteiro pedagógico, Lisboa, Petrony Editora, 2020, pp. 29-31; e ainda, dando conta da existência de correntes doutrinais que se têm pronunciado pela «impossibilidade de “reconstrução” do constitucionalismo a nível global e internacional», *vide* QUEIROZ, C., Direito constitucional internacional, Lisboa, Petrony Editora, 2016, pp. 78 e ss.
- 395. A expressão foi inaugurada por Ingolf Pernice para a realidade da União Europeia, tendo depois sido adotada por vários defensores do constitucionalismo para além do Estado, como é o caso de Armin von Bogdandy e J. J. Gomes Canotilho.
- 396. SILVA, S. Tavares da, Direitos fundamentais na arena global, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 26. E note-se, acompanhamos, sem reservas, a Autora quando afirma que «do mesmo modo que reconhecemos o caráter fundante da dignidade, acompanhamos aqueles que alertam para a necessidade de não “banalizar” o conceito, sobretudo quando trabalhamos o seu conteúdo normativo».
- 397. Sobre os sistemas de proteção de direitos humanos em sedimentação no continente asiático e no mundo árabe, *vide* MESQUITA, M. J. Rangel de, Justiça internacional – Lições: Parte II – Justiça internacional regional, Lisboa, AAFLD Editora, 2020, pp. 60-63.
- 398. RIBEIRO, J.; ANTUNES, M.; SANTOS, O., Direitos humanos / Direitos fundamentais: os sistemas internacional e angolano de proteção, Lisboa, Petrony Editora, 2020, p. 43.
- 399. Há, porém, quem considere que a existência destes sistemas regionais contribui para uma certa fragmentação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, desvirtuando a sua aspiração ou pretensão de universalidade. Para maiores desenvolvimentos em torno da tensão entre universalismo e interculturalidade, *vide*, por exemplo, COUTINHO, L., «Os discursos dos direitos humanos e a sua proteção internacional», in AA. VV., Estudos em

Ao longo do presente escrito, concentraremos a nossa atenção nos sistemas europeu e interamericano de proteção de direitos humanos, nunca olvidando que a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) foi fortemente influenciada pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), quer no que respeita aos direitos reconhecidos quer em matéria de sistema de controlo<sup>400</sup>. Muitas das soluções originariamente adotadas no âmbito do sistema europeu foram, pois, *transplantadas* para o interamericano, não obstante as significativas diferenças que, nos dias que correm, apartam ambos os sistemas, nomeadamente no que respeita à sua estrutura e modo de funcionamento<sup>401</sup>. Isso não significa, de forma alguma, que estes tenham deixado de se influenciar de forma recíproca, palpável e significativa. Basta pensar-se, por exemplo, no fenómeno do diálogo judicial (*judicial dialogue*), quer levado a cabo de modo formal quer informal<sup>402</sup>. A este propósito, são, por exemplo, identificáveis múltiplos casos de *cross-referencing* (i.e. de referência por parte do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos ou TIADH<sup>403</sup> a decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ou TEDH<sup>404</sup>, e vice-versa<sup>405</sup>), o que tem, sem espaço

---

Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda – Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, (2012), pp. 288-293.

400. MARTINS, A., Direito internacional dos direitos humanos, Coimbra, Almedina, 2016, p. 296. Importa não olvidar, porém, que «o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos». Além disso, impõe-se também notar que, aquando da criação deste sistema, «havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional». Cf. PIOVESAN, F., «Força integradora e catalisadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional», in AA. VV., Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda – Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora (2012), p. 103.
401. A entrada em vigor, a 1 de novembro de 1998, do Protocolo Adicional n.º 11 à Convenção de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais foi absolutamente crucial nesse sentido. Em suma, este Protocolo simplificou e reforçou o sistema de garantia dos direitos – designadamente, suprimindo a antiga *Comissão Europeia dos Direitos do Homem* – e tornou obrigatória a jurisdição do TEDH para receber queixas dos Estados e «petições» individuais. Cf. MIRANDA, J., Curso de direito internacional público, 6.ª edição, Cascais, Príncípia, 2016, pp. 346 e 351; BOU FRANCH, V.; CASTILLO DAUDÍ, M., Derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 169; e ainda, ROZEIRA, G., «Admissibilidade da queixa», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2020), pp. 3084 e ss.
402. Para maiores desenvolvimentos, *vide* MOINZ, A., Os direitos fundamentais e a sua circunstância: crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 224 e ss.
403. Também conhecida por «Corte Interamericana de Direitos Humanos».
404. Tenha-se em conta, por exemplo, os casos *«The Last Temptation of Christ»* (Olmedo Bustos et al.) c. Chile, de 5 de fevereiro de 2001 (que faz uma referência expressa ao caso *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de dezembro de 1976); e *Cinco Pensionistas c. Perú*, de 28 de fevereiro de 2003 (que cita expressamente o caso *Gaygusuz c. Áustria*, de 16 de setembro de 1996). E note-se, a «frequente recorrência à jurisprudência europeia, constante desde a criação do TIADH, mostra que não se trata de um fenômeno contingente, mas sim estrutural». Cf.

para dúvidas, ajudado a racionalizar, legitimar e coordenar a jurisprudência em matéria de direitos humanos<sup>406</sup>.

E note-se, na «atual encruzilhada transnacional», esta análise não pode ser levada a cabo sem que se tome devidamente em conta o «problema dos conflitos normativos entre diferentes sistemas jurídicos», o que demanda uma reconstrução das conceções teóricas clássicas em torno desta temática<sup>407</sup>. Neste contexto, subscrevemos as teses daqueles que entendem que a articulação entre sistemas jurídicos sobrepostos ou sobreponíveis (nomeadamente, os *sistemas regionais de proteção de direitos humanos* e os *sistemas nacionais de tutela de direitos fundamentais*) não se deve basear numa qualquer lógica de exclusão mútua ou dinâmica hierárquica, mas antes na capacidade de cada um deles de, em concreto, assegurar um *nível mais elevado de proteção dos direitos em causa*<sup>408/409</sup>. Nesse âmbito, as potencialidades dos

---

SCHELL, S., «Relações entre a Convenção e o direito interamericano dos direitos humanos», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), p. 230. E acrescenta a Autora: «se é um facto que o TIADH busca a sua legitimização na universalidade, enquanto o TEDH busca a sua legitimização de modo predominante nas tradições jurídicas dos Estados sob sua jurisdição, não citando tanto o TIADH como é citado por este, há uma tendência de convergência entre as suas posições» (p. 238).

- 405. *Vide*, por exemplo, o caso *Marguš c. Croácia*, de 13 de novembro de 2012, no qual o TEDH se reportou, por diversas vezes, à decisão do TIADH no caso *Gelman c. Uruguai*, de 24 de fevereiro de 2011. São igualmente dignos de menção os casos *Tautkus c. Lituânia*, de 27 de novembro de 2012; *Fabris c. França*, de 7 de fevereiro de 2013; e *Vallianatos e Outros c. Grécia*, de 7 de novembro de 2013.
- 406. SEIBERT-FOHR, A., «Judicial dialogue from an inter-regional perspective», in AA. VV., Dialogue between Regional Human Rights Courts, Costa Rica: Inter-American Court of Human Rights, (2018), p. 179. E acrescenta a Autora: «Whether such exchanges also have a real practical effect and thus actually reinforce the protection of human rights ultimately depends on persuasion. It is therefore necessary to recognize that the persuasive force of cross-referencing may vary and depends on the respective context» (p. 184).
- 407. MEDEIROS, R., A constituição portuguesa num contexto global, Lisboa, Universidade Católica Editora 2019, p. 249. De forma pertinente, afirma o Autor: «não podendo os conflitos ser resolvidos com base em estruturas hierárquicas, a harmonização pressupõe diálogo e consideração recíproca» (p. 252).
- 408. Trata-se, no fundo, de abandonar um paradigma intrinsecamente hierárquico e concorrente, abraçando, em prol do princípio da unidade, uma abordagem baseada no diálogo e na cooperação, porventura bem mais adequada à realidade hodierna. A «bondade material das decisões adotadas quer num domínio, quer no outro» deve ser o único critério a mobilizar para a determinação da solução a adotar. Cf. VEIGA, P., Direito constitucional e direito internacional no contexto do constitucionalismo global: um roteiro pedagógico, p. 74; e ainda, de forma geral, *vide* CANOTILHO, M., O princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.
- 409. Continuando a referir-se a um modelo hierárquico de relacionamento entre as fontes, Antonio Ruggeri sugere que o critério clássico da «hierarquia segundo a forma» está a ser progressivamente substituído por um critério de «hierarquia segundo o valor». Cf. RUGGERI, A., «Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione

sistemas regionais de proteção de direitos humanos são inúmeras, desde logo por força da presença de interesses compartilhados de tutela, da concordância com certos padrões ou *standards* mínimos de proteção jusfundamental e da existência de significativas influências e dinâmicas de fiscalização recíproca entre pares. Importa não escamotear, porém, que a doutrina está longe de ser consensual relativamente a este ponto, desde logo em razão do facto de esta não ser uma questão meramente técnica, mas antes uma querela com uma «inequívoca dimensão política» e «clara relevância político-constitucional»<sup>410</sup>.

Neste quadro, ao longo das próximas páginas, será nosso desiderato sistematizar as mais importantes manifestações prático-normativas e dogmático-jurisprudenciais do princípio da subsidiariedade no âmbito dos sistemas regionais europeu e inter-americano de proteção de direitos humanos. Em especial, procuraremos dedicar a nossa atenção à teoria da margem de apreciação e ao modo como a mesma tem moldado profundamente a forma como ambos os sistemas de proteção de direitos humanos em estudo se relacionam com o direito interno dos Estados-Partes, buscando equilibrar *direitos humanos* e *direitos constitucionais*. Terminaremos, depois, com uma breve menção ao princípio da proporcionalidade e ao importante papel desempenhado pelo mesmo no âmbito destes importantes sistemas de tutela jusfundamental.

## 2. A SUBSIDIARIEDADE

É sabido que os sistemas supranacionais de proteção de direitos humanos têm caráter *subsidiário*, cabendo, em primeiro lugar, ao direito interno prevenir e sancionar eventuais violações de direitos e liberdades<sup>411/412</sup>. Tal justifica-se, desde logo, pelo melhor posicionamento das autoridades nacionais para tomar em consideração as especificidades, condições e necessidades locais, bem como para se pronunciar relativamente a questões sensíveis e de elevada complexidade fática e

---

“multilivello” del sistema delle fonti», in Studi parlamentari e di politica costituzionale, n.º 155-156, (2007), pp. 65 e ss.

- 410. MEDEIROS, R., A constituição portuguesa num contexto global, p. 289.
- 411. VEIGA, P., Direito constitucional e direito internacional no contexto do constitucionalismo global: um roteiro pedagógico, p. 75; e ainda, para maiores desenvolvimentos, *vide* SHABAS, W., The European Convention on Human Rights: a commentary, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 765-766.
- 412. Neste sentido aponta, de resto, a CADH quando dispõe no seu preâmbulo: «Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos» (itálicos nossos). O mesmo acontece com a CEDH, a qual, desde a entrada em vigor do seu Protocolo Adicional n.º 15 (adotado na sequência da Declaração de Brighton), passou a dispor expressamente no seu preâmbulo que «as Altas Partes Contratantes, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, têm a responsabilidade primária de assegurar os direitos e liberdades definidos nesta Convenção e nos seus Protocolos» (itálicos nossos).

jurídico-dogmática. Por outro lado, a ideia de subsidiariedade torna possível que os órgãos supranacionais, antes de se debruçarem sobre a concreta questão que lhes foi colocada, se possam informar e familiarizar com as visões expressas e posições assumidas pelas autoridades nacionais<sup>413</sup>.

Uma das principais evidências do caráter subsidiário dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos é a importância reconhecida ao *princípio do prévio esgotamento dos meios internos de recurso* (arts. 34.º e 35.º da CEDH e 46.º/1/a) da CADH<sup>414/415</sup>, assim se evitando, por um lado, que os órgãos supranacionais se façam, sem mais, substituir às autoridades nacionais e, por outro lado, que se limitem a servir, na prática, como meros «órgãos de recurso». De forma mais pragmática, pode também considerar-se que, deste modo, se previne o entupimento dos órgãos em causa com um insuportável número de queixas (consustanciando estas, na maioria dos casos, evidências claras daquilo a que David Maxwell Fyfe apelidou de «litigância frívola»<sup>416</sup>...), arriscando-se à sua paralisação ou total inoperância<sup>417</sup>. E note-se, a consagração de um tal vetor principiológico não configura, em boa verdade, uma inovação sistémica, mas apenas a expressão dos mais básicos «princípios de direito internacional geralmente reconhecidos»<sup>418</sup>.

Ora, não obstante as razões que fundamentam esta exigência sejam perfeitamente lógicas e plausíveis, muitas são as dificuldades colocadas pela mesma no plano da sua aplicação prática, persistindo divergências no que respeita à «interpretação

- 
- 413. Por todos, *vide* HARRIS, D. J. et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, 3<sup>rd</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 47.
  - 414. Note-se que o princípio do esgotamento dos meios internos de recurso implica uma «obrigação paralela para os Estados, na medida em que supõe a existência de um aparato judicial que funcione e que contemple os recursos apropriados para proteger as pessoas no exercício dos seus direitos humanos». Cf. FAÚNDEZ LEDESMA, H., «El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», in Revista IIDH, vol. 46, (2007), p. 44. É por isso, aliás, que a doutrina tem considerado que o mesmo se encontra logicamente relacionado com o direito a um recurso efetivo perante uma instância nacional (cf. arts. 13.º da CEDH e 1.º e 25.º CADH). Sobre este complexo vetor jusfundamental, *vide* MARTINS, P. F., «Recurso efetivo a nível interno», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. III*, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2020), pp. 2561 e ss.
  - 415. Sobre as particularidades do esgotamento dos meios internos de recurso no caso português, *vide* HOMEN, F. A., *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o sistema de proteção de direitos fundamentais nacionais. Estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 157 e ss.
  - 416. SHABAS, W. A., *The European Convention on Human Rights: a commentary*, p. 754. E note-se, de forma relevante, a doutrina tem notado que «é o enorme volume de litigância que assoberba o TEDH que tem motivado a evolução do sistema convencional de requisitos de admissibilidade num sentido claramente restritivo e de cada vez menor flexibilidade». Cf. ROZEIRA, G. «Admissibilidade da queixa», p. 3085.
  - 417. BANTEKAS, I.; OETTE, L. *International human rights: law and practice*, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 310.
  - 418. ROZEIRA, G. «Admissibilidade da queixa», p. 3087.

da sua natureza, alcance e efeitos»<sup>419</sup>. Não é fácil, portanto, determinar quais os meios internos de recurso disponíveis e, principalmente, individualizar aqueles que o queixoso tinha, no caso concreto, a obrigação de exaurir; a isto acresce, naturalmente, a necessidade de se avaliar a (falta de) eficácia dos recursos em causa e o período de tempo que os mesmos consomem, bem como apreciar a conduta do Estado demandado, mormente sindicando a sua ação em termos de imposição de obstáculos aos recorrentes com vista a limitar – ou mesmo vedar – a acessibilidade a tais meios ou a sua operacionalidade<sup>420</sup>. Pode, nessa medida, afirmar-se que este vetor principiológico apresenta uma apurada *dimensão política*, implicando «um veredito na capacidade do sistema jurídico interno em questão de responder adequadamente à violação alegada»<sup>421</sup>.

Aqui chegados, cabe-nos densificar, ainda que apenas perfuntoriamente, o conteúdo deste vetor principiológico. Vejamos.

Desde logo, importa deixar claro que os queixosos só terão de exaurir os meios internos de recurso que, na teoria e na prática, se encontrem disponíveis e acessíveis (*disponibilidade e acessibilidade*) e que sejam suscetíveis de remediar a situação sindicada com razoáveis perspetivas de sucesso (*adequação e efetividade*<sup>422</sup>)<sup>423</sup>. Assim, quando não existam meios internos de recurso a exaurir (ou estes não se encontrem

419. Cf. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, «El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», p. 46. A título de exemplo, a doutrina tem questionado a natureza deste instituto: por um lado, há quem considere estarmos ante um *mero requisito ou condição de admissibilidade da queixa apresentada*; por outro lado, há quem entenda que a exaustão dos meios internos de recurso se configura como um *verdadeiro direito do Estado demandado*, o qual pode, pois, ser objeto de renúncia (ou, melhor dizendo, *não ser exercido*) por este, de forma expressa ou tácita. E a verdade é que, muito embora os textos da CEDH e da CADH pareçam apontar no primeiro sentido, vários «princípios de direito internacional geralmente reconhecidos» (*rectius*, a prática internacional) parecem inclinar-se para o segundo. Ao nível jurisprudencial, a questão já foi analisada pelo TEDH a propósito do caso *De Wilde, Ooms e Versyp c. Bélgica*, de 18 de junho de 1971; já no âmbito do TIADH, vejam-se os casos *Viviana Gallardo e Outras c. Costa Rica*, de 8 de setembro de 1983; *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, de 29 de julho de 1988; *Godínez Cruz c. Honduras*, de 20 de janeiro de 1989; e *Fairén Garbi e Solís Corrales c. Honduras*, de 15 de março de 1989.

420. *Ibidem*.

421. BANTEKAS, I.; OETTE, L., *International human rights: law and practice*, p. 310.

422. Esta distinção é levada a cabo, no essencial, pelo TIADH, já tendo o Tribunal afirmado expressamente, a propósito do requisito da *adequação*, que «a regra do esgotamento de recursos internos visa a produção de um efeito», não podendo da mesma resultar efeito nenhum ou efeitos manifestamente absurdos e irrazoáveis. Já a *efetividade* pressupõe que tais meios internos de recurso sejam «capazes de produzir o resultado para o qual foram concebidos». São, pelo menos, quatro as situações em que o TIADH tem reconhecido falta de eficácia a determinados meios internos de recurso: (1) quando se subordinem os mesmos ao cumprimento de exigências processuais que os tornam inaplicáveis; (2) quando careçam de força para vincular as autoridades em causa; (3) quando resultem perigosos para os interessados; (4) quando não sejam aplicados imparcialmente. Cf. FAÚNDEZ LEDESMA, H., «El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», p. 70.

*disponíveis e acessíveis*), o ato recorrido irá, *per se*, servir de «decisão final» para efeitos de apresentação da queixa<sup>424</sup>. Por outro lado, existindo meios internos de recurso disponíveis e acessíveis, o princípio em análise só se terá por observado uma vez provada a prévia apresentação de queixa (1) perante os órgãos nacionais adequados<sup>425</sup> (o que, como tem demonstrado a experiência, depende mais do direito em causa do que do órgão propriamente dito); (2) nas formas e prazos previstos no direito interno<sup>426</sup>; (3) e apelando à sua apreciação substancial<sup>427</sup>. E note-se, mesmo que as autoridades nacionais tenham indeferido o pedido em razão da não observância de normas técnicas ou processuais, caso se tenham debruçado sobre o mérito ou fundo da questão, então a exaustão dos meios internos de recurso poderá dar-se por verificada. Tenha-se ainda em consideração que, quando existam duas ou mais vias de recurso disponíveis e acessíveis, bastará a exaustão de uma delas para que este vetor principiológico se tenha por satisfeito – afinal de contas, «não pode

- 
423. HARRIS, D. J. *et al.*, Law of the European Convention on Human Rights, pp. 51-52; e ainda, BOU FRANCH, V.; CASTILLO DAUDÍ, M. Derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, 175. A este propósito, *vide*, a título de exemplo, na jurisprudência do TEDH, os casos *Akdivar e Outros c. Turquia*, de 16 de setembro de 1996; *Aksøy c. Turquia*, de 18 de dezembro de 1996; *Kleyn e Outros c. Países Baixos*, de 6 de maio de 2003; *Sejdovic c. Itália*, de 1 de março de 2006; *Cennet Ayhan e Mehmet Salih Ayhan c. Turquia*, de 11 de dezembro de 2006; *Mooren c. Alemanha*, de 9 de julho de 2009; *McFarlane c. Irlanda*, de 10 de setembro de 2010. Já na jurisprudência do TIADH, *vide* os casos *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, de 29 de julho de 1988; *Godínez Cruz c. Honduras*, de 20 de janeiro de 1989; e *Fairén Garbi e Solís Corrales c. Honduras*, de 15 de março de 1989.
424. SHAW, M. N., International law, 7<sup>th</sup> Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 257.
425. Tratam-se, pois, de meios de recurso – de *natureza administrativa* ou *jurisdiccional*; de caráter *ordinário* ou *extraordinário* – da jurisdição interna do Estado demandado, devendo os mesmos ser exauridos integralmente (não bastando, por exemplo, a existência de uma decisão que coloque fim a um mero incidente processual). E note-se, não poderá constituir óbice à satisfação destes requisitos o facto de o queixoso residir em Estado distinto daquele ao qual imputa a violação de normas da Convenção. Cf. FAÚNDEZ LEDESMA, H. «El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», pp. 52-56.
426. A rejeição pela autoridade nacional da utilização de um meio interno com fundamento na violação de normas técnicas ou processuais (*v.g.*, irregularidades processuais ou incumprimento de prazos) é considerada como equivalendo ao não esgotamento prévio de tais meios. Cf. ROZEIRA, G. G., «Admissibilidade da queixa», p. 3088; e ainda, CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 402 e ss.
427. De acordo com o TEDH, tal não pressupõe a menção ou invocação expressa, no caso concreto, de preceitos da CEDH. É, porém, indispensável que «a essência do bem jurídico protegido pela norma convencional tenha sido suscitada ao abrigo de disposições equivalentes de direito interno, sob pena de este requisito de verificar como não preenchido». Cf. ROZEIRA, G., «Admissibilidade da queixa», p. 3088; e ainda, no plano jurisprudencial, *vide* o conhecido caso *Fressoz e Roire c. França*, de 21 de janeiro de 1999 (*vide*, especialmente, os parágrafos 33 a 37). Resta saber se este entendimento deve ser mantido naqueles casos em que a Convenção foi incorporada no direito interno, sendo debatida e aplicada diariamente pelos tribunais nacionais (veja-se, por exemplo, o caso do Reino Unido).

requerer-se ao demandante que utilize um meio de recurso que vise, no essencial, a prossecução do mesmo fim do meio anteriormente utilizado, sem que isso lhe garanta uma mais elevada chance de sucesso»<sup>428</sup>.

Igualmente digna de menção é a justa repartição do ónus da prova que se estabeleceu neste âmbito. Assim sendo, numa fase inicial, cabe ao queixoso providenciar dados que comprovem a prévia exaustão dos meios internos de recurso<sup>429</sup>. Mais adiante, assim que o Estado demandado for notificado para apresentar as suas observações, caso pretenda lançar mão da exceção de não exaustão dos meios internos de recurso, terá de o fazer de forma clara, oportuna, expressa e incontrovertida<sup>430</sup>. Nesse caso, caber-lhe-á provar a *acessibilidade, adequação e efetividade* dos recursos *disponíveis*, mormente recorrendo à prática e/ou jurisprudência internas (em ambos os casos, anterior à data de apresentação da queixa), sem prejuízo da existência de casos excepcionais que se possam justificar em razão das particularidades do caso concreto<sup>431</sup>. Se o Estado em causa lograr realizar tal prova, haverá lugar a uma *inversão do ónus*, passando a caber ao queixoso a obrigação de provar que os meios internos de recurso em causa foram devidamente exauridos ou que se verificaram circunstâncias que dispensavam a observância de tal exigência.

Cabe ainda precisar que, no caso do sistema europeu de proteção de direitos humanos, é o TEDH a entidade encarregada por apreciar detalhadamente esta questão, podendo declinar a queixa apresentada se considerar que o queixoso não fez um uso normal das vias de recurso disponíveis/acessíveis e suficientes para a reparação da violação que alega<sup>432</sup>. Já no que respeita ao sistema interamericano, é, em regra, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIADH) que cabe pronunciar-se sobre o respeito (ou não) desta exigência. Casos há, porém, em que se reconhece competência ao TIADH nesse sentido, seja em razão da existência de discrepâncias em torno dos critérios utilizados pela Comissão; seja porque a mesma se absteve, por alguma razão, de se pronunciar sobre a questão; seja, ainda, porque o Estado demandado não invocou esta exceção ante a Comissão, fazendo-o somente, numa fase posterior, ante o Tribunal<sup>433</sup>.

- 
428. SCHABAS, W. A., *The European Convention on Human Rights: a commentary*, p. 767.
429. Colocando em evidência a «função pedagógica» desta exigência, *vide* ROZEIRA, G. G., «Admissibilidade da queixa», p. 3113.
430. Segundo o TIADH, se o Estado não invocar a exceção de não exaustão dos meios internos de recurso, está a renunciar ou prescindir, mesmo que tacitamente, de um mecanismo de defesa que a Convenção estabelece a seu favor. Cf. FAÚNDEZ LEDESMA, H. «El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», p. 105.
431. MESQUITA, M. J. Rangel de, *Justiça internacional – Lições: Parte II – Justiça internacional regional*, p. 163.
432. SPANO, R., «Universality or diversity of human rights? Strasbourg in the age of subsidiarity», in *Human Rights Law Review*, n.º 14 (2014), p. 500.
433. FAÚNDEZ LEDESMA, H., «El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», p. 112; e ainda, GONZÁLEZ SERRANO, A.; SANABRIA MOYANO, J. E.; MELÉNDEZ SALAMANCA, María I., «Unión de la excepción

Note-se também que a aplicação inflexível do princípio da subsidiariedade poderá conduzir a resultados perversos ou indesejáveis<sup>434</sup>. Tem-se considerado, por isso, que este vetor principiológico deve ser aplicado com um «certo grau de flexibilidade e sem formalismo excessivo», rejeitando-se o seu «caráter absoluto» e a sua «aplicação automática»<sup>435</sup>. Nessa medida, casos há em que o queixoso não terá que provar a prévia exaustão dos meios internos de recurso.

No caso da CADH, tais situações encontram-se expressamente previstas no n.º 2 do seu art. 46.º: «(1) quando não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; (2) quando não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos de jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; (3) quando houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos»<sup>436</sup>. Apesar de a CIADH considerar que esta lista tem caráter taxativo, o TIADH tem interpretado este preceito de forma bem mais flexível, considerando que o mesmo assume uma natureza meramente exemplificativa ou ilustrativa<sup>437</sup>. A estas situações haverá, portanto, de acrescentar-se outras tantas, como, por exemplo, os casos de violação sistemática dos direitos humanos com base em motivos discriminatórios<sup>438</sup>; as situações em que um «indigente necessite de apoio judiciário para a proteção eficaz de um direito garantido pela Convenção e a sua indigência o impedir de obter um tal apoio»<sup>439</sup>; e, ainda, os casos em que «existe um medo generalizado dos advogados de prestar patrocínio judiciário a uma pessoa que a requer e esta não pode, por essa razão, obtê-lo»<sup>440</sup>.

Embora a CEDH não possua um preceito análogo ao art. 46.º/2 da CADH, a jurisprudência do TEDH é já suficientemente robusta para se identificarem as situações em que os recorrentes estão dispensados de exaurir os meios internos de recurso. Tal acontece, designadamente, quando:

preliminar falta de agotamiento de recursos internos con el fondo del asunto», in Saber, Ciencia y Libertad, vol. 13, n.º 1, (2018), pp. 62-87.

- 434. MACHADO, J. E. M., Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro, 5.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 433.
- 435. Vide, por exemplo, o caso *Selmouni c. França*, de 28 de julho de 1999 (em especial, veja-se o parágrafo 77).
- 436. A este propósito, há que ter em conta aspectos tão diversos como (1) a complexidade do assunto; (2) a atividade processual do próprio interessado; e (3) a conduta das autoridades judiciais. No âmbito do TIADH, vide, por exemplo, os casos *Genie Lacayo c. Nicarágua*, 29 de janeiro de 1997; *Suárez Rosero c. Equador*, 12 de novembro de 1997; e *Massacres «Las Dos Erres» c. Guatemala*, de 24 de novembro de 2009.
- 437. Vide, uma vez mais, os casos *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, de 29 de julho de 1988; *Godínez Cruz c. Honduras*, de 20 de janeiro de 1989; e *Fairén Garbi e Solís Corrales c. Honduras*, de 15 de março de 1989.
- 438. Na doutrina, vide FAÚNDEZ LEDESMA, H. «El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», p. 81.
- 439. Vide a *Opinião Consultiva* n.º 11, de 10 de agosto de 1990, §31. E ainda, na jurisprudência, o caso *Constantine e Benjamin e Outros c. República de Trindade e Tobago*, de 21 de junho de 2002.
- 440. *Opinião Consultiva* n.º 11, de 10 de agosto de 1990, §35.

- 1) Estejam em causa medidas legislativas ou administrativas sistematicamente adotadas em violação da CEDH e toleradas, para além de qualquer «dúvida razoável», por parte das autoridades nacionais, de tal forma que qualquer procedimento interno se vem a revelar fútil, inútil ou ineficaz<sup>441</sup>;
- 2) Se verifiquem «circunstâncias especiais ou particulares», i.e., quando existam circunstâncias fáticas que demonstrem que o acesso a determinados meios de recurso se pode afigurar perigoso ou absolutamente impossível para o demandante (não parecendo ser, no entanto, suficiente que um tal acesso seja particularmente difícil ou especialmente oneroso<sup>442</sup>);
- 3) Tais meios internos de recurso sejam desproporcionados ou utilizados como autênticos «expedientes dilatórios»<sup>443</sup> – pense-se, por exemplo, no prolongamento irrazoável de investigações sobre as violações alegadas, sem que exista qualquer evidência de progressos.

Interessante também é notar que o TEDH se tem «revelado relutante em considerar que a falta de recursos económicos possa consubstanciar um fundamento com base no qual os demandantes possam ver-se livres do requisito da exaustão dos meios internos de recurso», tal como se pode comprovar pela posição assumida pelo mesmo no caso *Van Oosterwijk c. Bélgica*, de 14 de fevereiro de 1974<sup>444</sup>.

Por fim, cabe notar que o Tribunal de Estrasburgo tem entendido que a afirmação da observância deste importante vetor principiológico deve ser efetuada à data de apresentação da queixa, sem prejuízo da existência de exceções nos casos de superveniência de novas vias de recurso<sup>445</sup>. Já o TIADH tem entendido que o momento relevante a ter em conta deve ser, em regra, o da análise efetiva da queixa pela CIADH.

Em suma, como se pôde ver, o principal objetivo deste vetor principiológico é o de reconhecer e respeitar a soberania dos Estados, ao mesmo tempo que se assegura a proteção efetiva dos direitos e liberdades consagradas nos diplomas de direito internacional dos direitos humanos. E note-se, uma das decorrências lógicas do caráter subsidiário dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos é justamente o reconhecimento

---

441. Incluem-se aqui os casos de violação grave e maciça de direitos humanos. Vide, por exemplos, os casos *Akdivar e Outros c. Turquia*, de 16 de setembro de 1996, §67; *Aksoy c. Turquia*, de 18 de dezembro de 1996, §52.

442. Note-se, igualmente, que «o simples facto de existirem dúvidas sobre as possibilidades de sucesso de uma particular via de recurso que não é com evidência votada ao fracasso não constitui uma razão adequada para justificar a não utilização da via de recurso em questão». Cf. MESQUITA, M. J. Rangel de, Justiça internacional – Lições: Parte II – Justiça internacional regional, p. 166.

443. Neste sentido, vide os casos *Vaney c. França*, de 30 de novembro de 2004, e *Veriter c. França*, de 14 de janeiro de 2011.

444. Vide, em especial, o parágrafo 38.

445. MESQUITA, M. J. Rangel de, Justiça internacional – Lições: Parte II – Justiça internacional regional, p. 168.

da teoria da margem de apreciação dos Estados na aplicação das Convenções<sup>446</sup> (para os efeitos que aqui nos interessam, da CEDH e da CADH). Vejamos.

### 3. A TEORIA OU DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO

A teoria ou doutrina da margem de apreciação<sup>447</sup> foi originariamente configurada no seio do sistema europeu de proteção de direitos humanos, mais especificamente pela antiga *Comissão Europeia dos Direitos do Homem*, no famoso caso *Grécia c. Reino Unido*, de 14 de dezembro de 1959 (embora aí se tenha utilizado o termo «discrição» e não «margem de apreciação»)<sup>448</sup>. Mais tarde, o próprio TEDH viria a mobilizar esta teoria, de forma implícita, no caso *Lawless c. Irlanda*, de 1 de julho de 1961, e, explicitamente, nos casos *De Wilde, Ooms e Versyp c. Bélgica*, de 18 de junho de 1971, e *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de dezembro de 1976. Atualmente, a doutrina da margem de apreciação é inclusive mencionada no Preâmbulo da CEDH: «(...) as Altas Partes Contratantes (...) gozam de uma *margem de apreciação*, sujeita à *supervisão* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos»<sup>449</sup> (itálicos nossos). Assim, parece poder afirmar-se que esta ferramenta metodológica «apresenta uma tradição sólida no contexto da jurisprudência dedicada aos direitos humanos, em particular do TEDH, constituindo um meio para definir as relações entre este e as autoridades estaduais nacionais»<sup>450</sup>.

Ora, de forma simples, a denominada «margem de apreciação» remete-nos para o «espaço de manobra» que, em certos casos, o TEDH está disposto a reconhecer às autoridades nacionais (quer de natureza legislativa, administrativa ou judicial) para efeitos de delimitação ou especificação das suas obrigações de respeito, proteção e promoção dos direitos e liberdades consagradas na CEDH<sup>451</sup>. Estamos, no fundo, ante uma «manifestação substantiva do princípio da subsidiariedade»<sup>452</sup>, a qual

- 
- 446. MARTINS, A. M. Guerra, Direito internacional dos direitos humanos, p. 198.
  - 447. Sobre este conceito, em geral, *vide* LEGG, A. The margin of appreciation in international human rights law, Oxford, Oxford University Press, 2012.
  - 448. MAC CROIRE, B., «Margem de apreciação dos Estados», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2020), pp. 2721-2722.
  - 449. Relembreamos que tal só ocorreu após a entrada em vigor, no dia 1 de agosto de 2021, do Protocolo Adicional n.º 15 à CEDH.
  - 450. MONIZ, A. R., Os direitos fundamentais e a sua circunstância: crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global, p. 241.
  - 451. Fora do âmbito de aplicação da teoria ou doutrina da margem de apreciação ficariam, à partida, os direitos que não admitem restrições ou derrogações, mesmo em situação de estado de sítio ou de emergência (veja-se, por exemplo, o caso do *direito à proibição da tortura e de outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*). Apesar disso, há quem entenda que, na prática, esta teoria parece ter-se estendido à interpretação de todos os direitos consagrados na Convenção. Neste sentido, *vide* MC GOLDIRCK, D., «A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee», in International and Comparative Law Quarterly, vol. 65, (2016), p. 23.
  - 452. MESQUITA, M. J. Rangel de, Justiça internacional – Lições: Parte II – Justiça internacional regional, p. 274. Afinal de contas, dado o «contacto direto e contínuo com as forças vitais

visa conciliar a «delicada tarefa de ponderar a soberania dos Estados-partes com as suas obrigações decorrentes da Convenção»<sup>453</sup> / <sup>454</sup>, designadamente por via da assunção por parte dos órgãos supranacionais de uma atitude de «auto-contenção» (*self-constraint*)<sup>455</sup> em razão do reconhecimento da existência de diferentes tradições culturais e jurídicas na arena europeia (ou, se quisermos, de um complexo «relativismo moral» que não pode ser ignorado em tempos de *multiculturalismo*<sup>456</sup>), o que torna muito difícil o estabelecimento de *standards* jusfundamentais uniformes e aceites por todos (cabendo, pois, à CEDH assumir apenas o papel de «mínimo denominador comum»)<sup>457</sup>.

Note-se, porém, que a extensão da margem de apreciação reconhecida pelo TEDH às autoridades nacionais pode variar em razão, no essencial, de três critérios distintos<sup>458</sup> / <sup>459</sup>:

- (1) *Critério do melhor posicionamento do Estado*, o qual parte da ideia-base de que «a avaliação que tem de ser feita pelo Tribunal pressupõe o conhecimento das circunstâncias nacionais e dos termos em que foi levada a cabo a dis-

---

de um país, as autoridades nacionais estão, em princípio, em melhor posição do que o juiz internacional para opinarem sobre (...) a necessidade de uma restrição» (cf., neste sentido, o caso *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de dezembro de 1976).

453. MAC CRORIE, B., «Margem de apreciação dos Estados», p. 2721; e ainda, afirmando que «um conceito como o da margem de apreciação é necessário para assegurar que a interferência por um tribunal internacional na soberania de Estados democráticos seja considerada tolerável e politicamente aceitável», *vide* MC GOLDIRCK, D., «A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee», p. 33.
454. Há, no entanto, quem seja da opinião de que a teoria ou doutrina da margem de apreciação tem na sua génese um conjunto de «equívocos» ou, pelo menos, pressupostos altamente questionáveis, como, por exemplo, a convicção de que os processos democráticos ocorridos no interior dos Estados são capazes, *per se*, de assegurar a tutela dos direitos humanos, bem como a crença de que os tribunais nacionais são capazes de corrigir todas as falhas, contradições e inconsistências que têm lugar dentro de tais sistemas. Cf. BENVENISTI, E., «The margin of appreciation, subsidiarity, and global challenges to democracy», in GlobalTrust Working Paper Series, n.º 5, (2016), p. 2.
455. SHÄFER, G.; PREVIDELLI, J. E. Aidikaitis; GOMES, J. T. Silveira, «A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos», p. 329.
456. BENVENISTI, E., «Margin of appreciation, consensus, and universal standards», in International Law and Politics, vol. 31, (1999), p. 844.
457. MC GOLDRICK, D., «A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee», P. 37; e ainda, SPANO, R., «Universality or diversity of human rights? Strasbourg in the age of subsidiarity», p. 493.
458. Apesar disso, a doutrina tem notado que, atualmente, a «qualidade do processo» (nomeadamente em termos de *transparência* e *participação democrática*) pode também ser considerada um critério com base no qual o TEDH tem, em certos casos, determinado a extensão da margem de apreciação a reconhecer aos Estados. Cf. MC GOLDRICK, D., «A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee», p. 25.
459. O caráter flexível deste mecanismo é, no fim das contas, um dos seus pontos fortes mais significativo. Cf. GERARDS, J., «Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights», in Human Rights Law Review, n.º 18, (2018), p. 499.

cussão internamente»<sup>460</sup>. O recurso a tal critério afigura-se particularmente usual, por exemplo, quando esteja em causa a cláusula de derrogação consagrada no art. 15.º da CEDH, quando as restrições de direitos convencionalmente protegidos têm por base fundamentos como a proteção da «moral» ou da «segurança nacional»<sup>461</sup> ou, ainda, quando estejam em causa medidas que pressuponham avaliações de cariz político, económico, social ou ambiental<sup>462 / 463</sup>;

- (2) *Critério da natureza e importância do direito em causa*, ao qual surgem normalmente associados também os *critérios (acessórios) da natureza e seriedade da interferência em causa* (cf. o caso *Yordanova e Outros c. Bulgária*, de 24 de setembro de 2012). De acordo com o mesmo, a margem de apreciação reconhecida deve ser tão mais estreita quanto mais próximo se estiver de colocar em causa o núcleo essencial de um direito ou liberdade consagradas na CEDH<sup>464</sup>;
- (3) *Critério do consenso entre os Estados*, sendo tanto maior a margem de apreciação reconhecida quanto menor o consenso europeu existente em torno da concreta questão em análise<sup>465</sup> (cf. o caso *Vo c. França*, de 8 de julho de 2004). Este critério tem sido recorrentemente utilizado pelo Tribunal quando estejam em causa questões particularmente sensíveis, procurando-se, desta forma, evitar o alastramento de fenómenos indesejáveis de «ativismo judicial» que possam originar graves tensões entre as ordens jurídicas internas e internacional<sup>466</sup>. Há, no entanto, quem o critique profundamente pela sua índole marcadamente *contra-minoritária* e pela significativa arbitriação.

460. MAC CRORIE, B., «Margem de apreciação dos Estados», p. 2725.

461. *Vide*, respetivamente, os casos *Evans c. Reino Unido*, de 10 de abril de 2007; e *Klass c. Alemanha*, de 6 de setembro de 1986.

462. Cf., a título de exemplo, o caso *Sentges c. Países Baixos*, de 8 de julho de 2003.

463. A estas podem acrescentar-se (1) as situações de conflito de direitos, (2) aquelas em que estejam em causa obrigações positivas e procedimentais derivadas da CEDH e (3) os casos em que o Tribunal é, no essencial, chamado a pronunciar-se sobre questões de interpretação, determinação de factos e valoração de prova. Para maiores desenvolvimentos, *vide* MAC CRORIE, B., «Margem de apreciação dos Estados», 2728-2729; e ainda, MC GOLDRICK, D., «A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee», p. 23.

464. Neste sentido, *vide* os casos *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de outubro de 1981; *Von Hannover c. Alemanha*, de 24 de junho de 2004; e *Ouranio Toxo e Outros c. Grécia*, de 20 de outubro de 2005.

465. Tem-se considerado que a assunção deste critério visa, no essencial, prevenir qualquer desenvolvimento rápido e arbitrário do conteúdo normativo dos direitos consagrados na CEDH, assim se assegurando que estes acompanham adequadamente as mudanças e evoluções sociais na arena europeia.

466. MC GOLDRICK, D., «A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee», pp. 28 e 31; e ainda, VEIGA, P., «Proporcionalidade e direitos humanos: TEDH e margem de apreciação», in LOPES, D.; COUTINHO, F. P.; BOTELHO, C. S. (orgs.), *O Princípio da Proporcionalidade: XII Encontro de Professores*

trariedade metodológica que tem marcado a sua mobilização pelos juízes de Estrasburgo<sup>467</sup>.

Em suma, e de forma porventura redutora, pode afirmar-se que a margem de apreciação tende a ser mais ampla quando estejam em causa «medidas de caráter geral adotadas pelos Estados no quadro de políticas económicas ou sociais ou em domínios de caráter mais técnico», sendo mais limitada no que respeita a «medidas que afetem o gozo efetivo dos direitos essenciais do indivíduo»<sup>468</sup>.

Note-se, porém, que o «espaço de manobra» concedido pelo TEDH às autoridades nacionais não é, naturalmente, ilimitado, cabendo aos juízes de Estrasburgo desempenhar um crucial papel de *supervisores*. Neste contexto, o Tribunal deve examinar, *inter alia*, se o Estado em causa agiu de boa-fé, respeitou os *standards* convencionais mínimos a que estava obrigado e não restringiu direitos sem um fundamento sério e razoável (ou, por outras palavras, se «o processo de tomada de decisão que conduziu às medidas de interferência foi justo e de modo a garantir ao indivíduo o respeito pelos interesses salvaguardados [pela Convenção]»)<sup>469</sup>. Assim, pode verificar-se que a margem de apreciação encontra, a este propósito, relação direta com o princípio da *proporcionalidade*, tal como se demonstrará mais adiante<sup>470 / 471</sup>. Note-se, igualmente, que quanto mais ampla a margem de apreciação reconhecida aos Estados, menor deve ser a intensidade do escrutínio levado a cabo pelo TEDH – embora, como a experiência nos tem demonstrado, tal nem sempre ocorra<sup>472</sup>.

Ora, esta teoria ou doutrina da margem de apreciação é objeto de profundas controvérsias. Por exemplo, quando o Tribunal reconhece uma ampla margem de apreciação às autoridades nacionais, não falta quem o acuse de estar a passar um «cheque em branco» aos Estados, em atitude de criticável tolerância face a práticas e decisões que, na maior parte das vezes, são bastante questionáveis<sup>473</sup>. Nesses

de Direito Público, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, p. 108.

- 467. BENVENISTI, E., «Margin of appreciation, consensus, and universal standards», p. 851. Já no plano jurisprudencial, *vide* os casos *Chapman c. Reino Unido*, de 18 de janeiro de 2001; *Evans c. Reino Unido*, de 10 de abril de 2007; *X e Outros c. Áustria*, de 19 de fevereiro de 2013; e *Animal Defenders International c. Reino Unido*, de 22 de abril de 2013.
- 468. MESQUITA, M. J. Rangel de, Justiça internacional – Lições: Parte II – Justiça internacional regional, 275; e ainda, GERARDS, J., «Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights», p. 500.
- 469. NETTO, C., Cerqueira Bastos, «O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum», p. 68.
- 470. MESQUITA, M. J. Rangel de, Justiça internacional – Lições: Parte II – Justiça internacional regional, p. 277.
- 471. Para maiores desenvolvimentos, *vide idem*, pp. 284-289.
- 472. MC GOLDRICK, D., «A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee», p. 26.
- 473. Alertando para o facto de uma certa «timidez» do TEDH poder acarretar consigo «efeitos significativos não só a nível jurídico, mas também social», *vide* VEIGA, P., Direito constitucional

casos, há mesmo quem chegue a acusar o TEDH de se isentar das suas mais básicas responsabilidades, adotando posições de subserviência com o objetivo de evitar, a todo o custo, confrontos com os Estados e assegurar a sua adesão ao sistema da Convenção<sup>474</sup>. Já quando a margem de apreciação reconhecida é mais estreita, há quem critique o TEDH por impor «soluções a partir do exterior sem tomar devi-damente em conta o conhecimento e responsabilidades dos decisores locais»<sup>475/476</sup>. Para além disto, não raras vezes, a margem de apreciação tem sido encarada como uma ameaça à *universalidade dos direitos humanos e ao Estado de Direito*<sup>477</sup>, como um *expediente de reserva de soberania que não serve interesses comuns*<sup>478</sup> ou como uma *ferramenta destinada a permitir um tratamento preferencial a determinados Estados e às maiorias, com nefastas consequências em termos de tutela dos direitos dos indivíduos e das minorias* – razão pela qual há, inclusive, quem proponha que este expediente só deva ser mobilizado quando estejam em causa assuntos que afetam a generalidade de uma população, de maneira uniforme<sup>479</sup>.

Estas críticas acabam agravadas pelo facto de serem detetáveis claras inconsistências na delimitação da extensão da margem de apreciação reconhecida pelo TEDH às autoridades nacionais, seja porque o Tribunal (1) menciona a margem de apreciação, mas não especifica qual o seu âmbito ou extensão; (2) delimita o âmbito ou extensão da margem de apreciação existente, mas não fundamenta a sua posição; (3) assevera que, em determinada matéria, a margem de apreciação se tem vindo a estreitar, sem daí retirar as devidas consequências, nomeadamente em termos de intensidade do escrutínio a levar a cabo<sup>480</sup>. Tal *caos metodológico* tem acarretado evidentes prejuízos em termos de segurança jurídica (mormente no que respeita à previsibilidade das decisões judiciais...) e ajudado a manter a percepção de que o Tribunal não é totalmente imparcial no momento de mobilizar esta teoria, havendo mesmo quem se refira à existência de «critérios duplos» (*double-standards*)<sup>481</sup>.

---

nal e direito internacional no contexto do constitucionalismo global: um roteiro pedagógico, p. 24.

- 474. MAC CRORIE, B., «Margem de apreciação dos Estado», p. 2724.
- 475. HARRIS, D. J. et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, p. 17.
- 476. Não obstante isto, de forma otimista, Jónatas Machado considera que «a jurisprudência do tribunal tem procurado um equilíbrio razoável entre a inovação, quando ela seja necessária, e a contenção, quando ela pareça aconselhável». Cf. MACHADO, Jónatas E. M., *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, p. 437.
- 477. MC GOLDRICK, D., «A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee», 38.
- 478. Afirmando que a margem de apreciação constitui «um aceno ao princípio da soberania dos Estados, em detrimento da efetiva proteção dos direitos humanos», *vide* VEIGA, P., «Proporcionalidade e direitos humanos: TEDH e margem de apreciação», p. 107.
- 479. BENVENISTI, E., «Margin of appreciation, consensus, and universal standards», p. 847.
- 480. MAC CRORIE, B., «Margem de apreciação dos Estado», p. 2734; GERARDS, J. «Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights», pp. 502 e ss.; e ainda, DELMAS-MARTY, M., *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit – I*, Paris, Seuil, 2004, pp. 66 e ss.
- 481. BENVENISTI, E., «Margin of appreciation, consensus, and universal standard», p. 844.

Voltando-nos agora para o contexto interamericano, importa começar por realçar de que muitas são as dúvidas de que a teoria ou doutrina da margem de apreciação tenha fundamento normativo na CADH e seja devidamente acolhida pelo TIADH. Por exemplo, Claudio Nash Rojas é da opinião de que «o sistema convencional e a prática jurisprudencial interamericana não deram espaço à doutrina da margem de apreciação no seu sentido estrito. Obviamente que os Estados têm uma série de faculdades para implementar os direitos no âmbito interno à luz das condições fáticas e jurídicas prevalecentes, isso é natural e óbvio. Mas tal não se confunde com a margem de apreciação»<sup>482</sup>.

Independentemente disso, o TIADH referiu expressamente a teoria ou doutrina margem de apreciação, em primeiro lugar, na *Opinião Consultiva n.º 04*, de 19 de janeiro de 1984, e, duas décadas mais tarde, no caso *Herrera Ulla c. Costa Rica*, de 2 de julho de 2004. Outras referências se seguiram<sup>483</sup>, sendo, no entanto, evidente que «há um número muito menor de casos nos quais se aplicou o princípio da margem de apreciação no [sistema interamericano de proteção de direitos humanos] do que no [sistema europeu de proteção de direitos humanos]»<sup>484</sup>. Além disso, é curioso verificar que o TIADH não tem recorrido à margem de apreciação naquelas situações em que o TEDH mais parece confiar nesta ferramenta metodológica (estamos a referir-nos, por exemplo, aos casos de justiça de transição, amnistia e determinados assuntos eticamente sensíveis, como a procriação medicamente assistida ou a discriminação com base na orientação sexual), revelando-se também muito reticente no reconhecimento de um «espaço de manobra» significativo às autoridades nacionais. Tal poderá encontrar justificação nas idiossincrasias do próprio contexto interame-

- 
482. O Autor é, pois, da opinião de que, nas várias decisões em que alegadamente o TIADH mobilizou a teoria ou doutrina da margem de apreciação, está apenas em causa o reconhecimento de um espaço de implementação nacional das medidas necessárias para dar cumprimento aos direitos convencionalmente consagrados, em linha, aliás, com o disposto no art. 2.º da CADH. Em nenhum momento, porém, o Tribunal parece ter renunciado a «realizar um controlo dos pressupostos de valoração jurídica ou fática próprios do exercício de direitos humanos», algo que está subjacente ao reconhecimento de uma margem de apreciação. Neste sentido, *vide* NASH ROJAS, C., «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», in Anuario Colombiano de Derecho Internacional, vol. 11, (2018), pp. 85 e 89; e ainda, CANÇADO TRINDADE, A. A., El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, 2.ª edição, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 389.
483. Por exemplo, mais recentemente, o TIADH voltou a mobilizar a teoria ou doutrina da margem de apreciação na sua *Opinião Consultiva n.º 24*, de 24 de novembro de 2017. No plano jurisprudencial, a título exemplar, *vide* os casos *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez c. Ecuador*, de 21 de novembro de 2007 (§107); e *Barreto Leiva c. Venezuela*, de 17 de novembro de 2009 (§90). Cf. NETTO, C., Cerqueira Bastos, «O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum», in Rev. Secr. Trib. Revis., ano 6, n.º 11, (2018), p. 73; e ainda, SHÄFER, G.; PREVIDELLI, J. E. A.; GOMES, J. T. SS. «A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos», in Revista Brasileira de Direito Internacional – UniCEUB, vol. 15, n.º 2, (2018), p. 332.
484. NETTO, C., CERQUEIRA B., «O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum», p. 75.

riano, o qual se encontra marcado por uma realidade – política, económica e social – mais instável e frágil, mormente no que se refere ao respeito pelo Estado de Direito, pela democracia e pelos direitos humanos em geral. É, pois, maior a desconfiança face à capacidade de as autoridades nacionais assegurarem adequada tutela aos direitos fundamentais da pessoa humana, fazendo cessar violações e reparando os danos causados – razão que, aliás, ajuda a explicar certas inovações deste sistema, como é o caso do famoso instituto do « controlo de convencionalidade »<sup>485</sup>.

Assim sendo, pode concluir-se que, no âmbito do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, a teoria ou doutrina da margem de apreciação parece encontrar-se entalada entre um otimismo cauteloso e o receio – mais ou menos fundado – de que a mesma se possa converter «uma ferramenta de impunidade ou num instrumento que faculte a arbitrariedade e desnaturalize o caráter vinculativo das sentenças internacionais»<sup>486</sup>.

#### 4. A PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é um vetor principiológico básico do *direito público interno*, o qual assume especial relevância, *inter alia*, quando estejam em causa restrições a direitos constitucionalmente protegidos<sup>487</sup>. Nessa medida, pode afirmar-se que a mobilização deste princípio no campo dos direitos humanos (nomeadamente, dos direitos consagrados na CEDH e na CADH) não constitui uma «grande novidade em termos materiais», sem prejuízo da existência de algumas diferenças e/ou particularidades, as quais se podem justificar pelo facto de as gramáticas dos *direitos humanos* e dos *direitos fundamentais* não serem exatamente coincidentes.

No âmbito específico da CEDH, o princípio da proporcionalidade tem sido reconhecido como um *princípio geral de direito*, a mobilizar naqueles casos em que as restrições a direitos e liberdades convencionalmente tuteladas são admitidas, quer de forma explícita (*vd.*, por exemplo, os artigos 8.º a 11.º da CEDH<sup>488</sup>) quer implícita (*i.e.*, por via do labor do próprio Tribunal de Estrasburgo). Já no quadro

485. EZEQUIEL PITTIER, L.; GERMÁN RINCÓN, R. «El margen de apreciación nacional en la lectura de los tratados internacionales: ¿Laberinto o techo del derecho internacional de los derechos humanos?», in El Derecho: Diario de Doctrina e Jurisprudencia, n.º 14.666, 2019, pp. 1-2.

486. *Idem*, 4.

487. Por todos, v. CANOTILHO, J. J. G., Direito constitucional e teoria da constituição, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 266 e ss.

488. Neste contexto, o vetor principiológico da proporcionalidade tem sido sistematicamente mobilizado para se avaliar a necessidade de uma concreta restrição no quadro de uma «sociedade democrática». Estando em causa a análise uma «condição eminentemente política», o TEDH tem procurado densificá-la com recurso à teoria ou doutrina da margem de apreciação, defendendo que a proporcionalidade deve ser avaliada «à luz de todas as circunstâncias», desde que o fim a prosseguir seja legítimo e se esteja ante valores em colisão que gozem do mesmo *status* convencional. Cf. VEIGA, P., «Proporcionalidade e direitos humanos: TEDH e margem de apreciação», pp. 106-107.

do sistema interamericano, pode verificar-se que também o TIADH tem, após uma fase de relativa timidez, encetado esforços para mobilizar mais frequentemente este princípio com vista à fundamentação das suas decisões, momente para avaliar a compatibilidade de certas restrições jusfundamentais com a CADH<sup>489</sup>. Assim, em suma, pode afirmar-se que ambos os Tribunais têm procurado formular juízos decisórios com base numa «lógica do equilíbrio», equacionando entre «o direito e a política, entre o comum e o individual ou entre a soberania e a internacionalização»<sup>490</sup> (itálicos no original). Mas como é que, em termos metodológicos, tal desiderato tem sido logrado? Ora, sendo bem patente o recurso sistemático aos ensinamentos da velha tradição germânica, a invocação do princípio da proporcionalidade tem-se feito acompanhar da mobilização cumulativa e logicamente ordenada de três subprincípios fundamentais:

- a) *Princípio da conformidade ou adequação de meios*, a apontar para a ideia de que a medida restritiva adotada (a qual contende com direitos convencionalmente consagrados...) só se afigura legítima quando se revele idónea ou apropriada para a tutela de outros bens ou interesses de igual relevância convencional. Trata-se, no fundo, de controlar a «relação de adequação meio-fim» (J. J. Gomes Canotilho);
- b) *Princípio da exigibilidade ou da necessidade*, a exigir que a medida restritiva adotada se revele verdadeiramente indispensável, não existindo medida alternativa que se afigure igualmente eficaz para a tutela dos bens ou interesses convencionalmente protegidos e que seja menos onerosa para o direito ou direitos afetados. Esta exigibilidade deve ser analisada, simultaneamente, nos planos material, especial, temporal e pessoal;
- c) *Princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, a implicar que a medida restritiva adotada resulte ponderada, equilibrada e justa, o que pressupõe a pesagem das desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (ou dos fins).

Interessante é notar que, com o passar do tempo, se torna cada vez mais evidente «a mutação [desta] clássica trilogia alemã – adequação, necessidade, proporcionalidade – para os diversos arranjos [de uma] tetralogia desenvolvida no plano universal – adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade – que procura garantir a

489. Vide, por exemplo, a *Opinião Consultiva n.º 05*, de 13 de novembro de 1985; bem como os casos «The Last Temptation of Christ» (Olmedo Bustos et al.) c. Chile, de 5 de fevereiro de 2001; *Kimel c. Argentina*, de 2 de maio de 2008; e *Usón Ramírez c. Venezuela*, de 30 de junho de 2009. De forma geral, vide NOGUEIRA ALCALÁ, H. «El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión», in *Estudios Constitucionales*, n.º 1, (2011), pp. 119 e ss.; e ainda, CAMINOS, P. «El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales?», in *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»*, n.º 13, (2014), p. 61.

490. VEIGA, P. «Proporcionalidade e direitos humanos: TEDH e margem de apreciação», p. 106.

combinação intrínseca entre a perspetiva metódica (a *ponderação* e o *balanceamento*) e a perspetiva conteudística à escala universal (a *razoabilidade*)»<sup>491</sup>. Tal pode ser explicado pelo facto de os órgãos supranacionais se encontrarem sujeitos a uma série de limites funcionais, havendo mesmo quem questione a sua legitimidade para ir além de um mero «juízo de “clareza”, “evidência”, “perceção racional” da violação dos parâmetros», isto é, da *razoabilidade* das medidas restritivas adotadas internamente<sup>492</sup>. E note-se, independentemente da forma como, dogmaticamente, se tem procurado enquadrar este «novo» teste (por exemplo, alguns autores parecem qualificar a *razoabilidade* como uma espécie de complemento da análise do princípio da necessidade<sup>493</sup>), parece-nos evidente que o mesmo só poderá ser realizado considerando a maior ou menor margem de apreciação reconhecida às autoridades nacionais em determinada matéria<sup>494</sup>.

Assim, ante uma situação de restrição de direitos consagrados na CEDH ou na CADH, o juiz internacional deve, não perdendo de vista a maior ou menor margem de apreciação nacional<sup>495</sup>, averiguar da (in)existência de um justo equilíbrio entre a necessidade de prossecução do interesse geral da comunidade e as exigências convencionais de tutela dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana – no fundo, avaliando se uma determinada interferência ou intromissão estadual desrespeitou *standards* convencionais mí nimos (afinal de contas, este juízo de ponderação não pode deixar de ser feito dentro da esfera própria dos *direitos humanos*<sup>496</sup>) ou significou para a(s) pessoa(s) afetada(s) a assunção de um encargo desadequado, desnecessário, irrazoável ou desproporcionado<sup>497</sup>. A ser assim, pode afirmar-se com

- 
491. SILVA, S. Tavares da, Direitos fundamentais na arena global, p. 51.
492. *Idem*, p. 75.
493. ANDRADE, J. C. Vieira de, Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976, 6.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 298 e ss.
494. E note-se, este teste não serve apenas para se aferir a legitimidade do juízo levado a cabo pelas autoridades nacionais no exercício da margem de apreciação que lhes é reconhecida, podendo também servir para, no caso concreto, se fixar a extensão ou âmbito dessa mesma margem.
495. Em alguns casos, de forma algo criticável, a margem de apreciação nacional chega mesmo a ser integrada no teste da proporcionalidade. Cf. GERARDS, J., «Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights», pp. 501-502.
496. VEIGA, P., «Proporcionalidade e direitos humanos: TEDH e margem de apreciação», p. 108.
497. JANNEKE GERARDS aclara, neste contexto, a ligação entre a teoria ou doutrina da margem de apreciação e o princípio da proporcionalidade: estando em causa uma ampla margem de apreciação nacional, a intensidade do escrutínio levado a cabo pelo TEDH deve ser menor, limitando-se este a censurar situações de arbitrariedade manifesta (ou seja, nestes casos, dificilmente o Tribunal irá além da mobilização do «teste da razoabilidade»); já quando a margem de apreciação nacional for mais estreita, então a intensidade do escrutínio levado a cabo pelos juízes de Estrasburgo deve ser maior, implicando uma análise da bondade dos fundamentos avançados pelas autoridades nacionais para justificar a adoção da medida restritiva (nestes casos, não raras vezes, o Tribunal pode mesmo pôr em causa a necessidade da medida). De forma curiosa, a Autora não deixa de alertar para o facto de que, na prática, nem sempre a margem de apreciação nacional tende a influenciar o modo como

segurança que o Estado em causa excedeu a sua margem de apreciação e violou as suas obrigações jurídico-internacionais à luz da CEDH ou da CADH.

Em suma, não obstante o princípio da proporcionalidade seja mobilizado de forma mais recorrente no âmbito do sistema europeu de proteção de direitos humanos (quando comparado com o sistema interamericano), parece seguro afirmar-se que, em ambos os casos, o mesmo tem sido encarado como um *instrumento vivo*, autêntico «padrão universal de valoração de poderes e medidas» e guardião do Estado de Direito à escala global<sup>498</sup>. Incorporando «padrões fundamentais de racionalidade», é inegável a sua importância e protagonismo enquanto instrumento hermenêutico básico destinado a avaliar a legitimidade de uma determinada restrição jusfundamental e servindo de limite à própria teoria ou doutrina da margem de apreciação<sup>499</sup>.

## 5. CONCLUSÕES

Percorrido este percurso, tornou-se evidente a centralidade do princípio da subsidiariedade, da margem de apreciação e do princípio da proporcionalidade no âmbito dos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos, bem como as intrínsecas conexões entre estes conceitos. Em tempos de multiplicação e crescente entrecruzamento de distintas ordens jurídico-normativas com vista à tutela da jusfundamentalidade, a *subsidiariedade* deve afirmar-se como elemento pacificador de eventuais tensões, desde logo, por via da compatibilização de duas forças verdadeiramente antagónicas – de uma banda, uma *força centrípeta* que reclama a «salvação» da soberania estadual, hoje profundamente ameaçada, senão mesmo votada ao fracasso; de outra banda, uma *força centrifuga* que se esforça por evidenciar as vantagens de um Estado Constitucional aberto à realidade jurídico-internacional, assumindo como base um paradigma relacional inspirado no diálogo e na cooperação –, tornando possível a unidade (... uma unidade que se quer sempre *axiologicamente fundada*) na pluralidade. A teoria ou doutrina da margem de apreciação pode, neste contexto, assumir um papel verdadeiramente central, sendo, porém, urgente que os órgãos supranacionais se esforcem por aplicá-la de forma mais consistente e previsível (nomeadamente, em termos de previsibilidade da margem de apreciação conferida ao Estado e das consequências que daí se podem extraír, *inter alia*, em termos de intensidade do escrutínio), sob pena de se robustecerem as correntes doutrinais que apelam à sua abolição. Por outras palavras, a sobrevivência da teoria ou doutrina da margem de apreciação depende do desenvolvimento célere de critérios metodológicos que orientem a sua aplicação e deixem claro o seu papel, evitando que este instituto continue a ser encarado

---

se leva a cabo o teste da proporcionalidade Cf. GERARGS, J., «Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights», pp. 499 e 506; e ainda, HARRIS, D. J. et al., Law of the European Convention on Human Rights, p. 16.

498. SILVA, S. Tavares da, Direitos fundamentais na arena global, p. 50.

499. VEIGA, P., «Proporcionalidade e direitos humanos: TEDH e margem de apreciação», pp. 109-110.

como uma «válvula de escape» dos órgãos supranacionais para justificarem as decisões que consideram ser as mais convenientes no caso concreto<sup>500</sup>. Vale, além disso, realçar que a existência de uma margem de apreciação nacional só é aceitável enquanto se submeta a mesma a *supervisão externa*, mormente através do recurso ao princípio da proporcionalidade (embora nem sempre seja claro qual o poder dos juízes internacionais na apreciação da adequação, necessidade, razoabilidade e proporcionalidade das medidas restritivas adotadas a nível interno). Enfim, sendo de realçar os préstimos dos vetores principiológicos analisados, parece-nos claro que a «era da subsidiariedade»<sup>501</sup> não pode, em caso algum, significar a desproteção da pessoa humana e da sua intrínseca dignidade, nem colocar em causa a indispensável unidade do sistema de tutela jusfundamental à escala global.

---

500. MAC CROIRE, B., «Margem de apreciação dos Estados», pp. 2736-2737.

501. SPANO, R. «Universality or diversity of human rights? Strasbourg in the age of subsidiarity», p. 491.

## *Capítulo 7*

# Excepcionalidad, subsidiariedad y flexibilidad: el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

EULALIA W. PETIT DE GABRIEL<sup>502</sup>

SUMARIO: 1. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, SU ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS SITUACIONES EXCEPCIONALES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 15 CEDH. 2. EL SUPUESTO HABILITADOR DE LA DEROGACIÓN: AMENAZAS AL ESTADO, CRISIS SANITARIA Y CONFLICTO ARMADO. 2.1. *La letra del CEDH y la práctica histórica.* 2.2. *Las amenazas sanitarias: derogación en tiempos de pandemia.* 2.3. *El Convenio y su derogación en tiempos de conflicto armado.* 3. LOS LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS: DERECHOS INDEROGABLES Y RESERVAS. 3.1. *Los límites endógenos: los derechos inderogables.* 3.2. *Los límites exógenos: las reservas al artículo 15 CEDH.* 4. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTROL POR EL TEDH: UNA NORMA SECUNDARIA PARA LA PROTECCIÓN DE CIERTOS DERECHOS EN EL CASO CONCRETO. 4.1. *El examen de la aplicación de la derogación: ¿norma sustantiva o norma secundaria?* 4.2. *La posible indeterminación de los derechos derogados.* 4.3. *El alcance del control efectuado.* 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: EXCEPCIONALIDAD, SUBSIDIARIEDAD Y FLEXIBILIDAD.

## **1. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, SU ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS SITUACIONES EXCEPCIONALES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 15 CEDH**

El ámbito de aplicación de los tratados de protección de derechos humanos suele venir definido por una cláusula inicial y general que determina la obligación de

502. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla (España), eulalia@us.es, orcid.org/0000-0002-6448-6594. Investigación desarrollada en el marco del proyecto de investigación: «Construyendo la gobernanza internacional: la interpretación de los tratados a través de la práctica ulterior» (UHU-202037), financiado por la Junta de Andalucía conforme a la Convocatoria de ayudas en concurrencia competitiva de proyectos de I+D+i en el marco del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020. Las referencias bibliográficas múltiples se ordenan cronológicamente.

los Estados parte de observar sus prescripciones en relación con las personas en su territorio o bajo su jurisdicción. No obstante, la amplitud y continuidad del ámbito de aplicación de los derechos reconocidos queda condicionada por las disposiciones que permiten, de un lado, limitar ciertos derechos en circunstancias concretas y, de otro lado, por aquellas que permiten suspender la aplicación (parcial) del propio tratado temporalmente. Si bien haremos alguna referencia al primer supuesto (limitaciones de derechos en circunstancias específicas), el objeto principal de este capítulo es examinar la posibilidad de suspender la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) conforme a su art. 15.

Son varios los tratados de derechos humanos que prevén expresamente la posibilidad de suspensión de (parte de) las obligaciones derivadas de los mismos en circunstancias graves, que ponen en peligro «la vida» del Estado parte<sup>503</sup>. En concreto, al menos cuatro instrumentos internacionales contienen una disposición análoga: el ya citado CEDH de 1950, art. 15 fue el primero, tomando la posibilidad de los trabajos del tratado de Derechos humanos que debía acompañar a la Declaración Universal<sup>504</sup>, y que con el tiempo darían lugar a los dos Pactos Internacionales. Tras el CEDH, incorporaron una disposición similar la Carta Social Europea de 1950 (originalmente art. 30, luego art. F tras la reforma de 1966), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 4, y en adelante, PIDCP), y, finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969 (art. 27).

El art. 15 CED, en su apartado primero indica que: «En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanan del derecho internacional».

El término derogación, es sin duda, muy específico del CEDH, y se repite en los textos inglés y francés del CEDH. Los otros tres tratados internacionales mencionados utilizan el término de suspensión de las obligaciones, que se adecua mejor

503. ORAÁ, J., *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, 1992, 288 pp., en relación al CEDH, PIDCP y CADH.

504. Sobre los trabajos preparatorios de este artículo y las diversas posiciones de principio, puede verse TAVERNIER, P., «Article 15», en PETTITI, L. DECAUX, E., et IMBERT, P., *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2.<sup>a</sup> ed., (1999), p. 492. Además, como comentarios generales a este artículo pueden verse: LAZKANO BROTÓNS, I. y LASAGABASTER HERRARTE, I., «Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia», en LASAGABASTER HERRARTE, I., *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático*, Civitas, (2009), pp. 706-726; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., «La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 15)», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (eds.), *La Europa de los Derechos – el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 765-784.

a la naturaleza jurídica de la actuación permitida, que entraña con el art. 57 de la Convención de Viena de Derecho de Tratados de 1969<sup>505</sup>.

El art. 15 CEDH consta de tres apartados. En el primero se definen las circunstancias y condiciones para la eventual derogación de las obligaciones del Convenio; en el segundo se establece un conjunto de derechos considerados inderogables; en el tercero, se definen los requisitos procedimentales, básicamente la notificación inicial, y de la finalización de las medidas, así como de la causa que las justifica, al Secretario General del Consejo de Europa. La opción de la derogación de «obligaciones previstas» en el Convenio en situaciones excepcionales, siendo una decisión nacional, no libera al Estado de todos sus compromisos ni le exime del cumplimiento de los límites sustantivos y procesales, tanto en relación con los supuestos en los que puede ser invocada (apartado II) como las disposiciones que pueden verse afectadas (apartados III). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha configurado en su jurisprudencia unos márgenes de control de las derogaciones para evitar la incorrecta aplicación, incluso dentro de una situación legítima de derogación (apartado IV), hasta el punto de que, a modo de conclusión, puede hablarse del carácter excepcional, subsidiario y flexible del art. 15 CEDH (apartado V).

Como ha señalado Tavernier, el art. 15 CEDH plantea una paradoja:

«destinado a permitir que el Estado defienda los principios esenciales de la democracia y las libertades fundamentales durante períodos de peligro grave y crisis excepcional al autorizarle a adoptar medidas en sí mismas excepcionales y temporales, puede al mismo tiempo proveerle de instrumentos y armas que podrían suponer la destrucción mismas de tales derechos y de la democracia, conllevando su desaparición definitiva»<sup>506</sup>.

## 2. EL SUPUESTO HABILITADOR DE LA DEROGACIÓN: AMENAZAS AL ESTADO, CRISIS SANITARIA Y CONFLICTO ARMADO

Este artículo ha sido objeto de una práctica temprana y continuada en la historia del Convenio. Si bien los supuestos que generaron inicialmente la puesta en práctica del artículo se relacionan con situaciones de inseguridad interna (apartado II.a), merece una referencia específica su aplicación en la reciente pandemia por

505. «Suspensión de la aplicación de un tratado en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes. La aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada: a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes». El término derogación no existe, en cambio, en la Convención de Viena de derecho de tratados. Es un término propio del derecho interno, cuyo equivalente internacional sería la «terminación» parcial de un tratado por voluntad de una parte, regulado en los arts. 54, 56 y 59-62, Vienna Convention on the Law of Treaties, *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

506. TAVERNIER, *op. cit.*, 1999, p. 490.

COVID-19 (apartado II.b). Finalmente, la aplicación de la derogación en el contexto del conflicto armado es objeto de pronunciamientos recientes por el TEDH (apartado II.c).

## 2.1. LA LETRA DEL CEDH Y LA PRÁCTICA HISTÓRICA

Todas las versiones del CEDH contemplan la «derogación» (suspensión, técnicamente) de «obligaciones derivadas» del mismo. Curiosamente, cada lengua acota el art. 15 CEDH con términos ligeramente distintos: el texto inglés se refiere a «*derogation in time of emergency*», el francés indica «*dérogation en cas d'état d'urgence*», y el texto en español se aplica a la «derogación en caso de estado de *excepción*». Sin embargo, el CEDH –o el TEDH en su jurisprudencia– no requiere que exista una regulación nacional de tales estados excepcionales (sitio, emergencia, urgencia o análogo), ni que la aplicación del art. 15 CEDH vaya precedida de la declaración interna de uno de tales estados, si estuvieran regulados. A la inversa, el TEDH tampoco ha considerado que la declaración de un estado de emergencia a nivel interno sin una derogación paralela del CEDH resulte en violación del mismo<sup>507</sup>, dado que el texto del primer apartado del artículo permite invocar el art. 15 CEDH «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación».

La Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, ComEDH) y el TEDH aplicaron muy tempranamente la categoría de «margen de apreciación del Estado» a la decisión nacional de derogación<sup>508</sup>. Sin embargo, dicha calificación nacional se encuentra sometida a control en el marco del CEDH, como el propio TEDH afirmó desde la primera sentencia relativa a este artículo, en el asunto *Lawless v. Ireland*. El TEDH sentó como marco interpretativo de partida la existencia de «circunstancias excepcionales de emergencia que afectan al conjunto de la población y constituyen una amenaza a la vida organizada de la comunidad»<sup>509</sup>.

En la práctica existente hasta el presente, el art. 15 CEDH ha sido invocado en casos de pretendidos o reales golpes de Estado (Grecia, Georgia, Turquía)<sup>510</sup>, situaciones de inestabilidad en el marco de procesos descolonizadores (Francia,

- 
507. Por todos, véase *Koç and others, v. Turkey*, n.º 8536/16, §§ 29-30 & 33-34, ECHR (dec.) 2019.
508. *Ireland v. United Kingdom*, n.º 5310/71, §207, ECHR (Plen.) 1978. Con carácter previo, la ComEDH lo había utilizado en *X. v. the Federal Republic of Germany*, n.º 1628/62, Com. (Plen.) 1963; el TEDH, en *Engel and Others v. The Netherlands*, n.º 5100/71 y otros, § 57 y § 100, ECHR (Plen.) 1976, y *Handyside v. The United Kingdom*, n.º 5493/72, §§ 47-49 y 57, ECHR (Plen.) 1967.
509. La ComEDH planteó el asunto al TEDH por la relevancia de las cuestiones sobre el art. 15 CEDH. El Tribunal se pronunció sobre admisibilidad (sentencia de 1960), procedimiento (abril de 1961) y, definitivamente, sobre fondo (julio de 1961): *Lawless v. Ireland* (n.º 3), n.º 332/57, § 22 y § 28, ECHR 1961.
510. En contra de considerar un intento de golpe de Estado causa suficiente para la derogación del CEDH, NUGRAHA, I., «Human rights derogation during coup situations», The International Journal of Human Rights, 2018, pp. 194-206. A favor, avalado por la jurisprudencia, puede verse FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., «Derogations of human rights within the

Reino Unido), situaciones de ocupación territorial por un Estado tercero (Ucrania), desórdenes públicos (Albania, Armenia, Irlanda, Turquía) y, muy especial y frecuentemente, en relación con la lucha contra el terrorismo (Francia, Irlanda, Reino Unido, Turquía)<sup>511</sup>. En varias de sus sentencias, el TEDH ha avalado –sin ser objeto de discusión, no obstante– que el terrorismo (por ejemplo, en relación con la situación en Irlanda del Norte<sup>512</sup>, la amenaza posterior al 11 de septiembre de 2001<sup>513</sup>, o en Turquía en relación el terrorismo kurdo<sup>514</sup>) cumple con el estándar de emergencia pública que habilita la puesta en práctica del art. 15 CEDH. Tan sólo en un asunto relativo a la derogación efectuada por Grecia durante el período de la llamada «Dictadura de los coroneles» se discutió si concurría o no la circunstancia excepcional alegada. En aquel caso, la ComEDH consideró que no existía una emergencia pública que justificara la derogación<sup>515</sup>. Sin embargo, la práctica restante de la ComEDH y, posteriormente, del Tribunal no discute la existencia del presupuesto de hecho<sup>516</sup>, aunque no todos los casos de derogación han sido objeto de demandas.

El art. 15 CEDH no explicita y, por tanto, tampoco impide, que la derogación tenga por ámbito territorial una parte y no todo el territorio del Estado. Si bien ha sido más frecuente la suspensión en la totalidad del territorio del Estado, existen algunos casos en los que el Estado ha restringido su aplicación a una parte de su territorio (Georgia, Francia, Turquía han recurrido a ello en distintas ocasiones) o a territorios bajo administración colonial (Francia lo hizo en relación a Nueva Caledonia en 1985; Reino Unido durante los años 50 y 60, en relación a Chipre, Singapur, Kenia, Rodesia, Zanzíbar, Guayana británica, Mauricio y Adén, hoy Yemen del Sur). Aun cuando inicialmente en *Lawless c. Irlanda*, el TEDH parecía inclinado a entender que

framework of the ECHR» (in the light of the derogations by Ukraine, France and Turkey), en *Ordine internazionale e diritti umani*, (2021), p. 1223.

- 511. Sobre el control del TEDH en relación con el terrorismo post 11-s, LOOF, J. P., «Crisis Situations, Counter terrorism and Derogation from the European Convention on Human Rights. A Threat Analysis», en BUYSE, A., *Margins of Conflict, The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict*, Intersentia (2010), pp. 35-56; HUESA VINAIXA, R., «Terrorismo global y suspensión de derechos en el marco del convenio europeo de Derechos Humanos», Revista de estudios europeos, n.º 58, (2011), pp. 67-93. Un análisis comparado con la suspensión del PIDCP, LEHMANN, J., «Limits to counter-terrorism: comparing derogation from the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights», Essex Human Rights Review, 2011, pp. 103-122. Sobre las derogaciones más recientes por terrorismo en Reino Unido y Turquía, puede verse MARINIELLO, T., «Prolonged emergency and derogation of human rights: Why the European Court should raise its immunity system», German Law Journal, (2019), vol. 20, p. 63 y ss.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2021, pp. 1214-1237.
- 512. *Ireland v. United Kingdom*, n.º 5310/71, §§ 205 y 212, ECHR (Plen.) 1978, por ejemplo.
- 513. *A. and others v. United Kingdom*, n.º 3455/05, § 181, ECHR [GC] 2009.
- 514. *Aksoy v. Turkey*, n.º 21987/93, § 70, ECHR 1996.
- 515. *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, n.º 3321/67 y otros, §§ 159-165 y 207, Com (dec.) 1969.
- 516. Para un examen global y organizado de la jurisprudencia sobre este artículo, véase ECHR, Guide on Article 15 of the European Convention on Human Right. Derogation in time of emergency, Updated 30 April 2021.

el riesgo grave debía afectar a «toda la nación», posteriormente tanto la ComEDH como el propio tribunal avalaron la posibilidad de efectuar derogaciones parciales<sup>517</sup>.

En relación con el ámbito temporal de aplicación, la duración necesariamente limitada puede deducirse tanto de la propia naturaleza del supuesto de hecho contemplado (estados de excepción y análogos), como de la regulación procedural del art. 15.3 CEDH, que exige comunicar el momento en el que las medidas dejen de estar en vigor. Ello no obstante, algunos Estados parte han derogado derechos durante períodos muy extensos de tiempo, mediante renovaciones sucesivas, llegando a extenderlas a lo largo de cinco años (Irlanda), nueve a once años (Turquía, Ucrania) e incluso diecinueve y veintisiete años (Reino Unido). El TEDH se ha pronunciado en contadas ocasiones sobre este elemento, aceptando períodos largos de derogación<sup>518</sup>.

Hasta la pandemia de Covid-19, nueve de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa habían hecho uso del art. 15 CEDH: Albania, Armenia, Francia, Georgia, Grecia, Irlanda, Reino Unido, Turquía y Ucrania<sup>519</sup>. Sin ánimo exhaustivo, han sido más de una veintena los supuestos de derogación, siendo Irlanda, Reino Unido y Turquía los Estados que más veces y/o por más tiempo han suspendido en alguna medida la aplicación de disposiciones del CEDH. Sin embargo, en el período iniciado en marzo de 2019 y en relación con la pandemia provocada por la COVID-19, el número de derogaciones comunicadas prácticamente al unísono resulta singular por más de un motivo.

- 
517. Con motivo de una de las derogaciones notificadas por Turquía, la ComEDH pudo examinar la aplicación *ratione loci*, considerándola inaplicable en Chipre o en relación con detenciones en Chipre de personas luego trasladadas al territorio donde estaba en vigor la declaración (*Cyprus v. Turkey*, nos. 6780/74 and 6950/75, Commission report of 10 July 1976, párr. 527, y *Cyprus v. Turkey*, no. 8007/77, Commission report of 6 October 1983, párr. 67). Uno de los primeros casos en los que el propio TEDH avaló la derogación en parte del territorio es *Sakik and others v. Turkey*, n.º 23878/94 y 5 más, §39, ECHR 1997. En relación al problema de si la circunstancia excepcional debe ser una amenaza para todo o parte del Estado, y sobre la base de los casos relativos a Irlanda del Norte, *vide* EL ZEIDY, M., «The ECHR and states of emergency: article 15-A domestic power of derogation from human rights obligations», San Diego International Law Journal, (2003), pp. 283-285.
518. Por ejemplo, *Ireland v. United Kingdom*, en Mariniello, *op. cit.*, 2019 p. 63. Sobre el cuestionamiento de la excesiva duración de las derogaciones, ISTREFI, K. y SALOMON, S., «Entrenched Derogations from the European Convention on Human Rights and the Emergence of Non-Judicial Supervision Derogations», Austrian Review of International and European Law, (2019), n.º 22, pp. 5-28, especialmente, pp. 8-18. En todo caso, el TEDH controla si los hechos que están en la base de la demanda están cubiertos *ratione temporis* por la derogación, como en *Brogan and Others v. the United Kingdom*, [Plenary], no. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, ECHR 1988; más recientemente, en sentido análogo en *Barseghyan v. Armenia*, n.º 17804/09, § 36, ECHR 2021.
519. Información procedente del servicio de tratados del Consejo de Europa.

## 2.2. LAS AMENAZAS SANITARIAS: DEROGACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Por primera vez, en 2006, y durante un breve período (entre el 3 y el 16 de marzo), Georgia notificó una derogación para una parte limitada de su territorio sobre la base de los riesgos que implicaba la pandemia conocida como «gripe aviar», provocada por el virus H5N1. Siendo un supuesto puntual, fue la primera ocasión en la que se identificó una emergencia sanitaria con un «peligro que amenace la vida de la nación» en el marco del art. 15 CEDH. No obstante, no se produjo ninguna demanda posterior en ese contexto que permitiera ejercer el control de la aplicación de la derogación o suspensión notificada.

De forma más reciente y en relación a la COVID-19, diez Estados miembros formularon declaraciones de derogación al amparo del art. 15 CEDH a partir del 12 de marzo de 2020<sup>520</sup>. Ello confirma, como ejemplo de práctica subsiguiente como elemento interpretativo del tratado<sup>521</sup>, que una pandemia, en tanto que circunstancia epidemiológica grave y generalizada, constituye un presupuesto suficiente para la activación del art. 15 CEDH. Estos 10 Estados han derogado la aplicación del CEDH en relación con la totalidad de su territorio durante períodos de tiempo variables, mediante renovaciones sucesivas, que van de dos meses (Rumanía, Moldavia o Estonia) a más de dos años (Georgia comunicó la derogación el 21 de marzo de 2020 y la ha prorrogado al menos hasta el 1 de enero de 2023)<sup>522</sup>.

Desde la entrada en vigor del CEDH no se había producido una situación igual: una amenaza única frente a la que se han adoptado medidas análogas bajo coberturas diferentes. En primer lugar, la existencia de una situación común que afectara de manera generalizada y gravemente a todos los Estados del Consejo de Europa. Como precedente de la existencia de una amenaza común, de carácter global, quizás podría citarse el terrorismo yihadista posterior a los atentados de 11 de septiembre de 2001. Sin embargo, en este caso sólo el Reino Unido notificó una derogación del CEDH, que afectaba al art. 5.1 CEDH en relación con las detenciones en el marco de la legislación antiterrorista<sup>523</sup>. En este contexto hubo numerosos asuntos ante el

- 
- 520. Por orden cronológico al comunicar la derogación, los Estados fueron: Letonia, Rumanía, Moldavia, Armenia, Estonia, Georgia, Albania, Macedonia del Norte, Serbia y San Marino, siendo la comunicación de este último de 10 de abril de 2020. Puede verse el detalle de los períodos y disposiciones afectadas en mi trabajo previo, PETIT DE GABRIEL, E., «Una “prueba de estrés” para el estado de derecho: Derogación, limitación y violación del CEDH en tiempo de pandemia», Revista General de Derecho Europeo, n.º 52, (2020).
  - 521. Conforme al art. 31.3.b) de la Convención de Viena sobre derecho de tratados, de 1969 y en el sentido analizado por la CDI (en la agenda a largo plazo desde 2008 con el título «Treaties over time»), y cuyos trabajos concluyeron con la adopción de unas conclusiones en 2018, Res. A/73/202, de 20 de diciembre de 2018. Los trabajos se iniciaron en 2013 con el título «Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties». El relator especial fue George Nolte.
  - 522. La última comunicación de Georgia sobre el mantenimiento de su derogación es de 31 de diciembre de 2021, extendiendo hasta el 1 de enero de 2023 la misma.
  - 523. Algún autor ha analizado la falta de recurso generalizado al art. 15 CEDH en el marco de la amenaza terrorista post 11-S: FENWICK, H., y FENWICK, D., «The Role of Derogations

TEDH, pero ninguno que afectara al Reino Unido, por lo que el TEDH declaró la violación de diversos artículos del CEDH en relación con los vuelos de la CIA de traslados de sospechosos terroristas que cruzaron el espacio aéreo o tomaron tierra en los Estados parte del CEDH, sin tener que examinar la declaración de derogación y su presupuesto, sin examinar la eventual derogación<sup>524</sup>.

En segundo lugar, la adopción de medidas análogas en muchos casos (básicamente medidas relativas a la prohibición de concentraciones de personas, restricción en la movilidad, cese temporal de actividades económicas...) fue justificada con coberturas jurídicas diferentes según los Estados, con una incidencia muy significativa sobre los derechos y libertades fundamentales de colectivos vulnerables como menores, migrantes, ancianos y personas en centros (sean penitenciarios, geriátricos o de otra naturaleza). Correspondrá al TEDH examinar la aplicación coherente del CEDH desde la doble perspectiva de la derogación (art. 15 CEDH) y de la limitación<sup>525</sup>, dado que 37 Estados parte han adoptado limitaciones de derechos, sin derogación, invocando un interés público (la defensa de la salud pública) o la protección de los derechos de otros.

El número de demandas presentadas ya es significativo, algunas de los cuales han sido planteadas específicamente frente a Estados parte que han efectuado

from the ECHR in the Current ‘War on Terror’, International Human Rights and Counter-Terrorism», (2019), pp. 259-290; HELFER, L., «Rethinking Derogations from Human Rights Treaties», American Journal of International Law, (2021), pp. 31-32.

524. *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, [GC], no. 39630/09, ECHR 2012; *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, n.º 7511/13, ECHR 2014; *Al Nashiri v. Poland*, n.º 28761/11, ECHR 2014; *Nasr et Ghali v. Italie*, n.º 44883/09, ECHR 2016; *Abu Zubaydah v. Lithuania*, n.º 46454/11, ECHR 2018. Sobre esta jurisprudencia hay abundante bibliografía, como se indica en PETIT DE GABRIEL, E. W., «Los “derechos consulares” de los extranjeros detenidos: ¿Nuevas cartas en la baraja de los derechos fundamentales?», en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, (2017), n.º 79.
525. TORRENS, J. DAVID, J., «La aplicación de la cláusula derogatoria del Convenio Europeo de Derechos Humanos con motivo de la crisis sanitaria derivada del COVID 19», en Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), n.º 40, (2020), 28 páginas; LEBRET, A., «OVID-19 pandemic and derogation to human rights», en Journal of Law and the Biosciences, (2020), pp. 1-15; NYAMUTATA, C., «Do Civil Liberties Really Matter During Pandemics? Approaches to Coronavirus Disease (covid-19)», en International Human Rights Law Review, vol. 9, (2020), pp. 64-65; PETIT DE GABRIEL, *op. cit.*, 2020; RUSI, N. and SHQARRI, F., «Limitation or Derogation? The Dilemma of the States in Response to Human Rights Threat during the COVID-19 Crisis», en Academic Journal of Interdisciplinary Studies, (2020), vol. 9, pp. 166-176. Analiza las eventuales consecuencias de la ausencia de derogación en el caso español, BONETI PÉREZ, J., «El estado de alarma en España y la cláusula derogatoria del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales», en Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º 67, (2020), pp. 873-919. Sobre las primeras decisiones y sentencia adoptadas por el TEDH, MALLÉN, T., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la pandemia de la Covid-19 (análisis de las primeras decisiones)», en Revista General de Derecho Europeo, (2021), pp. 45-73.

notificaciones de derogación, como Armenia<sup>526</sup> y Rumanía<sup>527</sup>, Letonia<sup>528</sup>, Estonia<sup>529</sup> y Serbia<sup>530</sup>. Sin entrar en las declaraciones de derogación, el TEDH ya ha declarado la violación del derecho de asociación (art. 11 CEDH) por la prohibición de manifestaciones durante la pandemia (por falta de proporcionalidad en la duración de la medida y la gravedad las penas). Uno de los argumentos utilizado *a fortiori* fue la existencia de derogaciones del citado artículo por algunos Estados, entre los que no estaba el demandado<sup>531</sup>.

## 2.3. EL CONVENIO Y SU DEROGACIÓN EN TIEMPOS DE CONFLICTO ARMADO

Sin duda alguna, el CEDH se aplica tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. El Convenio no hace exclusión expresa en relación con el conflicto armado. Por el contrario, varias disposiciones del Convenio y/o de sus protocolos adicionales incluyen normas especiales para tiempo de guerra<sup>532</sup>; a *contrario sensu*, el resto de las normas se aplican sin distinción. Una de las más directas y claras es el art. 15 CEDH, que incluye la guerra como presupuesto habilitador y que excepciona el carácter inderogable del derecho a la vida en el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra<sup>533</sup>.

Hasta 2022, sin embargo, ningún Estado había invocado esta circunstancia como base de una derogación de disposiciones del convenio, fecha en la que Ucrania notificó derogación con motivo de la agresión armada por parte de Rusia y la imposición de

526. *Khachatryan v. Armenia*, n.º 54684/19 (comunicado); *Mkrtyan v. Armenia*, n.º 38374/20 (comunicado).

527. *Spînu v. Rumanía*, n.º 29443/20 (comunicado); *Terheş v. Rumania*, n.º 49933/20, ECHR 2021 (decisión de inadmisibilidad), *Buş v. Rumanía*, n.º 46160/19, ECHR 2021 (decisión de inadmisibilidad).

528. *Leremejevs v. Letonia*, n.º 44644/21 (comunicado).

529. *Lvov v. Estonia and 3 other applications*, n.ºs 3184/21 y otros 3 (comunicados).

530. *Krstić v. Serbia and 6 other applications*, n.º 35246/21 y 6 otras (comunicados); *E.B. v. Serbia and 1 other application*, n.ºs 50086/20 y 50898/20 (comunicados).

531. *Communauté Genevoise d'Action Syndicale (CGAS) c. Suisse*, n.º 21881/20, ECHR 2022, § 90. Indirectamente, el TEDH indica que la pandemia habilita para derogar derechos y que el Estado sólo quedaría protegido en casos de limitaciones excesivas –como la que analiza mediante la derogación.

532. El término «guerra» es un término ya en desuso en el Derecho internacional contemporáneo, desplazado por el de «conflicto armado», como pone de manifiesto FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2021, p. 1218.

533. Además, el Protocolo Adicional (en adelante, PA) 6, que prohíbe la pena de muerte, excepciona la pena de muerte en tiempo de guerra, excepción luego excluida por el PA 13, que proscribe la pena de muerte en todo tiempo, incluido el tiempo de guerra A 3 de marzo de 2002, el Protocolo 6 ha sido ratificado por 46 de los 47 Estados parte en el CEDH. Rusia lo firmó en 1997, pero no lo ha ratificado posteriormente. En la misma fecha, el Protocolo 13 ha sido ratificado por 44 de los 47 Estados parte en el CEDH. Rusia y Azerbaiyán no lo han firmado y Armenia, habiéndolo firmado en 2006, no lo ha ratificado.

la ley marcial en todo su territorio<sup>534</sup>. Con anterioridad, no obstante, el TEDH se ha visto confrontado en diferentes asuntos a la cuestión de la aplicabilidad del convenio en tiempo de conflicto armado internacional. La cuestión más compleja para el TEDH ha sido dilucidar si el CEDH obliga a los beligerantes por igual en caso de conflicto armado internacional, siendo los beligerantes parte en el CEDH. Sin duda, el país donde acaece el conflicto está obligado a la aplicación del CEDH en tanto en cuanto los hechos ocurren bajo su jurisdicción, limitable sólo en caso de pérdida de control del territorio fehacientemente o en caso de derogación, como ha hecho Ucrania en 2022. En cambio, para el Estado «atacante», que está fuera de su territorio soberano, las eventuales violaciones del CEDH sólo podrían resultar atribuibles conforme a la jurisprudencia en caso de considerar que los actos se realizan «bajo su jurisdicción», umbral básico para el TEDH previo a la determinación de la atribución de los hechos, en lo que se conoce como aplicación extraterritorial del CEDH<sup>535</sup>.

El TEDH ha desarrollado el concepto de aplicación extraterritorial en una jurisprudencia evolutiva, iniciada básicamente con la sentencia *Bankovic*<sup>536</sup> sobre la base del concepto de control efectivo del territorio, luego ampliado por concepciones más amplias como el control sobre los individuos afectados<sup>537</sup>. Conforme al más reciente pronunciamiento de Gran Sala en la demanda *Georgia c. Rusia (II)*<sup>538</sup>, en caso de conflicto armado, el TEDH considera que el Estado que efectúa los ataques sobre el territorio de otro no tiene control efectivo sobre el territorio (pues ese control mismo el que trata de lograr con la acción bélica). Descartó también aplicar el criterio de control sobre las personas, considerando que no todo acto estatal en el

- 
534. *Derogation contained in the Note Verbale No. 31011/32-017-3 from the Permanent Representation of Ukraine to the Council of Europe, dated 28 February 2022, registered at the Secretariat General on 1 March 2022*: las disposiciones afectadas son los arts. 8, 9, 10, 11, 14 CEDH, arts. 1, 2 y 3 PA art. 2 PA 4 (y sus equivalentes del PIDCP) desde el 24 de febrero de 2022. Con anterioridad, Ucrania había invocado la agresión armada rusa de junio de 2014 como justificación del estado de excepción para ampliar las operaciones antiterroristas, con la consiguiente restricción de derechos: *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Ukraine, dated 5 June 2015, registered at the Secretariat General on 9 June 2015*.
535. Sobre esta cuestión, HABTESLASIE, A., «Derogation in Time of War: The Application of Article 15 of the ECHR in Extraterritorial Armed Conflicts», en *Judicial Review*, (2016), pp. 302-316; ROONEY, J. M., «Extraterritorial Derogation from the European Convention on Human Rights in the UK», en *European Human Rights Law Review*, (2016), pp. 656-663; MEIER, S., «Reconciling the Irreconcilable? -The Extraterritorial Application of the ECHR and Its Interaction with IHL», en *Goettingen Journal of International Law*, (2018), pp. 305-424. El debate es más amplio, incluyendo un análisis de la suspensión del PIDCP, en MILANOVIC, M., «Extraterritorial derogations from human rights treaties in armed conflict», en Bhuta, Nehal, *The Frontiers of Human Rights*, OUP, (2016), pp. 55-88.
536. *Banković and other c. Belgium and Others*, n.º 52207/99, §§ 67-73, ECHR (dec.) [GC] 2001.
537. Tal control ha sido reconocido en casos diversos de acciones en el extranjero como detenciones por agentes del Estado (detenciones en el extranjero, por ejemplo, en *Al-Skeini and Others*, n.º 55721/07, § 149, ECHR [GC] 2011; *Jaloud v. The Netherlands*, n.º 47708/08, § 152, ECHR [GC] 2014), acciones armadas puntuales en el extranjero (*Isaak v. Turkey*, n.º 44587/98, ECHR (dec.) 2006), o actuaciones de agentes diplomáticos o consulares.
538. *Georgia c. Russia (II)*, n.º 38263/08, §§ 125-143, ECHR [GC] 2021.

extranjero sitúa a la eventual víctima bajo el amparo del CEDH<sup>539</sup>. En esta sentencia, y previamente en *Hassan*<sup>540</sup>, invocó la «ausencia de práctica subsiguiente»<sup>541</sup> respecto de derogaciones «extraterritoriales» (los Estados beligerantes no han efectuado declaraciones de derogación para los actos de guerra fuera de su territorio) como elemento confirmatorio de la interpretación del TEDH: esto es, que el CEDH no es aplicable extraterritorialmente en caso de conflicto armado internacional.

Más aún, el propio TEDH ha erigido una barrera para la posible práctica futura de derogación extraterritorial del CEDH en tiempo de guerra<sup>542</sup>, afirmando que cualquier otra interpretación requeriría una reforma del Convenio, que diera una base legal adecuada y expresa a la extraterritorialidad en caso de conflicto armado internacional. Este *dictum*<sup>543</sup> parece cerrar un cambio jurisprudencial hacia una posición más flexible.

### 3. LOS LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS: DERECHOS INDEROGABLES Y RESERVAS

El art. 15.2 CEDH determina un núcleo de derechos que no pueden ser derogados en ninguna circunstancia, por lo que se denominan genéricamente como derechos inderogables. Definidos expresamente por el Convenio, vamos a tratarlos como límites endógenos a la derogación. Por otra parte, el art. 57 CEDH permite las reservas al tratado, siempre que no sean de carácter general y se comunique o describa la disposición nacional que esté en disconformidad con la norma del convenio y por la que se plantea la reserva. Ello determina una limitación de la aplicabilidad del CEDH por voluntad unilateral de un Estado, una limitación exógena, que afecta al art. 15 CEDH.

539. El TEDH rechazó expresamente que «anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby ‘brought within’ the ‘jurisdiction’ of that State for the purpose of Article 1 of the Convention», *Banković and other c. Belgium and Others*, n.º 52207/99, § 75, ECHR (dec.) [GC] 2001.

540. *Hassan v. The United Kingdom*, n.º 29750/09, § 101, ECHR [GC] 2014.

541. Sorprende la equiparación de la ausencia de práctica con la existencia de la misma en el sentido de las normas de interpretación previstas por el art. 31 de la Convención de Viena de Derecho de Tratados.

542. El TEDH ignora deliberadamente cierta «práctica previa», o bien quiere cerrar el resquicio abierto en el Reino Unido entre 2012 y 2016: véase el debate de la Cámara de los Comunes británica sobre la cuestión (House of Commons, Defence Committee, *UK Armed Forces Personnel and the Legal Framework for Future Operations*, 26 March 2013, pp. 37-38) y el posterior anuncio de la Primera Ministra Theresa May de recurrir a la derogación para conflictos futuros. *Vide Government to protect Armed Forces from persistent legal claims in future overseas operations* – GOV.UK ([www.gov.uk](http://www.gov.uk)), 4 October 2016.

543. «If, as in the present case, the Court is to be entrusted with the task of assessing acts of war and active hostilities in the context of an international armed conflict outside the territory of a respondent State, it must be for the Contracting Parties to provide the necessary legal basis for such a task», *Georgia c. Russia (II)*, n.º 38263/08, § 142, ECHR [GC] 2021.

### 3.1. LOS LÍMITES ENDÓGENOS: LOS DERECHOS INDEROGABLES

En concreto, el art. 15.2 CEDH considera como derechos inderogables los descritos en el art. 2 (derecho a la vida), salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, el art. 3 (prohibición de la tortura), el art. 4, párrafo 1 (prohibición de la esclavitud o servidumbre) y el art. 7 (principio de legalidad penal).

Como consecuencia de ello, se permite la adopción de medidas que impliquen la derogación de alguno de los siguientes derechos: la prohibición de trabajos forzados u obligatorios (art. 4.2 CEDH), el derecho a la libertad y seguridad (art. 5), el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH), el principio de legalidad penal (art. 7 CEDH), el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH), la libertad de expresión (art. 10 CEDH), la libertad de reunión y de asociación (art. 11 CEDH), el derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH), el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) y la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos protegidos por el convenio (art. 14 CEDH).

El proceso de puesta al día del CEDH se ha llevado a cabo tanto por la vía jurisprudencial como mediante la ampliación del catálogo de derechos mediante la adopción de Protocolos Adicionales. En la vía jurisprudencial, algunas interpretaciones han permitido ampliar los supuestos de hecho que entran en el ámbito de la inderogabilidad, como por ejemplo la trata o tráfico de personas, subsumida en el art. 3 que prohíbe la esclavitud<sup>544</sup>. Por su parte, algunos de los protocolos incluyen cláusulas de inderogabilidad, que vienen a sumarse a la del art. 15.2 CEDH. En este caso, debe recordarse que los Protocolos no obligan *ipso facto* a todo Estado parte del CEDH, sino que requieren una firma y ratificación o adhesión distinta y separada. Por tanto, obligan a comunidades de Estados diferenciadas, mientras que las ampliaciones jurisprudenciales obligan a todos por igual.

Tan sólo contienen cláusulas de inderogabilidad los Protocolos 6, 7 y 13<sup>545</sup>. Así, el PA 6 considera inderogable la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz y el alcance de su limitación en tiempos de guerra si ha sido previamente comunicado al Secretario General del Consejo de Europa (art. 3). El PA 7 prohíbe la derogación del principio *ne bis in idem* (art. 4). El PA 13, que abole totalmente la pena de muerte, en todo tiempo –paz o guerra–, también prohíbe su derogación (art. 2).

Mientras que el caso de los PA 6 y 13 la prohibición de derogación afecta a todo el contenido del protocolo, en el supuesto del PA 7 se incluyen derechos de naturaleza derogable, como las garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros (art. 1), el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal (art.

544. HELFER, *op. cit.*, 2021, pp. 29-31.

545. A fecha de 9 de marzo de 2022, todos los Estados parte en el CEDH son parte en el PA 6, excepto Rusia; todos los Estados parte en el CEDH son parte en el PA 7, excepto Alemania, Países Bajos y Reino Unido; y todos los Estados parte en el CEDH son parte en el PA 13, excepto Armenia, Azerbaiyán y Rusia.

2), el derecho a indemnización en caso de error judicial (art. 3) o la igualdad entre esposos (art. 5). A estos derechos debemos sumar, como derechos respecto de los que sí cabe operar una derogación, los establecidos en los PA 1, 4 y 12<sup>546</sup>. En concreto, en el marco del PA primer, el derecho a la propiedad (art. 1), el derecho a la educación (art. 2) y el derecho a elecciones libres (art. 3); conforme al PA 4, la prohibición de prisión por deudas (art. 1), la libertad de circulación (art. 2), la prohibición de la expulsión de nacionales (art. 3), y la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4); por último, y en el marco del PA 12, la prohibición general de la discriminación, sin necesidad de alegar un derecho protegido por el CEDH (art. 1).

### 3.2. LOS LÍMITES EXÓGENOS: LAS RESERVAS AL ARTÍCULO 15 CEDH

El art. 15 CEDH ha sido objeto de reservas, a pesar de la opinión en contra de algunos autores que entienden que una reserva a este artículo entraría dentro de la categoría de «reservas generales», por tanto, no permitida, en virtud del art. 57.1 CEDH<sup>547</sup>.

Sólo cuatro Estados han formulado alguna (Andorra, España, Francia y Turquía), en algún caso bajo la denominación de «declaración» y no de reserva.

Así, España, bajo el título de declaración<sup>548</sup>, busca salvaguardar la compatibilidad entre el art. 15 CEDH y las eventuales medidas que pueden adoptarse conforme al art. 55 y 116 de la Constitución española, que prevén la posibilidad y alcance de la suspensión de derechos fundamentales en situaciones de estado de excepción, sitio y terrorismo. Sin duda, la interpretación más sencilla lleva a una presunción de conformidad de los derechos que pueden suspenderse conforme a la legislación de estado de excepción y sitio en España, con los derechos que pueden suspenderse conforme al art. 15 CEDH. Tratándose de una declaración interpretativa y no una reserva, debiera desecharse toda idea de que queden restringidos los posibles derechos «derogables» al amparo del CEDH a aquellos previstos en el art. 55 de la Constitución Española o que sólo quepa derogar el CEDH cuando se aplique la

546. A fecha de 9 de marzo de 2022, todos los Estados parte en el CEDH son parte en el PA 1, excepto Mónaco y Suiza; todos los Estados parte en el CEDH son parte en el PA 4, excepto Grecia, Suiza, Turquía y Reino Unido; y sólo 20 Estados parte en el CEDH son parte en el PA 12 (Albania, Andorra, Armenia, Bosnia Herzegovina, Croacia, Chipre, Eslovenia, España, Finlandia, Georgia, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Macedonia del Norte, Países Bajos, Portugal, Rumanía, San Marino, Serbia y Ucrania).

547. COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., «La réserve française à l'article 15 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme», en *Journal du Droit International*, (1975), pp. 280-282; TAVERNIER, *op. cit.*, p. 494.

548. «B. España declara que interpreta: (...) 2) Las disposiciones de los artículos 15 y 17, en el sentido de que permiten la adopción de las medidas contempladas en los artículos 55 y 116 de la Constitución Española», Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, en BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

legislación de estados de excepción y sitio en España. Sin embargo, la reserva de Andorra parece caminar en esa última dirección, al condicionar la derogación del CEDH a los supuestos expresamente previstos en su ordenamiento<sup>549</sup>.

En el caso de Francia<sup>550</sup>, la reserva pretende salvaguardar los poderes excepcionales del presidente de la República en el marco de estados de sitio y de emergencia y, con ello, excepcionar la falta de control judicial sobre los actos derivados de tales estados, amparados por la doctrina de acto de Estado. En tal sentido esta reserva es de parcial compatibilidad con el CEDH, por cuanto que si bien el derecho al debido proceso (art. 6 CEDH) es derogable, la falta de control judicial podría impedir la garantía del respeto de derechos inderogables eventualmente<sup>551</sup>. De forma particular, es de dudosa vigencia la reserva turca referida a la aplicación del art. 15 CEDH por la antigua ComEDH<sup>552</sup>.

- 
549. «The provisions of Article 15 of the Convention concerning a time of war or public emergency shall be applied within the limits provided for in Article 42 of the Constitution of the Principality of Andorra. Article 42 of the Constitution states: 1. A Llei Qualificada shall regulate the states of alarm and emergency. The former may be declared by the Govern in the event of natural catastrophe, for a term of fifteen days, notifying the Consell General. The latter shall be declared by the Govern for a term of thirty days in the case of interruption of the normal functioning of democratic life and this shall require the previous authorization of the Consell General. Any extension of these states requires the necessary approval of the Consell General. 2. In the event of the state of alarm the exercise of the rights recognised in Articles 21 and 27 may be limited. In the event of the state of emergency the rights covered by Articles 9.2, 12, 15, 16, 19 and 21 may be suspended. The suspension of the rights covered by Articles 9.2 and 15 must be always carried on under the control of the judiciary notwithstanding the procedure of protection established in Article 9, paragraph 3». Reservation contained in the instrument of ratification, deposited on 22 January 1996.
550. «The Government of the Republic, in accordance with Article 64 of the Convention [Article 57 since the entry into force of the Protocol No 11], makes a reservation in respect of paragraph 1 of Article 15, to the effect, firstly, that the circumstances specified in Article 16 of the Constitution regarding the implementation of that Article, in Section 1 of the Act of 3 April 1878 and in the Act of 9 August 1849 regarding proclamation of a state of siege, and in Section 1 of Act No. 55-385 of 3 April 1955 regarding proclamation of a state of emergency, and in which it is permissible to apply the provisions of those texts, must be understood as complying with the purpose of Article 15 of the Convention and that, secondly, for the interpretation and application of Article 16 of the Constitution of the Republic, the terms to the extent strictly required by the exigencies of the situation shall not restrict the power of the President of the Republic to take the measures required by the circumstances», Reservation contained in the instrument of ratification, deposited on 3 May 1974.
551. En interpretación de COUSSIRAT-COUSTÈRE, *op. cit.*, 1975, p. 277. Esta reserva francesa fue alegada por Turquía como causa para que se inadmitiera una demanda planteada por Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia y Países Bajos contra este país. La ComEDH (n.º 9940/82 y otros, decisión (plen.) de 6 de diciembre de 1983, §§ 38-43) sostuvo que siendo el CEDH garantía colectiva de los derechos no cabía una interpretación de las reservas basada en la reciprocidad. Dicha reciprocidad sólo podría aplicarse cuando el tratado expresamente lo preveía (en la época, en relación con las declaraciones de aceptación de la jurisdicción del Tribunal).
552. Turquía, al aceptar la competencia de la ComEDH para recibir demandas individuales, subordinó la interpretación del art. 15 CEDH a su propia Constitución. La aceptación de

El TEDH nunca se ha pronunciado sobre el alcance de ninguna de las reservas efectuadas por estos cuatro Estados hasta la fecha, aunque la ComEDH sí lo hizo en 1991 sobre la de Turquía<sup>553</sup>. Ninguno de los Estados que han formulado reservas ha efectuado una derogación en el marco de la pandemia por Covid-19.

En el caso de los Protocolos, están prohibidas las reservas de forma expresa en los PA 6 (art. 4), relativo a la prohibición de la pena de muerte en tiempo de paz y su limitación en tiempo de guerra y el PA 13 (art. 3), relativo a la prohibición de la pena de muerte en todo tiempo y circunstancia. Ninguna de las reservas efectuadas en relación con los demás protocolos está relacionada con la posibilidad de derogar los derechos en ellos incluidos.

Por tanto, aunque los Estados parte tienen la posibilidad de limitar mediante reservas el alcance del art. 15 CEDH han evitado, salvo casos contados, hacerlo. Ello contribuye, sin duda, a armonizar la tarea de control del TEDH.

#### **4. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTROL POR EL TEDH: UNA NORMA SECUNDARIA PARA LA PROTECCIÓN DE CIERTOS DERECHOS EN EL CASO CONCRETO**

La notificación de una derogación no afecta a la competencia del TEDH para conocer de casos en relación con el Estado que efectúa la derogación durante la vigencia de la misma, ni siquiera sobre demandas que están relacionadas con la propia suspensión. La jurisprudencia de la antigua ComEDH y del TEDH es clara y constante<sup>554</sup>. Dicho control se ve modulado por factores diversos: en primer lugar, la forma en que opera una derogación, conforme a la jurisprudencia del TEDH; en

---

la competencia de la ComEDH se hizo por tres años, a partir del 28 de enero de 1987 y se renovó en 1990, incluyendo cinco reservas, la segunda de las cuales decía: «The Government of Turkey, acting pursuant to Article 25 (1) of the Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, hereby declares to accept the competence of the European Commission of Human Rights to receive petitions according to Article 25 of the Convention subject to the following: (...) (ii) the circumstances and conditions under which Turkey, by virtue of Article 15 of the Convention, derogates from her obligations under the Convention in special circumstances must be interpreted, for the purpose of the competence attributed to the Commission under this declaration, in the light of Articles 119 to 122 of the Turkish Constitution».

- 553. En el asunto *Chrysostomos, Papachrysostomou and Loizidou v. Turkey*, la ComEDH estimó que la reserva formulada por Turquía al aceptar la competencia de la ComEDH iba más allá de la restricción temporal, única limitación prevista por el art. 25.2 del CEDH en ese momento. Por ello, consideró todas las demás restricciones incluidas por Turquía en su declaración inválidas (también la referida al art. 15 CEDH), Nos. 15299/89, 15300/89 y 15318/89, § 19-29, Commission decisión (Plenary) of 4 March 1991. Sobre ello, puede verse TAVERNIER, *op. cit.*, 1999, p. 495.
- 554. Una sistematización de la jurisprudencia puede verse en la guía citada al artículo 15, publicada por los servicios del TEDH. El TEDH ha publicado durante la pandemia COVID-19 un segundo documento: ECtHR, *Factsheet – Derogation in time of emergency*, February 2022, Council of Europe. Sobre los distintos elementos de control por el TEDH en relación con

segundo lugar, la posible indeterminación de los derechos afectados por la derogación y el control efectuado por el TEDH; y, en tercer lugar, el alcance formal y sustantivo del control efectuado.

#### 4.1. EL EXAMEN DE LA APLICACIÓN DE LA DEROGACIÓN: ¿NORMA SUSTANTIVA O NORMA SECUNDARIA?

La naturaleza y alcance del control viene determinado por el objeto del recurso: demandas individuales o interestatales en las que el demandante busca la determinación de la responsabilidad de un Estado por vulneración de los derechos protegidos<sup>555</sup>. Esto es, no existe un control en abstracto de la «convencionalidad» o legalidad de la derogación. No existe un recurso específico para ello, aunque podría teóricamente suscitarse como una cuestión previa en todo recurso –interestatal o individual– en el que teniendo que examinar una eventual violación posiblemente amparada por una declaración de derogación. Cuando se ha planteado así, el TEDH ha postpuesto el análisis al examen de fondo del caso, incluido en el único caso inter-estatal ante la ComEDH, y no ante el TEDH, en el que decidió que no existía presupuesto suficiente para la derogación como indicamos en el apartado II.a, conocido como *caso griego*, durante la dictadura de los coronelos<sup>556</sup>. Es importante reseñar que el Estado fue declarado responsable de una violación sustantiva (de derechos protegidos), y no de vulnerar el art. 15 CEDH, al no cumplir el presupuesto de hecho del mismo a juicio de la Comisión. Esto es, el control sobre el cumplimiento del presupuesto de hecho del art. 15 CEDH determina la inaplicación de la derogación como causa de exclusión de la ilicitud del Estado en el respeto de los derechos humanos. No se configura –al menos en la escasa práctica existente– como un juicio de vulneración autónoma del propio CEDH.

Esta idea se ve reforzada por la metodología seguida por el TEDH en la aplicación de las derogaciones en el contexto de recursos individuales sobre derechos afectados por la misma. Aun sin ser una práctica absolutamente homogénea, el TEDH no aplica directa y automáticamente las declaraciones de derogación, excluyendo una eventual violación sustantiva del CEDH. Ni siquiera examina siempre como primer paso si la derogación cumple los requisitos del art. 15 CEDH y es, por tanto, aplicable. En muchas de su jurisprudencia, el TEDH realiza un análisis previo, que hemos llamado *test de (i)licitud*, ya aplicado en 1961<sup>557</sup>, y confirmado posteriormente<sup>558</sup>. Este test implica el examen del comportamiento del Estado sobre la base de las limitaciones posibles del derecho pretendidamente violado.

---

los casos de derogaciones, LAZKANO BROTÓNS, I. y LASAGABASTER HERRARTE, I., *op. cit.*, 2009, pp. 706-726.

555. Ha habido un número significativo de derogaciones que nunca han sido cuestionadas en asuntos ante la antigua ComEDH, primero, ni el TEDH con posterioridad a 1998.

556. *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece* (the «Greek case»), nos. 3321/67 and 3 others, Commission report of 5 November 1969, Yearbook 12.

557. *Lawless v. Ireland* (no. 3), no 332/57, § 15, ECHR 1961.

558. Por ejemplo, *A. and Others v. the United Kingdom*, [GC], no. 3455/05, § 161, ECHR 2009.

Puesto que los derechos «derogables» no son absolutos y pueden ser objeto de limitación, el TEDH valora si la medida hubiera podido adoptarse bajo esta fórmula de limitación, que permite un control más detallado y preciso de la actuación estatal. Sólo si la conducta del Estado no pudiera quedar amparada por una limitación de las reconocidas por el propio CEDH, el tribunal entra a analizar su eventual cobertura por una derogación conforme al art. 15 CEDH<sup>559</sup>. En este sentido, el art. 15 CEDH se configura técnicamente como una causa de exclusión de la ilicitud aplicables a los casos de limitación «excesiva» o prohibida por el CEDH. De esta forma, y salvando algunas diferencias técnicas, opera de forma equivalente a la figura del «estado de necesidad» en el marco de la responsabilidad internacional de los Estados<sup>560</sup>.

En resumen, la evaluación por el TEDH de la derogación no se realiza como análisis de una norma sustantiva o primaria, cuya violación genera responsabilidad. Se analiza como una norma secundaria, asegurando que se cumplen los elementos requeridos para su eventual aplicación. Además, dicho examen se postpone a la definición del alcance del derecho y sus limitaciones posibles (verdadera norma primaria). Sólo se entra a valorar su posible aplicación si se han vulnerado los límites permitidos, el contorno del derecho. En suma, la derogación se aplica como norma secundaria que excluye la responsabilidad por un hecho en sí mismo ilícito.

#### 4.2. LA POSIBLE INDETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS DEROGADOS

En segundo lugar, la propia redacción del art. 15 CEDH añade una dificultad en el control que ejerce el TEDH. Este artículo no requiere la designación precisa y exacta de los derechos derogados, sino la comunicación de las medidas específicas adoptadas. En ciertos casos, los propios Estados identifican los derechos derogados, pero no siempre<sup>561</sup>. En tales supuestos, adjuntan a la notificación una traducción de los textos legales adoptados a nivel interno.

- 
559. La jurisprudencia no es siempre coherente: en el asunto *Tüzel c. Turquie* (no 2), no 71459/01, ECHR 2006, el tribunal no analizó la aplicación del art. 15 CEDH a pesar de que: 1) el caso derivaba de la aplicación de normas del estado de urgencia que vulneraban la libertad de expresión del demandante (art. 10 CEDH) en una zona de Turquía en la que estaba en vigor una derogación notificada y en vigor desde el 7 de agosto de 1990 y el 29 de enero de 2002, que incluía los arts. 5, 6, 8, 10, 11 y 13 CEDH; 2) reconoció la existencia de una violación del art. 10 CEDH.
560. Art. 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hecho Ilícito (AG/56/83, de 25 de junio de 2010). Véanse los comentarios al mismo en ILC, «Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001», en Yearbook of the International Law Commission, (2001), vol. II, Part Two, pp. 80-84. Hace una referencia escueta al art. 15 CEDH como «causa de necesidad», LAZKANO BROTÓNS y LASAGABASTER HERRARTE, *op. cit.*, 2009, p. 706. Lo analiza con detenimiento, Oraá, *op. cit.*, 1992, pp. 220-223. Sobre las diferencias entre ambas figuras, PETIT DE GABRIEL, *op. cit.*, 2020.
561. Por ejemplo, en relación con la pandemia, puede verse Petit de Gabriel, *op. cit.*, 2020, tablas finales.

Como consecuencia de ello el eventual control por parte del TEDH requiere de un ejercicio de calificación y comparación de los derechos afectados en el caso y los derechos comprendidos en las medidas de derogación comunicadas. Un caso especialmente complejo es la calificación «por relación», cuando se trata de derechos no incluidos expresamente en el CEDH o en sus protocolos, pero que son objeto de protección por el TEDH conforme a una jurisprudencia expansiva y evolutiva, a través de otros derechos. En todos los supuestos, la decisión relativa a la calificación de los derechos eventualmente afectados puede determinar un cambio de régimen en relación con la derogación. Dos ejemplos bastan para explicar este punto: la calificación jurídica del confinamiento como privación de libertad (art. 5 CEDH) o como restricción de la libertad de movimiento (art. 2 PA 4), determina un régimen más o menos amplio de limitación<sup>562</sup>; igualmente es el caso de la protección de la salud, derecho no reconocido por el convenio, la jurisprudencia del TEDH lo protege según el caso sobre la base del derecho a la vida y la integridad física (art. 2 CEDH, inderogable) o sobre la base del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH, derogable).

En este sentido, una de las decisiones recientes ya emitidas en relación con las medidas adoptadas en el contexto de la pandemia por COVID-19<sup>563</sup> ilustra la cuestión: el TEDH consideró que las medidas de confinamiento decididas por Rumanía afectaban eventualmente a la libertad de movimiento (art. 2 del PA 4, ratificado por Rumanía) y no a la libertad personal (art. 5 CEDH, libertad y seguridad), alegada por los demandantes. Decidió inadmitir por considerar mal fundada la alegación, en contra de su jurisprudencia previa sobre la posibilidad que tiene el TEDH de examinar los hechos, la reclamación a la luz de una base jurídica distinta y de una calificación jurídica distintas<sup>564</sup>. Si hubiera admitido, en la fase de fondo habría tenido que examinar la posible limitación del derecho, mucho más amplia en relación al art. 2 PA 4 que en el ámbito del art. 5 CEDH cuyas restricciones están tasadas. Y, en caso de considerar que Rumanía se había extralimitado, la aplicación de la declaración de derogación efectuada por este Estado durante la pandemia.

#### 4.3. EL ALCANCE DEL CONTROL EFECTUADO

En el apartado II.a hemos hecho referencia al control de los elementos básicos de legalidad de la derogación (existencia del supuesto habilitador, aplicación geográfica, notificación en tiempo y forma de las medidas adoptadas, su carácter limitado y justificación en el tiempo, etc.<sup>565</sup>). Sin embargo, el TEDH ejerce un con-

- 
- 562. Algunos autores se han manifestado claramente en esta cuestión a favor de controlar las actuaciones sobre la base del art. 5 CEDH, como GREENE, A., «Derogating from the European Convention on Human Rights in Response to the Coronavirus Pandemic: If not Now, When?», en European Human Rights Law Review, (2020), no. 3, pp. 262-276.
  - 563. *Terheş v. Rumania*, n.º 49933/20, §§ 38-45, ECHR 2021 (decisión de inadmisibilidad).
  - 564. Esta doctrina de la posibilidad de «recalificación» de la violación fue afirmada por la Gran Sala en *Radomilja and Others v. Croatia* [GC], nos. 37685/10 and 22768/12, §§ 114, 124 and 126, ECHR 2018, luego citada en casos posteriores.
  - 565. Para referencias detalladas a la jurisprudencia sobre estos aspectos, *vide* la guía sobre el art. 15 CEDH.

trol de fondo caso por caso, especialmente en las demandas individuales<sup>566</sup>. No se trata sólo del control de legalidad de la derogación citado, sino del control de su aplicabilidad al caso concreto.

En este sentido, el TEDH va a controlar si las medidas –abstractas– de derogación notificadas y las medidas –concretas– adoptadas cumplen dos requerimientos: no ser contrarias a otras obligaciones de Derecho internacional, y ser «estrictamente necesarias» en el marco de la situación de emergencia<sup>567</sup> a través de un control de proporcionalidad. En primer lugar, el TEDH ha controlado la compatibilidad entre ciertas derogaciones y las obligaciones de los Estados asumidas en virtud del PIDCP. Igualmente, ha examinado la compatibilidad entre el CEDH y el Derecho internacional humanitario aplicable en el marco de la lucha contra el terrorismo yihadista post 11-S<sup>568</sup>.

En segundo lugar, el juicio de validez *in abstracto* de las medidas de derogación notificadas no exime al Estado del respeto del principio de legalidad, necesidad y proporcionalidad *ad personam* y *ad causam*<sup>569</sup>. El TEDH examina si la medida concreta adoptada en el caso objeto de la demanda es estrictamente necesaria en el contexto de la emergencia para la finalidad perseguida, no extendiendo un cheque en blanco por la mera existencia de derogaciones a los artículos concernidos<sup>570</sup>. De forma complementaria, el TEDH examina si las medidas adoptadas en un caso concreto, potencialmente cubierto por una declaración de derogación por el Estado, se adoptaban como aplicación de las medidas de derogación notificadas por el Estado o eran, por el contrario, aplicación de normas pre-existentes. En este último caso, el tribunal ha negado al Estado la protección de la derogación efectuada, considerando, por tanto, al mismo responsable de una violación<sup>571</sup>.

- 
566. De los 29 casos sobre el artículo 15 CEDH concluidos por sentencia, 28 fueron demandas individuales y una tan sólo demanda inter-estatal (*Ireland v. the United Kingdom* [Plenary], no. 5310/71, ECHR 1978). Deben también tenerse en cuenta los cuatro casos interestatales decididos por la ComEDH: *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece* (the «Greek case»), nos. 3321/67 and 3 others, Commission report of 5 November 1969, Yearbook 12.; *Greece v. the United Kingdom*, no. 176/56, Commission report of 26 September 1958; *Cyprus v. Turkey*, nos. 6780/74 and 6950/75, Commission report of 10 July 1976; y, *Cyprus v. Turkey*, no. 8007/77, Commission report of 4 October 1983.
567. Como ejemplo, *Ahmet Hüsrev Altan v. Turkey*, n.º 13252/17, § 150, ECHR 2021.
568. Sobre la cuestión, puede verse la guía del TEDH sobre el art. 15 CEDH ya citada y la jurisprudencia concernida. También puede verse LEHMANN, *op. cit.*, 2011, pp. 115-118.
569. Así por ejemplo, ha denegado que una detención concreta estuviera cubierta por la derogación efectuada por Turquía por considerar que no se había establecido el carácter «necesario» de la detención en el caso concreto: «The Government have not shown how the applicants' detention without adequate authorisation could have been strictly required by the exigencies of the situation envisaged by Article 15 § 1 of the Convention», en *Elçi and Others v. Turkey*, nos. 23145/93 and 25091/94, § 632-686, ECHR 2003.
570. Este argumento permitió al tribunal considerar unas medidas justificadas y otras no, por ejemplo, en *Pişkin v. Turkey*, n.º 33399/18, ECHR 2020: § 125 (las medidas de despido excepcional en caso de emergencia quedarían cubiertas por la derogación) v. §§ 152-153 (la ausencia de control judicial sobre el despido no estaría amparado por la derogación).
571. *Baş v. Turkey*, n.º 66448/17, §§ 196-197, ECHR 2020; *Sabuncu and others v. Turkey*, n.º 23199/17, § 183, ECHR 2020; *Atilla Taş c. Turquie*, n.º 72/17, § 140, ECHR 2021; *Ilker Deniz Yücel c. Turquie*, n.º 27684/17, § 95, ECHR 2022.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: EXCEPCIONALIDAD, SUBSIDIARIEDAD Y FLEXIBILIDAD

El Art. 15 CEDH es una norma que permite compatibilizar situaciones excepcionales en la vida del Estado y los valores que el CEDH encarna, fundamentalmente el respeto de los derechos humanos, sin hacer dejación del control de las conductas del Estado por un tribunal internacional de jurisdicción *ipso facto* obligatoria, como esencia misma del convenio.

El art. 15 CEDH forma parte de un conjunto de disposiciones del CEDH que tratan de adaptar la vida del CEDH y la protección de los derechos a circunstancias de anormalidad. Su excepcionalidad es tal que pocos de los 47 Estados parte (hasta la expulsión de Rusia del Consejo de Europa, efectiva a partir del 16 de marzo de 2022) han acudido al art. 15 CEDH, y lo han hecho en ocasiones contadas, incluida la pandemia de COVID-19, en la larga vida del CEDH (ya, más de 70 años).

Más aún, el art. 15 CEDH ha sido objeto de una escasa actividad litigiosa. En búsquedas en HUDOC, aparecen apenas 39 sentencias sobre el art. 15 CEDH (del total de 24511 sentencias entre 1959 y final de 2021) y 40 decisiones (del TEDH y de la antigua ComEDH). En algunas de ellas la referencia al art. 15 CEDH constituye tan sólo un excuso u *obiter dictum* para resaltar el carácter inderogable de un derecho. Por añadidura, en ese reducido volumen litigioso son muy pocos los asuntos –menos de una decena– en los que el TEDH ha considerado aplicable la derogación, excluyendo la responsabilidad del Estado en el caso.

Circunstancias excepcionales son las que permiten un régimen excepcional de (in)aplicación del CEDH. La posibilidad de derogación afecta al ámbito de aplicación del CEDH *ratione temporis* (la derogación es siempre temporal), *ratione loci* (al excluir un Estado o parte de su territorio) y *ratione materiae* (en todo caso parcial, pues existe un reducto inderogable de derechos y el TEDH retiene siempre su competencia de control).

El TEDH, tras los pasos de la ComEDH, ha construido un *corpus iuris* interpretativo sobre esta disposición, tanto en relación con los elementos y requisitos previstos por el art. 15 CEDH como en relación con la técnica de control en los casos concretos en los que se alega. Dicha jurisprudencia reconoce la subsidiariedad del sistema, aplicando el margen de apreciación nacional a la hora de evaluar las circunstancias y medidas excepcionales aplicables en la derogación. Sin embargo, ello no es óbice para que el TEDH haya perfilado dos niveles de revisión previa a la aplicación de la derogación. De un lado, el TEDH controla si la medida prevista por el Estado en la derogación y aplicada en el caso es permisible a título de limitación ordinaria del derecho. De otro lado, examina la necesidad y proporcionalidad de la medida *in concreto*, y no sólo en abstracto, respecto de la circunstancia de emergencia invocada. Dicho control le permite perfilar los derechos afectados por las medidas adoptadas, dado que la notificación de la derogación sólo exige comunicar estas sin identificar aquellos. En ciertos casos, la determinación del derecho concreto afectado incide a la eventual aplicación de una derogación.

En todo caso, estos rasgos del control permiten definir la aplicación de las derogaciones como subsidiarias dentro del propio sistema, sólo para el caso de imposible justificación de una limitación legal. Es la subsidiariedad dentro de un sistema *per se* subsidiario, pues la propia posibilidad de limitación es a su vez reconocimiento del margen de apreciación del Estado y, en suma, de la subsidiariedad del sistema.

Finalmente, el art. 15 CEDH y el control definido por el TEDH se configura como una herramienta de la flexibilidad con la que los padres del CEDH concibieron el mecanismo de garantía colectiva que supone este tratado. La previsión de la facultad de derogar, su invocación, no ha excluido en ningún caso el imperio de la ley, *the rule of law*. El CEDH abre la mano, es flexible, ante las situaciones que ponen al Estado frente a amenazas, situaciones de urgencia o crisis parciales o totales y ante las medidas posibles. Dicha flexibilidad se manifiesta igualmente en las interpretaciones del TEDH sobre las circunstancias y las medidas adoptadas, con un examen generalmente pro-individuo y sin renunciar a ejercer un control detallado, tras una primera etapa en la que concedió un mayor blindaje al Estado en las declaraciones de excepcionalidad.

No podemos cerrar este capítulo sin una apreciación crítica de la interpretación dada por el TEDH a la falta de práctica derogatoria sobre la aplicación extraterritorial del CEDH en los conflictos armados internacionales. A nuestro entender, y precisamente en defensa de la interpretación pro-persona y de la más amplia protección de los derechos fundamentales, el TEDH debería superar su concepción estricta de la aplicación exclusivamente territorial del CEDH en tiempo de guerra (*Georgia v. Rusia (II)*). Este planteamiento genera una aplicación asimétrica del CEDH: aplicable en el territorio del Estado territorial teatro de un conflicto armado internacional, que puede derogar sus obligaciones –pero no todas–, mientras que no obliga extraterritorialmente al Estado beligerante o invasor hasta la fase post-bélica de ocupación.

A pesar de la expulsión de Rusia del Consejo de Europa, decidida por su Comité de Ministros el 16 de marzo de 2022, el TEDH seguirá siendo competente para conocer de demandas de hechos acaecidos hasta el 16 de septiembre de 2022. Sin embargo, la citada e inflexible jurisprudencia del TEDH cierra la posibilidad de exigir responsabilidad a Rusia por las conductas en la guerra en Ucrania. En cambio, el TEDH mantiene una cierta y amplia capacidad de control sobre las conductas ucranianas, a pesar de la derogación efectuada por este país.

Se pierden de esta manera oportunidades para escuchar a las víctimas y garantizar su acceso a la justicia internacional: más allá de la eficacia de una sentencia condenatoria –que probablemente Rusia no ejecutaría–, ser escuchado, poder litigar representa en sí mismo un mecanismo de justicia reparatoria.

El CEDH, subsidiario y flexible, no tiene vocación de excluir el control del TEDH en circunstancias excepcionales, como el conflicto armado, derogación median-

te. Mantener la justiciabilidad simétrica respecto de las partes en conflictos sobre los derechos inderogables y sobre la estricta necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas respecto de los derechos derogados debiera ser siempre la luz que guiara la jurisprudencia futura del TEDH. Quizás alguno de los numerosos casos ya abiertos (interestatales e individuales) entre y/o contra Ucrania y Rusia lo permita algún día por venir.

## *Capítulo 8*

# Limitaciones por estado de emergencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

RODRIGO CHÁVEZ FIERRO<sup>572</sup>  
JAVIER RASCADO PÉREZ<sup>573</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DEFINICIÓN DE ESTADO DE EMERGENCIA Y LA EXPERIENCIA MEXICANA POR COVID-19. 3. NORMATIVIDAD. 4. JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA. 5. PRINCIPIOS APLICABLES. 5.1. *Principios expresamente señalados en la CADH.* 5.2. *Otros principios no señalados expresamente en la CADH.* 6. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

La declaratoria de estados de emergencia constituyó una de las primeras medidas que algunos Estados tomaron para hacer frente a la pandemia provocada por el Covid-19. No obstante, el derecho internacional de los derechos humanos debe asegurar que el uso de esta figura sea limitado para hacer frente a situaciones únicamente que hayan sido establecidas.

Cuando hablamos de situaciones de emergencia, hacemos referencia a fenómenos imprevistos que requieren por parte del Estado una acción inmediata, ya sea de carácter políticos, económico o social. La teoría de los derechos humanos admite la posibilidad de establecer restricciones a algunos derechos en caso de emergencia, dando oportunidad a las autoridades de implementar medidas proporcionales y necesarias para la atención de la incidencia. Los Estados deben tener en cuenta que la utilización excesiva del estado de emergencia, trae consigo consecuencias graves para el Estado de Derecho.

La Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo en su estudio

- 
572. Maestro en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por el Instituto Ortega y Gasset. Coordinador del Centro de Estudios sobre Derechos Humanos de Querétaro (México).
573. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Profesor investigador. Titular de la Defensoría de los Derechos Humanos del Estado de Querétaro (México).

temático sobre el obstáculo para los derechos humanos que suponen los estados de emergencia en el contexto de la lucha contra el terrorismo<sup>574</sup>, indicó que las limitaciones al disfrute de los derechos humanos deben ser a) necesarias; b) obstar- culizar mínimamente el ejercicio de los derechos (ser la opción menos restrictiva); c) demostrar claramente la proporcionalidad entre los medios y los objetivos, que deben exponerse claramente; y d) ser compatibles con otros derechos fundamentales y no discriminatorias en su finalidad y en la práctica.

En este sentido, durante el desarrollo de las siguientes líneas, desarrollaremos el estándar interamericano relativo a los estados de emergencia y la suspensión de los derechos humanos, para ello previamente realizaremos una clarificación de concep- tos. Lo anterior a efecto de poder comprender de mejor forma los desarrollos juris- prudenciales que sobre la materia se han realizado desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **2. DEFINICIÓN DE ESTADO DE EMERGENCIA Y LA EXPERIENCIA MEXICANA POR COVID-19**

Hablar del tema no es algo novedoso, históricamente el origen de los estados de excepción corresponde al carácter práctico que imprimían los romanos a su derecho. En tiempos normales se aplica la ley común y ordinaria, pero ante la eventualidad de circunstancias atípicas, a las que es imposible hacer frente con leyes aplicables en circunstancias normales, se necesita exceptuar el derecho común y dotar al gober- nante de un poder extraordinario<sup>575</sup>.

El estado de emergencia o de excepción puede ser definido como la situación de anomalía motivada por la alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, del normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad o de cualquier otro aspecto del orden público, para cuyo restablecimiento y mantenimiento es insuficiente el ejercicio de las potestades ordinaria<sup>576</sup>. Ante la confusión que se presenta en la literatura, Leandro Despouy afirma que es preferible el uso de la expresión «estado de excepción», en razón de la precisión jurídica que reviste este vocablo y por ser de uso corriente en la ciencia jurídica contemporánea, además de asegurar que dicha expresión abraza el con- junto de situaciones cubiertas por los términos «estado de emergencia», «estado de sitio», «estado de urgencia», «estado de alarma», «estado de prevención», «estado de guerra interna», «suspensión de garantías», «ley marcial», «poderes en crisis»,

- 
- 574. Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo sobre el obstáculo para los derechos humanos que suponen los estados de emergencia en el contexto de la lucha contra el terrorismo (A/HRC/37/52).
  - 575. GARCÍA CAMINO, B. y RASCADO PÉREZ, J., «La revisión constitucional de la legisla- ción de los estados de excepción. Una nueva figura en el derecho procesal constitucional mexicano», en Estudios Constitucionales, vol. 11, núm. 2, (2013), pp. 547-573.
  - 576. Diccionario Jurídico Espasa. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1998, p. 389.

«poderes especiales», «toque de queda», sumado a todas las medidas adoptadas por los gobiernos en las que impliquen mayores restricciones al ejercicio de los derechos humanos de las normalmente se autorizan en situaciones ordinarias<sup>577</sup>.

En el caso de la reciente experiencia mexicana por el Covid-19, el acuerdo emitido por el Consejo de Salubridad General<sup>578</sup> sólo se limitó a reconocer la epidemia generada por el coronavirus como una enfermedad grave de atención prioritaria, cuestión que no es lo mismo que declarar un estado de emergencia sanitaria. En efecto, en este último, derivado del hecho de reconocer la gravedad de las circunstancias y, por tanto, la posibilidad de ciertas anomalías o alteraciones que pudieran convertirse en una amenaza, se contemplan determinados procedimientos como los denominados regímenes de emergencia<sup>579</sup>.

Ahora bien, independientemente de la definición que se adopte respecto de lo que signifiquen los regímenes de emergencia, todas ellas encierran un denominador común, es decir, una especie de correlación inversa de variables que consiste en un aumento de facultades extraordinarias a las autoridades (ejecutivo/sanitarias) y, por otro lado, un restricción, suspensión o limitación inversamente proporcional de ciertos derechos a los ciudadanos, de tal modo que «...según sea la naturaleza de la institución excepcional así será la magnitud y el alcance de las facultades o poderes que se ejerzan»<sup>580</sup>.

Podemos asumir que el objetivo de dicha correlación inversa es –por paradójico que parezca– velar por el restablecimiento de la normalidad y garantizar, de esa manera, el acceso a los derechos humanos, aspecto que, como se dijo, encierra una paradoja (al igual que todos los regímenes de emergencia o de excepcionalidad): lo que se persigue es la posibilidad legal de suspender el ejercicio y goce de ciertos derechos, considerado como la única vía a efecto de garantizar el goce efectivo de otros derechos también elementales.<sup>581</sup> No es casual el sentido en el que se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuando en su Resolución 1/2020, adoptada el día 10 de abril e intitulada *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, reconoce en el apartado intitulado «Estados de excepción, libertades fundamentales y Estado de Derecho», que en determinadas circunstancias, con el propósito de generar una adecuada distancia social, puede constituir un imperativo

- 
577. DESPOUY, L., *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Ciudad de México, II-JUNAM, 1999, p. 12.
578. Consejo de Salubridad General. Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha pandemia, Ciudad de México, Diario Oficial de la Federación, lunes 23 de marzo del 2020.
579. PFEFFER URQUIAGA, E., «Estados de excepción constitucional y reforma constitucional», en *Ius Et Praxis*, núm. 8 (1), (2002), p. 1.
580. MELÉNDEZ, FLORENTÍN, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, edit. Criterio, San Salvador, 1999, p. 28.
581. DESPOUY, L., *op. cit.*, p. 22.

la restricción del pleno goce de derechos como el de reunión y el de la propia libertad de circulación en espacios públicos, no indispensables para el abastecimiento de insumos esenciales para la propia atención médica.<sup>582</sup> Sin embargo, no hay que perder de vista que ha sido también la propia CIDH quien de manera sobrada advierte que todas aquellas medidas adoptadas por los Estados en la atención a la pandemia «...deben tener como centro el pleno respeto a los derechos humanos».

El día 31 de marzo, la Secretaría de Salud publica de nuevo en el Diario Oficial de la Federación el *Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria por el virus SARS-CoV2*<sup>583</sup>. De este Acuerdo merece resaltar algunos aspectos. En primer lugar, en el artículo primero se ordena la suspensión inmediata (del 30 de marzo al 20 de abril) de las actividades no esenciales a fin de mitigar la dispersión y la transmisión del virus en la comunidad mexicana, disminuir la carga de enfermedad, sus complicaciones y la muerte por el Covid-19. En el mismo Acuerdo se describe cuáles serían las actividades que sí se consideran esenciales y que, por tanto, podrán desarrollarse bajo estrictas medidas de prevención. En segundo lugar, la fracción V del artículo primero prescribe que el resguardo domiciliario corresponsable se aplicará a toda persona mayor de 60 años de edad, mujeres embarazadas o en puerperio inmediato o con diagnóstico de hipertensión arterial, entre otras. Esto implicó un claro ejemplo de una posible limitación del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, limitación que siempre emergen en clave de medidas extraordinarias. Aunque, en estricto sentido, en el caso del acuerdo en cita y en el contexto de la actual experiencia mexicana, no deja de tener razón Cossío Díaz (2020) cuando afirma lo siguiente:

«Por el modo en que jurídicamente está construido el acuerdo, no se impone una obligación jurídica propiamente dicha al no existir sanciones en caso de incumplimiento. Se trata, hay que decirlo con claridad, de exhortaciones a la población en general y exhortaciones reforzadas a las personas en condición de riesgo»<sup>584</sup>.

Lo dicho por Cossío tiene sentido si se destaca el hecho de que, a pesar de constituir una limitación al derecho de libertad de tránsito y de reunión, estas disposiciones no están sujetas a un procedimiento extraordinario adicional para su verificación.<sup>585</sup> Sin embargo, lo anterior no constituye un obstáculo para admitirlas formalmente como limitaciones de naturaleza extraordinaria, por lo menos en el sentido de pertenencia al sistema jurídico mexicano. Dicho en términos de Santiago Ibarra en pleno contexto de la pandemia por Covid-19:

- 
- 582. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020*, edición a cargo de la OEA, 2020, p. 6.
  - 583. Secretaría de Salud, *Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria por el virus SARS-CoV2*, Ciudad de México, Diario Oficial de la Federación, martes 31 de marzo del 2020.
  - 584. COSSÍO DÍAS, J., «Acuerdos para la pandemia en México», en Hechos y Derecho, núm. 56, (2020), p. 3.
  - 585. VILLARREAL LIZÁRRAGA, P., *Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global*, Ciudad de México, IIJUNAM, 2019, p. 163.

«Hoy, en México y en muchos otros países, no hay estado de excepción como tal, no se están suspendiendo derechos y libertades, sino limitando el libre ejercicio de éstos como la libertad de circulación, es decir, que más allá de esas restricciones –que, no lo olvidemos tampoco, admiten excepciones– los derechos referidos no quedan en suspenso. Continúan en vigor, si bien su eficacia es limitada. Estos límites son los que derivan de la separación entre parámetro de constitucionalidad y decisión política (democrática), proceso que no resulta fácil, especialmente cuando se producen colisiones entre preceptos constitucionales, muchos de ellos frecuentes en materia de derechos y libertades»<sup>586</sup>.

El tercer aspecto se deriva de la lectura de la fracción VIII del mismo artículo primero del Acuerdo, pues se prescribe que «Todas las medidas establecidas en el presente acuerdo deberán aplicarse con estricto respeto a los derechos humanos de todas las personas»<sup>587</sup>. No resulta ocioso resaltar esos aspectos, pues constituye también un claro ejemplo de la paradoja a la que nos hemos referido previamente y de cómo la convergencia de dos paradigmas contrapuestos son experiencias típicas de los estados de emergencia o de excepcionalidad. ¿Por qué? Porque tal como lo explica Villarreal Lizárraga: se trata de un contexto en el que los mecanismos y recursos normales no tendrían la misma efectividad dadas las circunstancias inusitadas que predominan al declararse ya sea una emergencia de salud pública de importancia internacional o una pandemia. Los estados de emergencia son figuras jurídicas asociadas a los enfoques de seguridad, lo que implica colocar el énfasis en el reforzamiento de la capacidad del Estado para responder a todas las amenazas, derivado de su obligación de proteger la salud de la población en general y de los individuos en lo particular. Aunque, «Por supuesto, etiquetar algo como asunto de seguridad no constituye por sí mismo un “cheque en blanco” para que las autoridades puedan obtener facultades desmedidas»<sup>588</sup>.

En palabras de Pedro Salazar Ugarte, «se trata de una figura que evoca la tesis de los “poderes extraordinarios” ante situaciones excepcionales que, en la práctica, suponen una suspensión de la vigencia del derecho –en principio– para salvar al derecho mismo»<sup>589</sup>. O como también él mismo lo refiere al describir la aplicación del estado de excepción en la antigua Roma: «El Estado se paralizaba para subsistir»<sup>590</sup>. En consideración del jurista mexicano, la aplicación del estado de excepción por

- 
- 586. SANTIAGO IBARRA, Á., «Covid-19: ¿suspensión o limitación de derechos?», en Hechos y Derechos, núm. 56, (2020), p. 1.
  - 587. Secretaría de Salud, Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria por el virus SARS-CoV2, *op. cit.*, p. 2.
  - 588. VILLARREAL LIZÁRRAGA, P. A., *op. cit.*, p. 49.
  - 589. SALAZAR UGARTE, P., «Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción», p. 231. Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana / coordinadores FERRER MAC-GREGOR POISOT, E, CABALLERO OCHOA, J y STEINER, C. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas – Fundación Konrad Adenauer Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. noviembre de 2013, México, D. F. Vol I.
  - 590. SALAZAR UGARTE, P. «Cuando la realidad se impone», en Hechos y Derecho, núm. 56, (2020), p. 3.

vía del art. 29 de la constitución mexicana (la *suspensión*<sup>591</sup> de algunos derechos de cara a la reforma del 2011), no es una figura óptima para hacerle frente a situaciones como la pandemia, sino que se decanta por otra figura también constitucional: el Consejo de Salubridad General, pues señala que éste también contempla acciones excepcionales ante circunstancias como la emergencia sanitaria por Covid-19, las cuales podrían implicar limitaciones de derechos pero con la virtud de conllevar la voz de expertos en materia de salud<sup>592</sup>.

Como bien se apunta, el problema, y no exclusivo de esta figura, ha sido el abuso del derecho, excederse del contenido de la norma desvirtuando el sentido de la misma, en este caso de prever la existencia del Estado y salvaguardarlo, y aprovecharse de la excepción para otros fines<sup>593</sup>.

La propia CADH hace una diferenciación entre los supuestos de limitación, restricción y suspensión de los derechos humanos. El art. 27, sujeto de análisis de las presentes líneas, es el que aborda propiamente el término de la suspensión, entendida como una limitación temporal a ciertos derechos en casos de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

El art. 30 es el relativo a las restricciones, entendidas éstas como limitaciones permanentes a los derechos humanos, las cuales deben estar de acuerdo con la propia Convención y que deben estar establecidas en las leyes que se dicten por razones de interés general (reserva de ley).

Mientras que la limitación viene establecida de cierta forma en el art. 32.2 cuando indica que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común; es decir, las limitaciones hacen referencia a las colisiones entre derechos habituales en una sociedad democrática que no siempre se resuelven de la misma forma y dependerá del contexto en el que surge el conflicto entre derecho para determinar a cuál deberá de darse prevalencia, aplicable únicamente para el caso concreto.

En este sentido, para evitar un uso excesivo de la figura, resulta necesario conocer cómo viene planteada en los ordenamientos internacionales y cuál ha sido la interpretación en concreto que ha desarrollado de la figura de la suspensión por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### 3. NORMATIVIDAD

Indudablemente, el análisis comienza con la consideración del capítulo IV de la Convención Americana de Derechos Humanos dedicado a la suspensión de garantías, interpretación y aplicación, cuyo art. 27 indica que:

---

591. Es el término que él utiliza.

592. *Ibidem.*

593. GARCÍA CAMINO, B.; y RASCADO PÉREZ, J., *op cit.*

1. *En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*
2. *La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.*
3. *Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.*

De la lectura del artículo se desprende que la CADH establece como condiciones para la suspensión de los derechos las siguientes:

- a) Que se limite a situaciones de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte;
- b) Que las medidas se limiten únicamente al tiempo que dure la situación particular;
- c) Que dichas medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones del Estado;
- d) Que no entrañen discriminación
- e) Que no se suspendan los derechos expresamente mencionados en el art. 27; y
- f) Que se informe inmediatamente de las medidas adoptadas

De la revisión de la norma en comento se desprenden cuatro tipos de supuestos contemplados por la Convención: a) la suspensión de garantías señalada en el título del capítulo correspondiente; b) la suspensión de obligaciones establecido en el párrafo primero; c) suspensión de derechos indicado en el segundo párrafo; y d) derecho de suspensión incluido en el último párrafo.

Indudablemente esta redacción genera cierta confusión que ha tenido que ser aclarada por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia. No obstante, cabe hacer algunas precisiones al respecto de la diferencia entre los conceptos establecidos en la CADH.

La problemática radica en separar en primer lugar los conceptos de derechos y garantías. Los derechos y libertades son instituciones sustantivas y su aplicación

efectiva depende o puede conseguirse por medio de sus respectivas *garantías*; éstas, a su vez, son consideradas como instituciones adjetivas (procesales) contempladas para concretar el pleno y efectivo ejercicio de los derechos y libertades, para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad de los mismos. Mientras que los derechos humanos constituyen un conjunto de principios generales y abstractos (el qué), las garantías son normas procesales que delimitan y precisan tales principios (el cómo): implica la dimensión, límites y modalidades bajo las cuales el Estado reconoce y, además, protege los derechos (humanos) y libertades. Derivado de que las garantías judiciales son un supuesto autónomo y específico de derechos humanos no susceptibles de suspensión, por tanto, no se alude (en el art. 27 del Pacto de San José) a una suspensión de «garantías» propiamente dichas, sino de la suspensión temporal del pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos y libertades. En este sentido, los derechos humanos que pueden ser objeto de suspensión nunca dejan de ser reconocidos por la CADH, sino que únicamente se autoriza una parálisis en su vigencia. Es decir, los derechos humanos no desaparecen, sino que únicamente pueden ser objeto de intervenciones por parte de las autoridades públicas; las cuales derivados de la situación de estado de excepción estarían habilitadas para inobservar momentáneamente las obligaciones que tienen contraídas en virtud de la CADH. En virtud de lo anterior, la suspensión de derechos solamente puede darse en virtud de un estado de excepción, mientras que la limitación y restricción de los derechos, también contemplados por la CADH, pueden darse en condiciones de normalidad<sup>594</sup>.

Al hablar de suspensión de las obligaciones contraídas en virtud de la CADH esto es consecuencia de la propia suspensión de establecida en art. 27 de la Convención, derivado de ello se establece el mandato de notificar al resto de los Estados Partes de las disposiciones que se haya suspendido.

Por último, si bien se habla de un *derecho de suspensión*, el objetivo de esa norma es concederle a los Estados la autorización para emitir medidas de excepción, preservando las personas la titularidad de los derechos establecidos en la CADH.

En este sentido, en realidad de lo que trata el art. 27 del Pacto de San José es sobre la suspensión del ejercicio de ciertos derechos fundamentales<sup>595</sup>, toda vez que no se puede dar una suspensión de derechos en sí mismos por ser estos innatos, ni podría darse lugar a una suspensión absoluta de sus garantías.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador» en su artículo 5 dedicado a los alcances de las restricciones y limitaciones establece que:

- 
- 594. FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. «La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en ESQUIVEL, G. y otros (coords.) «Cien ensayos para el Centenario» Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tomo 2, (2017), UNAM-IIJ.
  - 595. GÓMEZ CARMONA, M., «Los estándares interamericanos para la suspensión de garantías como mecanismo para la vigencia del estado de derecho», en Revista De Ciencias Sociales, (80), (2022), pp. 253-296.

*Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.*

El artículo primero de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* manda que:

*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:*

*a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;*

La misma Convención en su artículo 10 indica que:

*En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.*

El art. 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura señala que:

*No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.*

#### 4. JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Previo al análisis de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es importante analizar lo que al respecto ha indicado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en ejercicio de su competencia para interpretar el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. El referido Comité se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el estado de emergencia por medio de sus observaciones generales.

En 1981, el Comité de Derechos Humanos adoptó la observación general número 5 dedicada a la suspensión de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, la cual fue actualizada en el 2001 por medio de la observación general número 29 dedicada a los estados de emergencia.

También destacan los llamados *Principios de Siracusa* relativos a las disposiciones de limitación y derogación del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que, si bien fueron adoptados por organizaciones no gubernamentales en su momento, con posterioridad fueron distribuidos como un documento oficial en el 41º período de sesiones de la entonces Comisión de Derechos Humanos.

Destacan también dos informes importantes sobre el tema que fueron solicitados por la Comisión de Derechos Humanos. El primero de ellos en la década de los ochentas a cargo de Nicole Questiaux (E/CN.4/Sub.2/1982/15); y el segundo a cargo de Leandro Despouy de 1997 (E/CN.4/Sub.2/1997/19).

La interpretación del art. 27 de la CADH relativo a la suspensión de garantías fue objeto del trabajo de la Corte IDH desde sus primeros casos resueltos en ejercicio de la competencia consultiva, lo anterior derivado a que en América Latina en diversas ocasiones el estado de excepción ha sido utilizado para establecer regímenes dictatoriales u otorgarles facultades al Ejecutivo<sup>596</sup>.

En cuatro de sus primeras nueve opiniones consultivas, que fueron las primeras cuestiones desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte IDH, fue abordada la interpretación del art. 27 de la CADH: la OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983 sobre las restricciones a la pena de muerte; OC-6/86 de 9 de mayo de 1986 relativa a la expresión «leyes» en el art. 30 de la CADH; OC-8/87 de 30 de enero de 1987 relativa al *Habeas Corpus* bajo la suspensión de garantías; y la OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, sobre las garantías judiciales en estados de emergencia. En estas dos últimas fueron desarrollados los principales criterios interpretativos sobre el tema. En las primeras dos la cuestión se abordó de manera tangencial<sup>597</sup>.

#### *a) Primera etapa: los ochentas y las opiniones consultivas*

Las reflexiones sobre el Estado de excepción estuvieron presentes en los primeros trabajos de la Corte IDH en ejercicio de su competencia consultiva. En 1983, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte que se pronunciara sobre temas relativos a las restricciones a la pena de muerte. En ella, el tribunal interamericano indicó que: «toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta»<sup>598</sup>.

Posteriormente la Corte IDH estableció la diferencia entre suspensión y restricción de los derechos humanos establecida en la CADH: «el artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Convención (art. 29.a), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de

- 
- 596. RODRIGUEZ HUERTA, G., «Comentario al artículo 27. Suspensión de garantías», en STEINER, C. y URIBE, P., Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, Suprema Corte de Justicia de la Nación – Fundación Konrad Adenauer, (2014), México.
  - 597. ZOVATTO, D., «La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 7, (Enero/Junio 1988), p. 48.
  - 598. Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, p. 61.

los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30). Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras “al goce y ejercicio”, clarificó conceptualmente la cuestión»<sup>599</sup>.

Como hemos mencionado en las OC-8/87 y OC-9/87, la Corte IDH desarrolló las principales bases de su jurisprudencia sobre el tema que será retomada en diversos casos contenciosos. En la OC-8/87<sup>600</sup> la Corte IDH estableció la siguiente:

- Los derechos no pueden suspenderse por ser consustanciales a la persona, por lo que lo único que puede impedirse es su pleno y efectivo ejercicio.
- El art. 27 de la CADH es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales.
- Solo se autoriza la suspensión de ciertos derechos en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación.
- La suspensión de las garantías puede ser el único medio para atender las situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática.
- Los estados de excepción han dado lugar a abusos cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el art. 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos.
- La suspensión de garantías no puede desvincularse del «ejercicio efectivo de la democracia representativa» a que alude el art. 3 de la Carta de la OEA.
- La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.
- Ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el art. 27.1. Cierta categoría de derechos no se puede suspender en ningún caso

599. Corte IDH. La expresión «Leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, p. 14.

600. Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

- Dependiendo de la situación que motivó el estado de excepción, lo permisible en algún caso específico, puede no serlo en otro.
- La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el art. 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.
- La suspensión de garantía no debe comportar la suspensión temporal del Estado de Derecho o que se autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse.
- Los límites legales a la actuación del poder público pueden ser distintos a los vigentes en condiciones normales, pero nunca deben considerarse inexistentes o que se entienda que el gobierno esté investido de poder absolutos.
- En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.
- En condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan las garantías judiciales indispensables para su protección.
- La determinación de qué garantías judiciales son indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados.
- Las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales; lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción.
- Resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción
- Dentro de un Estado de derecho es procedente el control de legalidad de las medidas adoptadas en un estado de excepción, por parte de un órgano judicial autónomo e independiente
- Los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el art. 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

En la OC-9/87, la Corte indicó que del artículo 27.1 se deriva la necesidad de que en todo estado de excepción subsistan los medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten para que adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y con ello no se excedan los límites impuestos por la CADH<sup>601</sup>. La Corte también añadió que «los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del *habeas corpus* y del amparo»<sup>602</sup>.

*b) Segunda etapa: los noventa y los primeros casos contenciosos*

A partir de la década de los noventa la Corte IDH iba a desarrollar su jurisprudencia sobre estados de excepción en ejercicio de su facultad contenciosa. Aquí podemos identificar principalmente casos contra Perú. En el *caso Neira*, relativo a la muerte de tres personas durante el operativo militar en el centro penitenciario El Frontón y a la negativa del Estado por conceder el recurso de *habeas corpus* que había sido improcedente debido a que se había decretado un estado emergencia. La Corte indicó que si bien los decretos mediante los cuales se establecía el estado de emergencia no suspendían de manera expresa el recurso de *habeas corpus*, «el cumplimiento que se dio a ambos decretos produjo la ineeficacia del citado instrumento tutelar, y por tanto, su suspensión en perjuicio de las presuntas víctimas»<sup>603</sup>.

En el *caso Loayza Tamayo*, relacionado con tratos crueles, inhumanos y degradantes en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo quien en febrero de 1993 fue detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) derivado de su presunta colaboración con el grupo armado Sendero Luminoso, la Corte IDH reiteró la obligación de los Estados de informar al resto de los Estados Partes las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión<sup>604</sup>.

Las ideas desarrolladas en las opiniones consultivas mencionadas fueron parte de la argumentación para encontrar responsable internacionalmente a Perú en los casos *Castillo Petrucci*<sup>605</sup> y *Durand Ugarte*<sup>606</sup>.

- 
- 601. Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, p. 21.
  - 602. Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, p. 30.
  - 603. Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, 77.
  - 604. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, p. 50
  - 605. Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
  - 606. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

c) *Tercera etapa: el siglo XXI y los recordatorios de la Corte*

En esta última etapa, la Corte ha tenido que reiterarle a los Estados que ciertas prácticas y la suspensión de ciertos derechos están prohibidas a pesar de encontrarse en un estado de excepción. Por ejemplo, en el *caso Maritza Urrutia* relacionado con detención arbitraria por parte integrantes de la Inteligencia del Ejército guatemalteco, la Corte IDH señaló que «la prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, commoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas»<sup>607</sup>. Cuestión reiterada por el tribunal interamericano en el *caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*<sup>608</sup>, *Tibi*<sup>609</sup> y *Lori Berenson Mejía*<sup>610</sup>.

En el *caso de la Masacre de Pueblo Bello*, la Corte indicó que los «derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter angular en la Convención. De conformidad con el artículo 27.2 del referido tratado, esos derechos forman parte del núcleo inderogable, pues se encuentran consagrados como unos de los que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes»<sup>611</sup>. En el *caso Baldeón García*, el tribunal interamericano reafirmó que el «derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo»<sup>612</sup>, cuestión reiterada en el *caso Montero Aranguren y otros*<sup>613</sup>.

En el *caso del Penal Miguel Castro Castro* respecto de las personas privadas de libertad cuyo trato deberá darse con respeto debido a su dignidad inherente, la Corte señaló que de «conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, que no es susceptible de suspensión en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes»<sup>614</sup>.

- 
- 607. Corte IDH. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, p. 89.
  - 608. Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, p. 111.
  - 609. Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, p. 143
  - 610. Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, p. 100.
  - 611. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, p. 119.
  - 612. Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, p. 82.
  - 613. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, p. 63
  - 614. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, p. 274.

Dentro de los casos contencioso que mayor desarollo tuvo para el tema fue el relacionado con la ejecución extrajudicial de Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña por parte de miembros de las fuerzas armadas de Ecuador. El país se encontraba a principios de los noventas en un contexto de graves hechos de delincuencia, clima de inseguridad y conmoción interna que llevó a las autoridades del país a establecer la intervención de las fuerzas armadas en todo el territorio nacional. De la sentencia<sup>615</sup>, se desprenden las siguientes consideraciones de la Corte:

- Es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación.
- Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria.
- Es necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común.
- Las garantías judiciales indispensables deben subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas en ejercicio de las facultades excepcionales.
- La obligación de notificación constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente a la CADH, cuyo objeto y fin es la protección del ser humano y constituye una salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías, permitiendo a los otros Estados Partes apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones de la Convención. La falta de este deber de información implica el incumplimiento de la obligación contenida en el art. 27.3.
- El Decreto No. 86, por el cual se estableció el estado de emergencia en este caso, no fijó límites espaciales, temporales ni materiales de la suspensión de garantías en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación.
- Una vez determinada una intervención militar con tan vastos alcances y en función de objetivos a su vez tan amplios y difusos, la planificación de una intervención de tal magnitud se puede dificultar al punto de hacer

---

615. Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

ineficas las debidas medidas de seguridad que razonablemente puedan preverse para la prevención y protección de la vida de las personas y demás garantías inderogables.

- Asimismo, hace imposible realizar un adecuado control y verificación de la legalidad del uso de la fuerza en los hechos del caso, en particular los criterios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, puesto que este examen debe realizarse estrictamente en función de los objetivos específicos definidos según las exigencias de una situación concreta.
- La lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción. Las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como los que dieron lugar al caso.

Por su parte en *Castañeda Gutman*, la Corte hizo énfasis en que los «derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos»<sup>616</sup>.

Cabe destacar también el desarrollo jurisprudencial del tema en el caso *J. vs Perú*<sup>617</sup> relacionado con la detención de la señora J., llevada a cabo por funcionario de la DINCOTE con relación a personas presuntamente involucradas con el periódico «El Diario», considerado el órgano difusor de la agrupación subversiva Sendero Luminoso. Del referido caso destacan las siguientes reflexiones de la Corte:

- La suspensión de garantías constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos.
- Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse.

616. Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, p. 140.

617. Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

- Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada.
- La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a las que se refiere el art. 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.
- Las disposiciones que se adopten no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
- La suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción.
- Las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella.
- La suspensión de ciertos derechos no implica que los mismos son completamente inaplicables. Por consiguiente, aún bajo la vigencia del decreto de suspensión de garantías es necesario analizar la proporcionalidad de las acciones adoptadas por las autoridades estatales
- La suspensión de ciertos aspectos del derecho a la libertad personal no puede significar que las acciones estatales puedan anular los controles jurisdiccionales sobre la forma en que se llevan a cabo las detenciones.
- Incluso bajo suspensión de garantías, debe analizarse la proporcionalidad de las medidas y que las mismas sean estrictamente necesarias.

Posteriormente, la Corte en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas*<sup>618</sup> señaló que «la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos», y siendo además un derecho de carácter inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención. Asimismo, en el caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia)* destacó que la «la prohibición de la privación arbitraria de la libertad es un derecho inderogable no susceptible de suspensión

618. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, p. 253.

y aplicable inclusive en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública»<sup>619</sup>.

Por último, en el caso *Espinosa González*<sup>620</sup>, reiteró que las medidas adoptadas en los estados de emergencia deben ajustarse a las exigencias de la situación, las cuales dependerán del carácter, intensidad, profundidad, particular contexto de la emergencia, proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas.

## 5. PRINCIPIOS APLICABLES

Derivado de lo anterior, podemos explicar brevemente los principios que deben seguir los Estados que aprueben medidas tendientes a suspender los derechos en caso de emergencia.

### 5.1. PRINCIPIOS EXPRESAMENTE SEÑALADOS EN LA CADH

*Amenaza excepcional.* Mediante este principio se define la naturaleza del peligro con base en los presupuestos de hecho, tales como una commoción interior, peligro público, una catástrofe natural o generadas por el hombre, entre otras. En cuanto a la peligrosidad de las circunstancias de cara a este principio, aquella servirá de motivo para declarar un estado de excepción en los siguientes supuestos: a) en caso de perturbaciones graves que pongan en peligro (actual o inminente y no meramente oportunista, especulativo o abstracto) los intereses vitales de la población y, además, impliquen una amenaza para la vida organizada de la comunidad, de tal modo que las medidas restrictivas ordinarias permitidas por la constitución y las normas secundarias sean insuficientes; b) en caso de una amenaza real o inminente de dichas perturbaciones, y c) debe declararse sólo con el propósito de salvaguardar los derechos y la seguridad de la población así como el funcionamiento de las instituciones públicas dentro del estado de derecho.

*Temporalidad.* Implica una necesaria delimitación en el tiempo a efecto de dar certidumbre en cuanto su duración, esta última está determinada por las exigencias de la situación. De acuerdo con este principio el estado de excepción debe terminar a partir del momento en que dejen de persistir las causas que lo motivaron, es decir, no podrá estar vigente más allá de lo estrictamente necesario. Si las circunstancias que fueron motivo de implementación del estado de excepción cambian (aminoran) en su peligrosidad o gravedad y, por tanto, pueden ser atendidas con las restricciones constitucionales y leyes aplicables en situaciones ordinarias al grado que permitan regresar a la normalidad, entonces será motivo suficiente para terminarlo.

619. Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, p. 402.

620. Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

*Proporcionalidad/ Razonabilidad.* Este principio apunta hacia una necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis, es decir, una medida de excepcionalidad estrictamente limitada a la exigencia de la situación. Se trata de una relación de adecuación entre el peligro inminente y los medios recurridos para repelerlo.

*Compatibilidad con otras normas de derecho internacional.* Exige a los Estados armonizar las distintas obligaciones asumidas por éstos en el plano internacional, además de reforzar los mecanismos de protección de los derechos humanos en las situaciones de crisis mediante una aplicación concordante y, consecuentemente, complementaria del conjunto de normas establecidas para salvaguardar dichos derechos bajo los estados de excepción. Un ejemplo de aplicación de este principio (en clave de compatibilidad) pueden darse en los casos de crisis graves por conflictos armados de determinada intensidad en los que se presenta una aplicación simultánea del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

*No discriminación.* Tiene su sede en el art. 27 de la Convención Americana y el art. 4 del *Pacto Iternacional de Derechos Civiles y Políticos*, los cuales exigen que todas aquellas restricciones impuestas –con motivo de la implementación de un estado de excepción– no se traduzcan en discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, religión, etc. Bajo este principio ningún Estado Parte puede suspender ciertos derechos ni puede adoptar medidas discriminatorias por diversas causas, lo que significa que no hay cabida para ningún tipo de limitación ni derogación.

*Notificación.* Implica una formalidad de naturaleza procesal. Mientras que la proclamación constituye una medida de publicidad con el objetivo de informar a la comunidad nacional, la notificación, por su parte, tiene como ámbito específico la comunidad internacional. Los destinatarios a los que se enfoca el principio de notificación serían, en primer término, los otros Estados Partes (en el caso de un convenio); en segundo lugar, el conjunto de los Estados Miembros de las Naciones Unidas (cuando se trate de la labor del Relator Especial).

## 5.2. OTROS PRINCIPIOS NO SEÑALADOS EXPRESAMENTE EN LA CADH

*Legalidad.* Significa, tanto la necesaria preexistencia de normas que lo regulan, así como la existencia de mecanismos de control internos e internacionales, que verifican la conformidad o no a las mismas. Dentro del espectro de este principio, los estados de excepción sólo pueden declararse o prorrogarse si éstos se apegan a la constitución (o ley fundamental) así como a las obligaciones contraídas en el plano internacional en la materia. Este principio exige que toda regulación de los estados de excepción –independientemente de la forma como se le denomine– debe ser en el rango constitucional.

*Proclamación.* Como se explicó previamente, la proclamación es una medida de publicidad con el objetivo de informar a la comunidad nacional, y constituye

también un requisito de forma: la entrada en vigor del estado de excepción necesariamente debe ir precedida de una medida de publicidad bajo la forma de declaración oficial. Con este principio se pretende evitar estados de excepción de facto y que la población afectada tenga claro conocimiento del alcance que advierte el caso particular de la excepcionalidad: amplitud material, territorial, temporalidad, etc. La proclamación es una condición para la validez de la implementación del estado de excepción.

## 6. CONCLUSIÓN

Si bien es cierto que la figura referida al estado de excepción no es nueva, también lo es que a pesar de su añeja existencia no existe punto final en lo relativo al ejercicio interpretativo que de ella se haga. Se trata de una de las cuestiones más acaloradas y, por qué no decirlo, más apasionantes del derecho constitucional e internacional. No obstante, la enorme plétora de vocablos que giran en torno a la institución de la excepcionalidad, ello no ha sido óbice para que, en la experiencia del sistema interamericano, se hayan perfilado poco a poco una serie de criterios encaminados a configurar el denominador común, independientemente del lugar o época. Se podría afirmar que, en el caso del sistema interamericano, cada caso en lo particular ha contribuido a delinejar dicho denominador común, lo que permite diseñar con mayor precisión el alcance de los estados de excepción. No existe ciencia jurídica respecto de cada uno de los casos específicos o acaecimientos individuales, pero sí es posible construir una ciencia jurídica respecto de la excepcionalidad a partir de los elementos comunes que aportan todos esos casos. Cada experiencia tanto en el plano interamericano como en el universal han agregado pequeñas dosis de significación, lo que se traduce en una dinámica perenne de interpretación sobre la excepcionalidad, mas no del excepcionalismo, que es otra cosa perteneciente al campo de la teoría política y la ciencia de las relaciones internacionales.

Uno de los aspectos que valdría la pena abundar –en otra ocasión– es lo relativo a la concepción ideológica que subyace (o que está presente de manera expresa) en las opiniones consultivas aquí referidas (OC-8/87 y OC-9/87), así como las implicaciones que ello acarrea al momento de interpretar el contenido del artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Lo anterior resulta de la más alta importancia a efecto de vislumbrar qué tan acertado fue el nombre de del capítulo de cara a la concepción iusfilosófico que ella reside, pero insistimos que esto sería materia de discusión para otro ensayo con propósito diferente al que aquí se adoptó: una descripción de la labor interpretativa respecto de los estados de excepción en sede interamericana.

## *Capítulo 9*

# Responsabilidade internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

NATÁLIA DE ALMEIDA MORENO<sup>621</sup>

«human conscience stands above the will of States»<sup>622</sup>

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVES REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS. 3. A RESPONSABILIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO. 4. SÍNTESE CONCLUSIVA.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa, conquanto sucintamente, investigar a responsabilidade internacional dos Estados – nomeadamente em matéria de direitos da pessoa<sup>623</sup> huma-

621. Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Docente e Doutoranda em Direito Público (Portugal).

622. Cançado Trindade, Antônio, Voto separado no pedido de Medidas Provisórias, Gambia c. Myanmar, International Court of Justice (ICJ), de 23 de janeiro de 2020, § 4.

623. Parece-me imprescindível assentar (e desde logo) os fundamentos últimos que alicerçam as reflexões arriscadas neste trabalho. Assim, convocando Castanheira Neves, «voltando à condição ética e nela apenas insistindo, somos por ela postos perante duas exigências capitais, a compreensão justificante da pessoa naquela sua referência e titularidade práticas e a determinação das suas imediatas implicações normativas. A pessoa não é o *indivíduo*, nem o *sujeito* – o indivíduo, apenas como termo biológico ou como o reivindicante solipsista dos interesses, o sujeito como *causa sui* das determinações e *auto-nomos* de uma racionalidade universal –, o primeiro não conhece nenhuma ordem normativa em que se vincule (é relevante, quanto a esta ponto, a reflexão com essa mesma conclusão de Gunther Jakobs, *op. cit.*, 29, ss., e *passim*), o segundo pode ser condição de um vínculo normativo, em imperatividade universal que transcenda a vontade individual, mas essa apenas universal racionalidade não o pode fundar, enquanto pela pessoa, traduzindo o transcender do antropológico e do estritamente racional ao axiológico em transindividual reconhecimento ético, com a sua dignificação e numa relacional convocação ética, é a própria eticidade da normatividade que com ela também se institui. (...) E então podemos sem mais dizer – já o justifiquei e agora repito – que a pessoa, enquanto sujeito ético, é ela em si mesma *sujeito de direito, sujeito de direitos e sujeito do próprio direito*, com ser desse modo que a sua eticidade a investe na comunidade prática assim como é nessa eticidade, que não simplesmente na socialidade,

na – com o objetivo último de perquirir se a viragem axiológica do direito internacional público e a elevação dos indivíduos a sujeitos de direito internacional (deve) implica(r) uma releitura – mais propriamente, uma reconstituição do sentido<sup>624</sup> – deste instituto.

Para tanto, empreenderá, edificando em revisão da literatura, breves reflexões acerca da responsabilidade internacional dos Estados e a sua evolução.

Na sequência, realizará, em particular, considerando as significativas inovações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH<sup>625</sup>) neste domínio, a análise do caso Olmedo Bustos y otros («La Última Tentación de Cristo») vs. Chile, rematando com uma síntese conclusiva.

## 2. BREVES REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

Classicamente<sup>626</sup>, as relações jurídicas internacionais assumiam-se paritárias – porque interestaduais e assentes no princípio da igualdade soberana – e tipicamente sinalagmáticas – pois pautadas pelo princípio da reciprocidade e por interesses contrapostos dos Estados.

Neste quadro, assentou-se um regime de responsabilidade internacional de natureza eminentemente reparatória<sup>627</sup>, a exigir, a par da caracterização de um comportamento antijurídico imputável (ou atribuível) ao Estado, uma concreta e individualizada configuração de dano, com a comprovação do respetivo nexo causal.

que o direito sustenta a sua normatividade – pelo que o direito é-o de pessoas e para as pessoas». *Cfr.* CASTANHEIRA NEVES, A., «Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas», in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, 1 (1), (2002), p. 13 – grifos no original.

624. «[O]s sentidos são as referências espiritualmente culturais que convocam o transcender da realização humana. E acrescentaremos agora que a sua determinação resultará da resposta à pergunta pelo constitutivo da sua emergência. Pelo que, quanto ao sentido do direito, do que se trata para o compreender é do especificamente constitutivo da sua emergência como direito, do que ao direito com o sentido de direito o constitui» (*Idem*, p. 11) – sendo assim também para a responsabilidade.
625. Quando referência for feita à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, empregarei CIDH.
626. Trata-se de uma sistematização simplificada (e, reconhecidamente, algo reducionista, por quanto as características do modelo clássico aqui assinaladas não eram absolutas tampouco se expressaram uniforme e invariavelmente ao longo do tempo e no espaço). Sistematização que, tal qual a do modelo moderno, encontra-se amplamente tratada e disseminada na doutrina, valendo aqui referir, em geral, a FERREIRA DE ALMEIDA, F., Direito Internacional Público, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003; e MACHADO, J., Direito Internacional Público – do paradigma clássico ao pós-11 de setembro, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
627. Ac. Factory at Chorzow, Alemanha c. Polonia, de 26 julho de 1927, PCIJ. Nos termos do seu § 55, «It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself. Differences relating to reparations, which may be due by reason of failure to apply a convention, are consequently differences relating to its application».

De um lado, claramente definidos eram tanto os titulares e destinatários dos direitos e obrigações internacionais, quanto o conteúdo e a extensão das normas primárias de direito internacional público.

O acento positivista-voluntarista do direito internacional clássico subordinava, com efeito, o emergir das e a vinculação às normas jurídicas internacionais à autonomia da vontade dos Estados, implicando que a constituição, a substância e a extensão dos direitos e obrigações internacionais dependessem do consentimento dos respetivos titulares e destinatários<sup>628</sup> e fossem por estes delimitadas – livremente e em prossecução dos seus próprios interesses<sup>629</sup>.

Daí que a própria responsabilidade internacional operava como um «assunto privado entre os Estados directamente envolvidos»<sup>630</sup>, em que «os outros sujeitos de Direito Internacional deveriam abster-se de qualquer imiscuição. É que o interesse geral da sociedade internacional, significando aqui o interesse comum de respeito pelo Direito Internacional, surge, ao tempo, claramente subalternizado»<sup>631</sup>.

Ademais, quantitativamente, o corpo normativo internacional se apresentava bastante mais enxuto; e, qualitativamente, o sistema, bastante menos complexo, pois constituído predominantemente por regras – sendo estas claras, precisas, de conteúdo bem definido, isto é, *hard law* – que, por sua vez, ditavam padrões de comportamento em áreas temático-disciplinares bem delimitadas sem hierarquia (formal ou material) entre si.

Por isso (mais) facilmente identificáveis a norma incidente em um determinado caso, o respetivo padrão de comportamento exigido, o titular do direito, o destinatário da obrigação, o(s) interesse(s) subjacente(s) e, assim, o(s) concreto(s) dano(s) causado(s) à(s) vítima(s) por decorrência da violação da norma.

- 
628. Fórmula ora refletida no art. 34.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), que é transponível igualmente – embora com as devidas adaptações lógicas – ao direito consuetudinário, em que a autonomia e a vontade não apenas permeiam os seus elementos constitutivos – seja o elemento material, em que a adoção reiterada ao longo do tempo do comportamento é uma voluntária, seja o elemento psicológico, cuja convicção de obrigatoriedade alicerça a vinculatividade jurídica –, como admite a configuração do estatuto de objeto persistente.
629. Tratava-se de um sistema não apenas axiologicamente neutro, em que os direitos e obrigações internacionais tinham por base subjacente os interesses particulares, individualizados, dos Estados; como assente na expressão máxima da soberania dos Estados, que não conhecia limites outros para além da soberania dos demais. Nos dizeres de Morgenthau, «By the end of the Thirty Years» War, sovereignty as a supreme power over a certain territorial was a political fact («The Problem of Sovereignty Reconsidered», in *Columbia Law Review*, 58, 1948, p. 341) – o que será profundamente revisto, tanto no que concerne à abertura axiologicamente do direito internacional público, quanto no que respeita à soberania estatal, que passa a ser consideravelmente limitada, em particular, para o que aqui importa, pelos direitos das pessoas humanas, e sofre uma importante leitura para ser compreendida como um poder-dever, em vez de um supremo e absoluto direito.
630. FERREIRA DE ALMEIDA, F., *op. cit.*, p. 36, em que assenta em CASSESE, A., *Le droit dans un monde divisé*, Paris, Berger-Levrault, 1986.
631. *Idem*, p. 37.

De outro lado, em relações tais – interestaduais (pressupostamente) paritárias e sinalagmáticas –, a efetividade dos direitos e obrigações internacionais não dependia do instituto da responsabilidade, sendo disponibilizados pelo direito internacional público aos Estados (*vis-à-vis* outros Estados) mecanismos variados para salvaguarda (e restabelecimento) da legalidade, incluindo expedientes de autotutela (como a *exceptio non adimpteti contractus*<sup>632</sup> e as contramedidas<sup>633</sup>) e vias para auto e heterocomposição.

Sobremaneira distintas são, contudo, as configurações da sociedade, das relações e do sistema jurídico internacionais hodiernamente.

Desde logo pela pluralidade dos sujeitos a que é reconhecida personalidade jurídica internacional<sup>634</sup> – ora compreendendo, com especial importância para este trabalho, as pessoas humanas –, com a multiplicação e diversificação dos interesses veiculados, prosseguidos e tutelados internacionalmente.

E, numa dinâmica de mútuas implicações, pela viragem axiológica e a hierarquização material do sistema jurídico internacional, com a consagração do *ius cogens*<sup>635</sup> e das obrigações *erga omnes*<sup>636</sup>.

---

632. Ora consagrada no art. 60.<sup>º</sup> da CVDT.

633. Cujo regime ora se encontra sistematizado nos arts. 22.<sup>º</sup> e 49.<sup>º</sup> a 53.<sup>º</sup> (não se considerando, ainda, aqui, o art. 54.<sup>º</sup>) na versão de 2001 do Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, disponível em [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)

634. Somente a título de referência histórica, o Tribunal Internacional de Justiça, na opinião consultiva Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, de 11 de abril de 1949 (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>), avançou que «[t]he subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States» (p. 8) e que «the Court has come to the conclusion that the Organization is an international person. (...) it is a subject of international law and capable of possessing international rights and duties, and it has capacity to maintain its rights by bringing international claims» (p. 9).

635. Arts. 53.<sup>º</sup> e 64.<sup>º</sup> da CVDT, em particular. Nos termos das conclusões 2 e 3 do Texts of the draft conclusions and Annex adopted by the Drafting Committee on second reading (73rd session of the International Law Commission, 2022, doc. n.<sup>º</sup> A/CN.4/L.967, disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>), «[p]eremptory norms of general international law (jus cogens) reflect and protect fundamental values of the international community. They are universally applicable and are hierarchically superior to other rules of international law» e «[a] peremptory norm of general international law (jus cogens) is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character» Para uma análise crítico-reflexiva, PETSCHE, M., «Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order», in Penn State International Law Review, 29 (2), (2010), pp. 233-273.

Daí resultam reconfigurações profundas não apenas de ordem quantitativa, mas, principalmente, qualitativa das relações e dos direitos e obrigações internacionais.

Com efeito, o sistema jurídico internacional expandiu-se consideravelmente, com uma profusão de princípios e normas a orientar o comportamento dos sujeitos de direito internacional nas mais diversas áreas temáticas.

Ademais, as relações internacionais passaram a assumir, crescentemente, expressões multilaterais e plurisubjetivas. E já não mais se pressupõem paritárias, reconhecendo-se, por um lado, que a formal igualdade soberana entre os Estados não se traduz sempre nem concretamente em uma igualdade material; e, por outro, que, entre os sujeitos de direito internacional clássico (os Estados) e moderno (particularmente aqui os indivíduos), assomam fortes e estruturais assimetrias.

Assimetrias que convocarão tanto a ativa (co)participação e a protetiva intervenção de organizações internacionais (e de Estados terceiros)<sup>637</sup>, quanto a proliferação de regimes jurídicos especiais voltados a endereçar tais disparidades em prol dos sujeitos mais vulneráveis e a concorrer para salvaguarda do seu efetivo cumprimento – de que, aliás, os sistemas de proteção dos direitos humanos, universal e regionais, são paradigmática expressão.

Mais significativamente, o sistema jurídico internacional passou a se alicerçar em e a se orientar primacialmente por valores comuns à comunidade internacional, cujo assento ético implica que a tutela e o efetivo cumprimento das obrigações (*erga omnes*) deles promanadas tanto se justifiquem e sejam exigíveis em si e por si<sup>638</sup>, quanto sejam da preocupação de todos os sujeitos de direito internacional.

- 
636. «[A]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*» (Ac. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Bélgica c. Espanha, de 5 de fevereiro 1970, ICIJ, § 33).
637. Cujas expressões se manifestam no plexo de atribuições e competências de inúmeras organizações internacionais e, bem assim, e. g., na consagração das contramedidas coletivas (art. 54.<sup>º</sup> do Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *cit.*, que também assenta, conquanto não sem vozes divergentes, no art. 48.<sup>º</sup>, que «1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole»), da doutrina da responsabilidade de proteger (v., e. g., §§ 138 e 139 da Resolução A/RES/60/1 da Assembleia Geral das Nações Unidas, adotada em 16 de setembro de 2005) e, mais recente e paradigmaticamente, no caso supracitado Gambia c. Myanmar, em trâmite no Tribunal Internacional de Justiça.
638. Independentemente de prévio consentimento dos sujeitos de direito internacional e independentemente da satisfação de quaisquer condicionais prestações ou contraprestações correlatas – rompendo, assim, com as lógicas voluntarista e relacional *de ut des* do modelo

Tal carreia, logicamente, implicações várias. Sem pretender esgotá-las – e focando no que é mais essencial à temática deste texto –, importa assinalar que, em contraponto à ilimitada liberdade dos Estados, à clara delimitação dos titulares e destinatários dos direitos e obrigações internacionais e aos interesses individualizados e divisíveis do modelo clássico, passam a estar em causa obrigações constituídas perante a e no interesse da comunidade internacional no seu todo, na sua transindividualidade, e que impõem limites (materiais e imperativos e tanto positivos quanto negativos) ao comportamento de todos os sujeitos de direito internacional.

Assim, não apenas se pluraliza a legitimidade para defender ativamente o seu cumprimento<sup>639</sup>, como a própria responsabilidade revê-se coletivizada e partilhada, reconhecendo-se, ainda<sup>640</sup>, o seu radicar em fundamentos outros, anteriores à e transcendentais da mera dimensão reparatória.

Com Castanheira Neves – merecendo, pela excelência, transcrição na íntegra –, «do axiológico sentido da pessoa na comunidade das pessoas inferem-se duas imediatas consequências normativas, as inferências de um princípio de igualdade (no exacto, mas específico significado de não discriminação de estatuto, em referência à raça, à classe, ao sexo, ao grupo social, etc.) e de um princípio de responsabilidade (é o que implica a participação comunitária e a que só o acomunitário individualismo, mesmo com o invocar dos “direitos do homem”, poderá tentar subtrair-se) e desse modo simultaneamente se reconhecerá que a pessoa<sup>641</sup>, pela sua axiológica dignidade de sujeito ético, não só é natural titular de direitos como correlativamente natural imputável de responsabilidade – pelo que também para ela os deveres são tão originários como os direitos. E se os direitos lhe conferem um titulado espaço de autonomia (autonomia de realização, por fruição e participação), igualmente a autonomia se vê na realidade comunitária em irredutível dialéctica com a responsabilidade. Dialéctica entre autonomia e responsabilidade que é assim, reconheça-se, a matriz estrutural do direito e uma outra expressão da justiça, sendo que esta mais não é do que a exigência, normativamente integrante, do reconhecimento de cada um pelos outros e da responsabilidade de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo comunitário constituído por todos – e nesses termos a justiça

---

clássico. Não por acaso, o art. 60.º, n.º 5, da CVDT avança que «[o] disposto nos n.os 1 a 3 não se aplica às disposições relativas à proteção da pessoa humana contidas nos tratados de natureza humanitária, nomeadamente às disposições que proíbem toda a forma de represálias sobre as pessoas protegidas pelos referidos tratados»; e, o art. 50.º do Draft articles, *cit.*, que «1. Countermeasures shall not affect: (a) the obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations; (b) obligations for the protection of fundamental human rights; (c) obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals; (d) other obligations under peremptory norms of general international law».

639. V. e. g., CHOW, Y., «On obligations erga omnes partes», in *Georgetown Journal of International Law*, 52, (2021), pp. 469-504; e ZEMANEK, K., «New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligations», in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 4, 2000, pp. 1-52.

640. E transversalmente, não se limitando ao direito internacional.

641. Assim para as pessoas humanas, assim para a(s) comunidade(s) politicamente organizada(s) na forma de Estado(s) – nas esferas nacionais e internacional.

coincide com o direito, verdadeiramente mais não é do que o próprio direito»<sup>642</sup>. Pelo que, como «condições possibilidades da emergência do direito e as dimensões directamente constitutivas do sentido da sua validade normativa»<sup>643</sup>, apresentam-se a condição ética – «a convocar a pessoa enquanto o referente e o titular da humana prática jurídica»<sup>644</sup> –, a condição mundanal – «a referir a social mediação do mundo, na sua fruição e repartição»<sup>645</sup> – e «a comunidade, a condição comunitária, na sua irredutibilidade existencial, empírica e ontológica, e com a importância decisiva de se haver de reconhecer aí o fundamento último da responsabilidade»<sup>646</sup>.

Trata-se, portanto, de reconhecer «uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade»<sup>647</sup>.

Conforme tivemos já a oportunidade de avançar noutra sede<sup>648</sup>, «[a] ínsita dimensão social do homem – a sociabilidade –, então, pressupõe e impõe a solidariedade, a qual, segundo leciona Nabais<sup>649</sup>, “pode ser entendida quer em sentido objectivo, de partilha e de co-responsabilidade que liga cada um dos indivíduos à sorte e vicissitudes dos demais membros da comunidade, quer em sentido subjetivo e de ética social, em que a solidariedade exprime o sentimento, a consciência dessa mesma pertença à comunidade”; como consequência, “[a] existência de bens e interesses comuns cuja tutela e regular desenvolvimento dependem da cooperação de todos (...) não só estabelece limites negativos ao âmbito de liberdade dos indivíduos, como também ‘obrigações positivas face à comunidade’, no sentido de respeitar, promover e transmitir as condições para a manutenção da vida digna e da justiça em sociedade”».

Particularmente na dimensão estatal, e consoante Loureiro, a responsabilidade deve ser entendida «não como a tradicional responsabilidade civil, mas como *responsibility*, ou seja, primariamente como um conceito de competência – imputação»<sup>650</sup>, que comprehende, fundamentalmente, duas dimensões – «produtiva (produção de bons resultados) e preventiva (prevenção de maus resultados)»<sup>651</sup>.

---

642. *Op. cit.*, p. 15.

643. *Idem*, p. 13.

644. *Ibidem*.

645. *Ibidem*.

646. *Idem*, p. 14.

647. CASALTA NABAIS, J., *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 215.

648. MORENO, N., *A Face Jurídico-Constitucional da Responsabilidade Intergeracional*, in Estudos de Doutoramento & Mestrado, série D, n.º 9, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (abril/2015), p. 25, disponível em: [http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/estudos\\_serieD/pub\\_9/D\\_numero9.pdf](http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/estudos_serieD/pub_9/D_numero9.pdf)

649. Cf., CASALTA NABAIS, J. *op. cit.*, p. 134.

650. LOUREIRO, J., *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos «direitos adquiridos»*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 91.

651. LOUREIRO, J., *Constituição e Biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, p. 110.

Até porque os bens jurídicos «pode[m] ser protegido[s] através da atribuição de direitos ou da imposição de deveres e fins estatais»<sup>652</sup>, isto é, podem ser tutelados seja pela atribuição de direitos subjetivos – tutela subjetiva –, seja mediante uma proteção objetiva – tutela objetiva – que obriga a todos (e aos Estados reforçadamente) a não os violar, a protegê-los e a promovê-los ativamente.

Em questão está, ao fim e ao cabo, a salvaguarda da juridicidade enquanto tal, reconhecendo-se, especialmente no que concerne aos direitos da pessoa humana, haver valores (e fins sensíveis) que reivindicam ativas e sustentadas proteção e prossecução, implicando, por conseguinte, a imposição de deveres de cuidado, de diligência e de prevenção, com a imputação de uma responsabilidade de (efetiva e material) realização – e não apenas reparatória de danos *ex post facto*<sup>653</sup>.

Partindo desta base, e pelas razões expostas *supra*<sup>654</sup>, a limitação da responsabilidade internacional à sua faceta (meramente) reparatória não só não é consentânea com o sentido pós-positivista que (deve) assume(ir)<sup>655</sup>, como tampouco é adequada

---

652. *Idem*, p. 122.

653. É que, tradicionalmente, o dano (reparável) é um real, certo e (relativo a uma vítima) determinado(a). Vale assinalar, contudo, que a própria noção de dano (vem) evoluiu(ndo), não apenas para compreender a dimensão de interesses transindividuais, como também se reconduz, em sentido mais amplo e material, à afetação de bens jurídicos tutelados – pelo que – e segundo de perto de CANÇADO TRINDADE – a própria existência de uma norma de direito do Estado incompatível com normas de direito internacional (no caso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH) «per se crea una situación legal que *afecta los derechos humanos protegidos*» e é, efetivamente, «una cuestión concreta», rematando que «un órgano de protección internacional de los derechos humanos no debe, a mi juicio, partir de la premissa de que una ley, por su propia existencia, “no há afectado aún” los derechos protegidos, debiéndose por lo tanto aguardar medidas de ejecución que acarreen la ocurrencia de un daño. No debe hacerlo aún más cuando toda la evolución del ordenamiento jurídico de protección se orienta y se inclina hoy día claramente en otro sentido» (Voto Disidente no caso *El Amparo c. Venezuela*, sentencia de 14 de septiembre de 1996, Corte IDH, respectivamente §§ 7-8 e 10).

654. A que faço somar, especialmente sobre a temática da responsabilidade sem dano, a referência a DE ALBUQUERQUE JÚNIOR, A., «Notas sobre a responsabilidade civil sem dano», in Revista Jurídica Luso-Brasileira, 6, (2018), pp. 2661-2679.

655. No mais assimilado pelo já aqui citado Draft Articles, cuja base última e suficiente assenta em que «Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State» (art. 1.º), tornando, por conseguinte, despiciendas a configuração e prova de um concreto e individualizado(ável) dano (e respetivo nexo de causalidade). Nos respetivos comentários (disponíveis em [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)), a CDI avançou que «(3) That every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State, and thus gives rise to new international legal relations additional to those which existed before the act took place, has been widely recognized, both before and since article 1 was first formulated by the Commission. It is true that there were early differences of opinion over the definition of the legal relationships arising from an internationally wrongful act. One approach, associated with Anzilotti, described the legal consequences deriving from an internationally wrongful act exclusively in terms of a binding bilateral relationship thereby established between

(nem suficiente) a orientar as relações internacionais entre os Estados e as pessoas humanas<sup>656</sup>.

Desde logo pelos valores e fins que vão aí implicados, mas também – e sobre-modo relevantes – pela assimetria característica de tais relações e pela inexistência de mecanismos jurídicos outros, a par da responsabilidade, disponibilizados pelo direito internacional público aos indivíduos para garantirem a efetividade dos direitos e obrigações internacionais<sup>657</sup>.

Por essas razões, e embora tais conclusões não se limitem à tutela dos direitos da pessoa humana, a configuração de um comportamento – comissivo ou omissivo – antijurídico imputável ao Estado deve bastar ao reconhecimento de sua responsabilidade internacional, implicando, precipuamente, a obrigação de cessação de tal comportamento e, quando apropriado, a prestação de garantias de não repetição<sup>658</sup>.

---

the wrongdoing State and the injured State, in which the obligation of the former State to make reparation is set against the “subjective” right of the latter State to require reparation. Another view, associated with Kelsen, started from the idea that the legal order is a coercive order and saw the authorization accorded to the injured State to apply a coercive sanction against the responsible State as the primary legal consequence flowing directly from the wrongful act. According to this view, general international law empowered the injured State to react to a wrong; the obligation to make reparation was treated as subsidiary, a way by which the responsible State could avoid the application of coercion. A third view, which came to prevail, held that the consequences of an internationally wrongful act cannot be limited either to reparation or to a “sanction”. In international law, as in any system of law, the wrongful act may give rise to various types of legal relations, depending on the circumstances» (p. 33).

- 656. Cujos direitos são «universal, indivisible and interdependent and interrelated» (World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, A/Conf.157/23, 25 June 1993, Part II, §5).
- 657. Garantia e proteção efetivas que são, nos termos do art. 1.º da Declaração sobre o Direito e Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos e Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, adotada em 9/12/1998 pela Resolução 53/144 da Assembleia Geral da ONU, um direito fundamental: «everyone has the right, individually and in association with others, to promote and to strive for the protection and realization of human rights and fundamental freedoms at the national and international levels», de que decorre, nos termos do art. 2.º, n.º 1 e 2, que «each State has a prime responsibility and duty to protect, promote and implement all human rights and fundamental freedoms, inter alia, by adopting such steps as may be necessary to create all conditions necessary in the social, economic, political and other fields, as well as the legal guarantees required to ensure that all persons under its jurisdiction, individually and in association with others, are able to enjoy all those rights and freedoms in practice. Each State shall adopt such legislative, administrative and other steps as may be necessary to ensure that the rights and freedoms referred to in the present Declaration are effectively guaranteed».
- 658. Nos termos do art. 30.º do Draft Articles, «The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation: (a) to cease that act, if it is continuing; (b) to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require».

### 3. A RESPONSABILIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO

O art. 1.º, n.º 1, da CADH prescreve 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» (grifo nosso), consagrando, assim, inequivocamente, obrigações tanto negativas quanto positivas<sup>659</sup>, no sentido da *ativa*

- 
659. Oportuno, embora só exemplificativamente, referir ao caso González y otras («Campillo Algodonero») c. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, em que a Corte IDH, à luz de um cenário de reiteradas violações (desaparecimentos, homicídios, discriminações de género) a direitos de mulheres e crianças e indentificando um quadro de falhanço estrutural por parte das instituições públicas em endereçá-las, avançou que «La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre» (§ 243). Por isso, analisando a responsabilidade estatal, *inter alia*, por quebra de dever de prevenção (v., particularmente, §§ 256, 280, 282, 285 e 286) e do dever de investigar (v., em especial, §§ 289, 388 e 389). Para além de amplas medidas de reparação, a Corte determinou não apenas a cessação, em geral, dos comportamentos antijurídicos, como o cumprimento de obrigações positivas para evitar a não repetição, dentre as quais «en el presente caso el Estado debe, en un plazo razonable, continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género. Al respecto, se deberá rendir un informe anual durante tres años» (§ 502) e «sin perjuicio de la existencia de programas y capacitaciones dirigidas a funcionarios públicos encargados de la impartición de justicia en Ciudad Juárez, así como de cursos en materia de derechos humanos y género, el Tribunal ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos y género; ii) perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y iii) superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres. Los programas y cursos estarán destinados a policías, fiscales, jueces, militares, funcionarios encargados de la atención y asistencia legal a víctimas del delito y a cualquier funcionario público, tanto a nivel local como federal, que participe directa o indirectamente en la prevención, investigación, procesamiento, sanción y reparación. Dentro de dichos programas permanentes deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente, a los relativos a violencia por razones de género, entre ellos la Convención Belém do Pará y la CEDAW, tomando en cuenta cómo ciertas normas o prácticas en el derecho interno, sea intencionalmente o por sus resultados, tienen efectos discriminatorios en la vida cotidiana de las mujeres. Los programas deberán también incluir estudios sobre el Protocolo de Estambul y el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas. El Estado deberá informar anualmente, du-

*e efetiva garantia* pelos Estados Partes do livre e pleno exercício dos direitos e liberdades preceituados na Convenção a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição.

E o realizar de tais obrigações passa, nos expressos termos do art. 2.º da CADH, pela modificação dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Partes, verbis: «Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1.º 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*» (grifo nosso), sendo certo que o alcance de tal obrigação é bastante mais amplo – em importância e substância – do que a máxima internacional de que «[u]ma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado»<sup>660</sup>.

Trata-se de uma exigência de *positiva conformação e harmonização material*, a implicar seja a identificação e obliteração de qualquer entrave existente no ordenamento interno ao exercício dos direitos e liberdades consagrados na Convenção, seja a constituição de bases e meios operativos e eficazes para o concreto exercício dos referidos direitos e liberdades no plano interno, seja também a orientação hermenêutica conforme aos valores, fins e adquiridos do sistema interamericano – tudo isso nas dimensões legislativa, administrativa e judicial dos Estados Partes.

O que, na nossa visão, leva à conclusão de que, para além da inegável atribuição de direitos subjetivos, a Convenção comprehende a tutela *objetiva* dos bens jurídicos que constituem o núcleo material dos direitos e liberdades nela reconhecidos, ensejando, por consequência, uma responsabilidade estatal pela sua salvaguarda e efetiva realização perante os indivíduos, decerto, mas também a comunidade (interamericana) em geral.

A articulação dos dois primeiros artigos da CADH com os subsequentes artigos 62.º, em particular o seu n.º 3, e 63.º parece efetivamente lastrear tal entendimento.

Dita o n.º 3 do art. 62.º que «[a] Corte tem competência para conhecer de *qualquier caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção* que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial»; e, o art. 63.º, que «1. Quando 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*

---

rante tres años, sobre la implementación de los cursos y capacitaciones. Además, teniendo en cuenta la situación de discriminación en contra de la mujer reconocida por el Estado, es necesario que éste realice un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación. A tal efecto, el Estado deberá presentar un informe anual por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado con tal fin» (§§ 541-543).

660. Fórmula ora consagrada no art. 27.º da CVDT e que também encontra acolhida nos arts. 3.º e 32.º do Draft Articles.

*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.* 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário *evitar danos irreparáveis* às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão» (grifos nossos).

Significa, na nossa visão e no essencial, que a caracterização da responsabilidade do Estado no sistema interamericano não está limitada à dimensão reparatória<sup>661</sup>.

O que, por sua vez, conduz à problemática – diretamente associada, mas *autônoma* – de perquirir se o exercício da jurisdição contenciosa pela Corte IDH exige uma concreta e individualizada caracterização de dano.

Problemática esta que inicialmente foi endereçada pela Corte IDH com uma resposta positiva<sup>662</sup>, mas que, nos seus mais recentes julgados, vem encontrando

661. Muito menos a dimensão reparatória está limitada, no sistema, a prejuízos sofridos in concreto e individualmente por reclamantes. A Corte IDH, com efeito, tem inovado sensivelmente também no que às medidas de reparação (à natureza, à extensão, ao escopo e aos beneficiários) concerne. Não havendo, infelizmente, espaço para o adequado tratamento da temática, remetemos, por todos – considerando a seriedade da pesquisa realizada, seja em termos doutrinais quanto jurisprudenciais, e a qualidade dos argumentos avançados – a SOUZA DE SIQUEIRA, A., As Medidas Reparatórias na Corte Interamericana de Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2019.
662. Na opinión consultiva OC-14/94, entendeu a Corte, em resposta a questões colocadas pela Comissão, que «36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades. 37. Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho: «Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con o que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención (...). 38. Para el caso de que un Estado emitiera una ley contraria a la Convención, esta Corte ha dicho: '[q]ue la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella [...] (...). 39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (art. 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención. 40. Otro es el tratamiento que el mismo problema tendría ante la Corte. En efecto, en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del artículo 64.2, la Corte puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos. Pero, en cambio, si se trata de su jurisdicción

---

contenciosa, el análisis hay que hacerlo de otra manera.<sup>41</sup> Es conveniente señalar, en primer lugar, que una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará «leyes de aplicación inmediata» en el curso de esta opinión.<sup>42</sup> En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, per se, violación de los derechos humanos.<sup>43</sup> En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza.<sup>44</sup> Cuando se trate de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen, la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (...).<sup>45</sup> La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas, es que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, «[p]ara que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50» y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados. (...)<sup>46</sup> La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención.<sup>47</sup> La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado». De tal opinião consultiva extrai-se claro que os entraves vislumbados pela Corte são de ordem processual, não material – tanto assim que reconhece competências à Comissão. E foi na dimensão processual que, em antecedentes julgados, a Corte se absteve de «pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidade del Código de Justicia Militar de Venezuela y sus reglamentos e instrucciones con la Convención Americana, y por lo tanto no cabe ordenar al Estado de Venezuela la reforma solicitada por la Comisión» (caso El Amparo Vs. Venezuela, sentencia de 14 de septiembre de 1996, § 60) e se declarou incompetente para «pronunciarse sobre la compatibilidad en abstracto de los decretos 591 y 600 de Nicaragua con la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, sentencia del 27 de enero de 1995, § 1 do dispositivo).

importante revisão<sup>663</sup>, valendo, neste tocante, examinar o caso «La Última Tentación de Cristo».

---

663. Com a viragem a principiar no caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, sentencia de 12 de novembro de 1997, em que, embora assente precipuamente numa pretensão reparatória, a Corte IDH avançou que «97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella (Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 36). Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho. 98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de culpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, *esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso*. 99. En conclusión, *la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención*», vindo, no dispositivo, declarar «que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma» (§ 5) – grifos nossos. Viragem esta que é devida, em fundamental medida, a Cançado Trindade, cujos reiterados de votos dissidentes quanto a esta problemática tiveram a ocasião de contribuir determinantemente para o convencimento dos demais juízes. Na declaração de voto (este já não dissidente) realizada pelo então juiz e presente da Corte IDH no caso «La Última Tentación de Cristo», excelentes são tanto o mapeamento da evolução da Corte, quanto a exposição das bases fulcrais que lastream, desde sempre, a sua posição, valendo destacar, inclusive repisando o já supracitado (§§ 3 a 5): «En el caso El Amparo (Reparaciones, 1996), relativo a Venezuela, sostuve, en mi referido Voto Disidente, que la propia existencia de una disposición legal de derecho interno puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana, por el riesgo o la amenaza real que su aplicabilidad representa, sin que sea necesario esperar la ocurrencia de un daño; de otro modo, no habría como sostener el deber de prevención, consagrado en la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana (párrs. 2-3 y 6). Después de referirme a la jurisprudencia internacional en defensa de esta posición (párrs. 5 y 10), agregué que a partir del momento en que se constatan violaciones de los derechos humanos protegidos, el examen de la incompatibilidad de normas de derecho interno con la Convención Americana deja de ser «una cuestión abstracta»; o sea, el cuestionamiento de la compatibilidad con la Convención de la vigencia de una norma de derecho interno, que «per se crea una situación legal que afecta los derechos humanos protegidos» es efectivamente «una cuestión concreta» (párrs. 7-8). Expresé entonces, en aquel Voto, mi entendimiento en el sentido de que «es la existencia de víctimas la que provee el criterio decisivo para distinguir el examen simplemente in abstracto de una disposición legal, de la determinación de la incompatibilidad de dicha disposición con la Convención Americana (...) en el marco de un caso concreto (...). La existencia de víctimas torna jurídicamente inconsecuente la distinción entre la ley y su aplicación, en el contexto del caso concreto»

1. Juan Pablo Olmedo Bustos y otros («La Última Tentación de Cristo») vs. Chile<sup>664</sup>.

Con quanto não seja o único sequer o primeiro a endereçar tal questão, o caso «La Última Tentación de Cristo» é merecedor de especial menção e análise – tanto pela robustez e assertividade dos argumentos mobilizados pela Corte relativamente aos artigos 1.º e 2.º da CADH, quanto por envolver uma norma de natureza constitucional (do Estado chileno).

Em apertada síntese, em 3/9/1997, a Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G. en representación de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes y «del resto de los habitantes de la República de Chile», denunciou, junto da CIDH, o Estado chileno por ocasião de uma sentença de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile de 20 de enero de 1997 y su confirmación por la Corte Suprema de Chile de 17 de junio del mismo año, que dejaron sin efecto la resolución administrativa del Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica que aprobó el 11 de noviembre de 1996 la exhibición de la película «La Última Tentación de Cristo»<sup>665</sup> e cujo fundamento assentara fundamentalmente no art. 19, n.º 12, da Constitución Política de Chile.

A CIDH entendera que as decisões judiciais se afiguravam «incompatibles con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violan lo dispuesto por los artículos 1(1) y 2 de la misma» e que, «Respecto de las personas en cuyo nombre se promueve el presente caso, el Estado chileno ha dejado de cumplir con su obligación de reconocer y garantizar los derechos contenidos en los

---

(párrs. 7-8 y 11). En el mismo caso El Amparo (Interpretación de Sentencia, 1997), en Voto Disidente posterior, insistí en mi entendimiento de que aquella responsabilidad estatal se compromete a partir del momento en que el Estado deja de cumplir una obligación internacional independientemente de la ocurrencia de un daño adicional (párrs. 24-25, 21 y 26). La Convención Americana, juntamente con otros tratados de derechos humanos, «fueron concebidos y adoptados con base en la premisa de que los ordenamientos jurídicos internos deben armonizarse con las disposiciones convencionales, y no viceversa» (párr. 13). (...) «Un Estado puede, por consiguiente, tener su responsabilidad internacional comprometida, a mi modo de ver, por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones convencionales internacionales de protección, o por la no-adecuación de su derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones, o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a éstas últimas. Es llegado el tiempo de dar precisión al alcance de las obligaciones legislativas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos. El *tempus commisi delicti es*, en mi entendimiento, el de la aprobación y promulgación de una ley que, per se, por su propia existencia, y su aplicabilidad, afecta los derechos humanos protegidos (en el contexto de un determinado caso concreto, ante la existencia de víctimas de violaciones de los derechos protegidos), sin que sea necesario esperar por la aplicación subsiguiente de esta ley, generando un daño adicional» (párrs. 22).

664. Corte IDH, Sentencia de 5 de febrero de 2001, disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)

665. §§ 5 e 10, respectivamente.

artículos 12 y 13 en conexión con los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Chile es Estado parte»<sup>666</sup>, vindo, assim, a recomendar o levantamento da censura e a adoção das disposições necessárias para adequar a sua legislação interna às disposições da CADH, «a fin de que el derecho a la libertad de expresión y todos los demás derechos y libertades contenidos en ella tengan plena validez y aplicación en la República de Chile»<sup>667</sup>.

Findo o prazo para o cumprimento das recomendações sem apresentação, por parte do Estado chileno, de informações, apresentou, a CIDH, o caso à Corte IDH.

Da sentença, vale destacar, em primeiro lugar, o exame e a densificação material realizada pela Corte relativamente à liberdade de pensamento e expressão, no sentido de que «quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: "ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno"»<sup>668</sup> e considerando que «ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención»<sup>669</sup>.

Depois – e mais especificamente quanto à responsabilidade –, que «[e]sta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial»<sup>670</sup> e que «el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías»<sup>671</sup>.

666. § 95 e 96 do Informe 69/98 da Comissão, cf. § 10 da sentença da Corte IDH.

667. Cf. § 1 e 2 das recomendações do Informe da Comissão, citados no § 10 da sentença da Corte IDH.

668. § 64, fundando-se, a Corte, na citação realizada ao final, na Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.

669. § 67.

670. § 72.

671. § 85, aprofundando que «En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho

Concluiu, assim, que «[e]n el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención»<sup>672</sup>.

Para além de três dispositivos declaratórios (dois de incumprimento – dos arts. 13.º, 1.º, n.º 1, e 2.º da CADH –; e um de não violação do art. 12.º), a Corte *decidiu* «que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto»<sup>673</sup>.

É bem verdade – e cumpre deixar expresso – que este caso envolveu (e nomeou) vítimas individuais (juristas envolvidos nos processos judiciais internos)<sup>674</sup>, cujos danos indicados e reconhecidos (seja na peça da Comissão de encaminhamento do caso à Corte, seja na sentença da Corte IDH) assomaram da dimensão social das liberdades de pensamento e expressão, a que Corte qualifica como «un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno», não se revestindo de especialidades de maior relativamente aos danos sofridos pela generalidade dos demais indivíduos integrantes da sociedade chilena<sup>675</sup>.

---

interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención» (§ 87).

672. § 88 com reiteração no § 90.

673. § 4 do dispositivo da sentença.

674. Conforme relatado pela Comissão na peça de encaminhamento do caso à Corte (<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2004-1986/63.%20Olmedos%20Bustos%20y%20otros,%20Chile.PDF>), «dos de las víctimas de esta demanda, los doctores Juan Pablo Olmedo Bustos y Ciro Colombara López, intentaran hacerse parte ante la Corte de Apelaciones solicitando que el recurso de protección interpuesto fuera rechazado» – sendo que «La Corte de Apelaciones declaró que estas dos personas no podían hacerse parte en el recurso por no existir un interés directo comprometido y no ser afectados por la interposición de dicho recurso». Mais, «[l]a sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago fue apelada por las víctimas Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes».

675. «La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Ma-

Por isso, não foram sequer convocadas pela Corte medidas de reparação específicas, limitando-se a assentar que «[e]n cuanto a otras formas de reparación, la Corte estima que la presente Sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para las víctimas»<sup>676</sup> e a reconhecer um mero direito a reembolso, no montante de «US\$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección»<sup>677</sup>.

Parece, portanto, claro que os núcleos da pretensão deduzida e da sentença ora comentada não foram de um caráter propriamente reparatório, residindo, antes, fundamentalmente, na tutela da juridicidade, reconhecendo-se, então, a responsabilidade para fazer cessar o comportamento antijurídico do Estado e adotar medidas (efetivas) para evitar repetição – de que resultou, ao fim e ao cabo, a obrigação de modificação do ordenamento jurídico interno.

#### 4. SÍNTESSE CONCLUSIVA

De todo o exposto, é de destacar, em conclusão, que, atualmente, o sistema jurídico internacional se alicerça em e é orientado primacialmente por valores comuns à comunidade internacional, cujo assento ético implica que a tutela e o efetivo cumprimento das obrigações (*erga omnes*) deles promanadas tanto se justifiquem e sejam exigíveis em si e por si, quanto sejam da preocupação de todos os sujeitos de direito internacional.

Obrigações que, porque constituídas perante a e no interesse da comunidade internacional no seu todo, na sua transindividualidade, implicam não apenas o pluralizar da legitimidade para defender ativamente o seu cumprimento, como a própria coletivização e partilha da responsabilidade pelo seu cumprimento.

Neste quadro, e assumindo que o fundamento último da responsabilidade radica na condição comunitária, é de se reconhecer, especialmente no que concerne aos direitos da pessoa humana, que há valores (e fins sensíveis) que reivindicam ativas e sustentadas proteção e prossecução, implicando, por conseguinte, a imposição de deveres de cuidado, de diligência e de prevenção, com a imputação de uma responsabilidade de (efetiva e material) realização – não apenas reparatória de danos *ex post facto*<sup>678</sup>.

---

tías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención» (§ 86).

676. § 99.

677. § 5 do dispositivo da sentença.

678. É que, tradicionalmente, o dano (reparável) é um real, certo e (relativo a uma vítima) determinado(a). Vale assinalar, contudo, que a própria noção de dano (vem) evoluiu(ndo), não apenas para compreender a dimensão de interesses transindividuais, como também

Uma conclusão que parece inafastável no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos pela consagração, na CADH, de obrigações de garantia ativa e efetiva pelos Estados Partes do livre e pleno exercício dos direitos e liberdades preceituados na Convenção a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição (art. 1.º), da especialíssima exigência de conformação e harmonização material dos ordenamentos internos dos Estados Partes à Convenção, de modo a tornar os direitos e liberdades efetivos (art. 2.º) e da ampla competência atribuída à Corte IDH para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção (art. 62.º, n.º 3) e, assim, para determinar, quando identifique, em qualquer caso, a violação de um direito ou liberdade protegidos, medidas para assegurar o gozo desse direito ou liberdade (art. 63.º, n.º 1).

Conclusão tal que, a despeito de hesitações iniciais, foi encampada pela Corte IDH, afigurando-se, neste tocante, paradigmático o caso «La Última Tentación de Cristo», em que avançou que «al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención», vindo, então, a decidir que «que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto» – orientando-se, assim, precipuamente, à tutela da juridicidade e determinando, como núcleo do dispositivo da sentença, a cessação do comportamento ilícito e a adoção de medidas para garantir a sua não repetição.

---

se reconduz, em sentido mais amplo e material, à afetação de bens jurídicos tutelados – pelo que – e seguindo de perto de CANÇADO TRINDADE – a própria existência de uma norma de direito do Estado incompatível com normas de direito internacional (no caso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH) «per se crea una situación legal que *afecta los derechos humanos protegidos*» e é, efetivamente, «una cuestión concreta», rematando que «un órgano de protección internacional de los derechos humano no debe, a mi juicio, partir de la premissa de que una ley, por su propia existencia, “no há afectado aún” los derechos protegidos, debiéndose por lo tanto aguardar medidas de ejecución que acarreen la ocurrencia de un daño. No debe hacerlo aún más cuando toda la evolución del ordenamiento jurídico de protección se orienta y se inclina hoy día claramente en otro sentido» (Voto Disidente no caso El Amparo c. Venezuela, sentencia de 14 de septiembre de 1996, Corte IDH, respectivamente §§ 7-8 e 10).



## *Capítulo 10*

# El control de convencionalidad en América Latina y Europa: encuentros y desencuentros entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

IGNACIO G. PEROTTI PINCIROLI<sup>679</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA. 2.1. *La evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.* 2.2. *Fundamentos jurídicos del control de convencionalidad interamericano.* 2.3. *Efectos del control de convencionalidad interamericano.* 3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EUROPA. 3.1. *Características de la protección de los derechos humanos por parte del Tribunal Europeo.* 3.2. *Las sentencias del Tribunal Europeo: ¿valor vinculante de la cosa interpretada?* 3.3. *¿Nuevos horizontes de protección en el sistema europeo de derechos humanos?* 3.4. *¿Impone el Tribunal Europeo un control de convencionalidad?* 4. CONCLUSIONES.

### **1. INTRODUCCIÓN**

El control de convencionalidad se ha transformado en un tema de moda en la teoría constitucional y de derecho internacional de los derechos humanos. Ciento es que hay modas de distinto tipo y entidad: las hay vacías y superficiales, sin mucha materia para la reflexión, pero también otras que están justificadas en toda regla.

Considero que reflexionar y escribir sobre el control de convencionalidad sigue siendo una moda justificada, más aún cuando el análisis atraviesa dos aspectos: sus consecuencias en la aplicación interna del derecho internacional de los derechos humanos, por un lado, y el empleo de una perspectiva de derecho comparado, por otro. Este capítulo pretende un ejercicio reflexivo en esa línea, al comparar la

679. Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos, director del Máster Universitario en Derechos Humanos, Universidad Europea de Madrid (España). Investigador visitante del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. Ex becario del Tribunal Constitucional de España.

implementación del control de convencionalidad en los sistemas regionales interamericano y europeo de protección de los derechos humanos.

El trabajo ofrece, en primer lugar, un análisis sobre el control de convencionalidad según la configuración que le ha impreso la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de dos décadas. Este *control de convencionalidad interamericano* –como lo hemos llamado– impone a los órganos estatales, principalmente a jueces, juezas y tribunales nacionales, a realizar un análisis de compatibilidad entre el derecho interno y el *corpus iuris* del sistema interamericano, principalmente la doctrina convencional del tribunal de San José.

El segundo apartado desarrolla las características del sistema europeo de derechos humanos, y reflexiona sobre las posibilidades de que el Tribunal Europeo imponga el control de convencionalidad a los Estados miembros del Consejo de Europa. Se incorporan también algunas reflexiones derivadas de la comparación entre ambos sistemas con puntos de encuentro interesantes, pero también de desencuentro, que de igual forma deben ser considerados. El objetivo será descifrar por qué el control de convencionalidad aún no es una realidad jurídica en el sistema europeo, y qué circunstancias pueden resultar de utilidad para (re)pensar dicho mecanismo en América Latina. Por último, en el apartado final se ofrecen algunas conclusiones, a modo de cierre.

## 2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA

Luego de más de una década de evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el control de convencionalidad –que aquí denomo *control de convencionalidad interamericano*<sup>680</sup>– se define como un mecanismo de derecho interno que obliga a los órganos del Estado a realizar un examen de compatibilidad de ciertos actos jurídicos internos –leyes y otras normas, actos administrativos, decisiones judiciales, etc.– a la luz de los instrumentos y estándares de derecho internacional, cuyos efectos pueden variar entre la inaplicación, la interpretación conforme o la nulidad del acto –de acuerdo con la naturaleza del caso concreto y a la competencia del órgano decisor–, con el fin de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos<sup>681</sup>.

- 
680. Algunos de los temas presentados en este capítulo ya fueron tratados en PEROTTI PINCIROLI, I., «El control de convencionalidad en el Derecho español: ¿Una importación defec-tuosa?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 41, 2021, disponible en [http://www.reei.org/index.php/revista/hum41/archivos/41\\_04\\_Estudio\\_Perotti\\_Ignacio.pdf](http://www.reei.org/index.php/revista/hum41/archivos/41_04_Estudio_Perotti_Ignacio.pdf) – todos los enlaces citados en el presente trabajo fueron visitados por última vez el 20 de diciembre de 2022.
681. Véase GARCÍA RAMÍREZ, S., «El control judicial interno de convencionalidad», en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, (2012), pp. 767-804, y –del mismo autor– «The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent Questions», en *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 5-1, (2015), pp. 115-152; FERRER MAC-GREGOR, E., «Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad», en *Opus Magna Constitucional*

En relación con los antecedentes del control de convencionalidad, si bien no hay dudas de que la Corte IDH tiene mérito exclusivo por su construcción y su relevancia global, cierta evidencia parece sugerir que su origen está en el derecho europeo, más precisamente en el derecho francés<sup>682</sup>. A raíz de una serie de casos resueltos en las décadas de los setenta y ochenta por las altas esferas judiciales de Francia, se discutió a qué órganos internos les correspondía velar por la supremacía de los tratados establecida en la Constitución francesa. Finalmente se decidió que el Consejo Constitucional tendría reservado ejercer el control de constitucionalidad, mientras que los demás jueces y tribunales –incluido el Consejo de Estado y la Corte de Casación franceses– estarían a cargo del control de convencionalidad. Dada la diferencia temporal entre el control de convencionalidad interamericano y el francés, podría pensarse que el tribunal de San José rescató esa doctrina y la transformó en una nueva obligación, dirigida ahora a los Estados.

Pero este no parece ser el caso, ya que no hay indicios de que la Corte IDH se haya inspirado en el control de convencionalidad francés, ni en las propias sentencias de la Corte ni en la doctrina científica. Por el contrario, tiene más sentido pensar el control de convencionalidad, en América Latina, pero también en Europa, como el deber de los Estados de remover cualquier obstáculo de derecho interno que les impida cumplir con las obligaciones internacionales asumidas. Como se verá luego, los votos particulares del juez García Ramírez –que fueron el germen del mecanismo en América Latina– le dieron un perfil distinto al que tiene hoy, ligado más a la función de protección de los derechos humanos que tiene la Corte IDH.

La doctrina latinoamericana solía distinguir entre dos tipos de control de convencionalidad: el *externo, concentrado u originario*, y el control *interno, difuso o derivado*. El control *externo* refería al examen de compatibilidad entre derecho internacional y derecho interno que hacen los tribunales internacionales en ejercicio de su competencia contenciosa, al analizar vulneraciones a derechos humanos por parte de los Estados. Sería una especie de control de convencionalidad *en sede internacional*<sup>683</sup>,

---

Guatemalteco, III, (2011), pp. 291-333, y –del mismo autor– «Interpretación conforme y control difuso de constitucionalidad», en Revista de Estudios Constitucionales, 9-2, (2011), pp. 531-622; ALBANESE, S. (coord.), El control de convencionalidad, Ediar, Buenos Aires, 2008.

682. Véase DÍEZ-PICAZO, L. M. «Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958», en Cuadernos de Derecho Público, 34-35, (2008), pp. 21-33; AGUILAR CAVALLO, G. «El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado», en Revista Direito GV, 9-2, Escola de Direito de São Paulo, (2013), pp. 721-754; GUTIÉRREZ GIMÉNEZ, L. M. «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa», en Revista IIDH, 64, (2016), pp. 239-264; y MARTINICO, G., «Two Worlds (Still) Apart? ECHR and EU Law before National Judges», in VASILIKI, K., SKOUTARIS, N. y TZEVELEKOS, P. (eds.), The EU Accession to the ECHR, Hart, Oxford, (2014), pp. 141-158.
683. Así lo denomina NOGUEIRA, H. «Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales», en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XLV-135, (2012), p. 1168.

que coincide con los primeros votos particulares de García Ramírez<sup>684</sup>. En cambio, el control *interno* o *difuso* de convencionalidad es aquel que realizan los propios órganos estatales, al examinar la compatibilidad de los actos jurídicos internos frente al derecho internacional de los derechos humanos, que lleva su eventual inaplicación, interpretación conforme o nulidad, conforme al caso concreto y a la competencia del órgano que lo aplica.

A pesar de esta clasificación, no quedan dudas de que cuando se habla de «control de convencionalidad» a secas, se hace referencia al control de tipo interno, es decir, aquel que llevan adelante los órganos del Estado, y no al que ejerce un tribunal internacional, el cual a mi juicio no constituye un verdadero control de convencionalidad. Este es el sentido que se desprende de los antecedentes de esta doctrina y, principalmente, de la configuración que le ha dado la propia Corte IDH. Las discusiones de la doctrina proporcionan evidencias en esa misma dirección, ya que no se enfocan en el control en manos de los tribunales internacionales, sino en los alcances del control interno<sup>685</sup>.

## 2.1. LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

La arquitectura del control de convencionalidad interamericano ha sido fruto de dos décadas de evolución jurisprudencial por la Corte IDH. Según quedó dicho, el origen de esta doctrina puede rastrearse hasta los votos particulares de García Ramírez en los casos *Myrna Mack Chang* (2003) y *Tibi* (2004). En el primero señaló que el control de convencionalidad estaba implícito en el ejercicio de la propia jurisdicción de la Corte IDH, en su función de analizar la eventual responsabilidad internacional del Estado por los actos de todos sus órganos públicos, sin distinción alguna<sup>686</sup>. Luego, en el caso *Tibi*, García Ramírez comparó la tarea de la Corte con la que llevan adelante los tribunales constitucionales. Señaló que una de sus funciones principales es la de confrontar «los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa»<sup>687</sup>. Así, esta primera forma de entenderlo se correspondía con el control

---

684. En el caso *Myrna Mack Chang*, García Ramírez se refirió al control de convencionalidad que resultaba implícito en la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, idea que, según se verá, luego fue desapareciendo.

685. Si bien al principio, los autores destacaban la clasificación y las distintas características de ambos tipos, en la actualidad el único control de convencionalidad que se discute es el interno. Por ej., en sus primeros artículos, tanto García Ramírez como Ferrer-Mac-Gregor hablaban de control de convencionalidad *interno* o *difuso*, respectivamente. Sin embargo, en sus trabajos más recientes, tal aclaración ha desaparecido.

686. Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 27.

687. Corte IDH, caso *Tibi vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 3, donde sostuvo que «si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”,

concentrado o externo de convencionalidad, ya que en este momento la Corte aún no había establecido el control en manos de los órganos del Estado.

La caracterización del control de convencionalidad, tal como se lo entiende hoy, surgió por primera vez en la sentencia del caso *Almonacid Arellano* (2006). La Corte IDH declaró que «el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»<sup>688</sup>.

A pesar de que refirió a una *especie* de control de convencionalidad, la sentencia perfiló esta doctrina bajo tres premisas. La primera, que los jueces y tribunales nacionales están obligados a examinar la compatibilidad de las normas internas respecto del derecho internacional. En segundo lugar, que en esa tarea deberán tener en cuenta, además de las normas de los tratados, la interpretación realizada por la Corte. La tercera premisa refiere a sus efectos: las normas internas que resulten contrarias al objeto y fin de los tratados internacionales, «desde un inicio carecen de efectos jurídicos»<sup>689</sup>. Poco después, la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso* (2006) precisó que el control de convencionalidad no es una mera facultad judicial, dependiente de instancia de parte, sino una obligación a cumplirse de oficio<sup>690</sup>. Declaró que los jueces nacionales conocen y deben aplicar el derecho convencional, bajo el principio *iura novit curia* –el juez conoce el derecho–, ya que integra el ordenamiento jurídico interno por ser derecho internacional ratificado y vigente en el Estado<sup>691</sup>.

La sentencia del caso *Boyce* (2007) precisó que los tribunales internos, de cualquier orden y jerarquía, están obligados de igual manera a efectuar el control de convencionalidad<sup>692</sup>. Luego, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores* (2010), la Corte IDH amplió los sujetos controlantes a todos los «órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles», siempre «en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes»<sup>693</sup>. Es decir, todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles

---

el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos».

- 688. Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.
- 689. *Ibidem*, párr. 124.
- 690. Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.
- 691. NOGUEIRA, *op. cit.*, 2012, p. 1178.
- 692. Corte IDH, caso *Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo y reparaciones, sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrs. 77-79.
- 693. Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo y reparaciones, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

—pertenezcan o no al poder judicial y con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización— deben ejercer el control de convencionalidad<sup>694</sup>. Finalmente, el caso *Gelman* (2011) extendió los órganos obligados a realizar el control de convencionalidad a «cualquier autoridad pública»<sup>695</sup>.

La jurisprudencia interamericana también ha interpretado en forma amplia el parámetro normativo —de comparación— para implementar el control de convencionalidad. En el caso *Gudiel Álvarez y otros* (2012), la Corte declaró que este examen de compatibilidad debe efectuarse entre las normas internas «y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado»<sup>696</sup>. El límite será entonces que el Estado haya ratificado el respectivo instrumento internacional por el que se imponen las obligaciones internacionales<sup>697</sup>. Por último, en la OC-21/14 (2014) la Corte señaló que los parámetros jurisprudenciales para el control de convencionalidad se desprenden, además de sus casos contenciosos, también de las opiniones consultivas<sup>698</sup>. Justificó esta ampliación en que ambos tipos de competencia, contenciosa y consultiva, comparten el propósito de proteger los derechos humanos<sup>699</sup>. Este *corpus iuris* interamericano es lo que se denomina *bloque de convencionalidad*, conformado por los tratados de derechos humanos, otros instrumentos de *soft law* y la jurisprudencia —doctrina convencional o *case law*— de la Corte IDH.

En resumidas cuentas, luego de esta evolución jurisprudencial, el control de convencionalidad interamericano implica en la actualidad: *i*) un examen de compatibilidad por parte del Estado de cualquier acto jurídico interno, respecto de la Convención Americana y demás tratados internacionales de derechos humanos; *ii*) una obligación que corresponde a cualquier autoridad del Estado —y no se limita al poder judicial—, a cumplirse de oficio y de acuerdo con las normas procesales y

- 
694. FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, 2011, pp. 593. Esto incluiría, por ejemplo, a los secretarios judiciales, que en ocasiones pueden incluso sustituir a los juegadores. Véase GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, 2016, p. 178.
695. CORTE IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.
696. CORTE IDH, caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 330. Puntualmente, refirió a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará.
697. HENRÍQUEZ VIÑAS, M. «La polisemia del control de convencionalidad interno», International Law, en Revista Colombiana de Derecho Internacional, (2014), pp. 113-141, en p. 130.
698. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, resolución de 19 de agosto de 2014.
699. *Ibidem*, párr. 31. Cabe destacar que el carácter vinculante de las opiniones consultivas en el SIDH ha sido largamente debatido por la doctrina, discusión que puede resumirse en dos posiciones: quienes ven en aquellas meras sugerencias interpretativas para los Estados y quienes defienden su obligatoriedad. Al respecto, véase FAÚNDEZ LEDESMA, H. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, IIDH, 3.<sup>a</sup> ed., 2004, pp. 992 y ss.; también HITTERS, J. C. «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?», en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 10, (2008), pp. 135-136.

competenciales que correspondan; *iii) la consideración* –además de las disposiciones convencionales– de la interpretación dada por la Corte en su jurisprudencia; *iv) la consideración de la doctrina expuesta por la Corte en sus opiniones consultivas;* *v) que la propia Corte será la única instancia autorizada para resolver si el control de convencionalidad se ha efectuado correctamente, por ser sus decisiones definitivas*<sup>700</sup>.

## 2.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERAMERICANO

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) –o, para el caso, cualquier otro tratado interamericano– no contiene una norma específica que obligue a los órganos estatales a efectuar el control de convencionalidad. Como se dijo, el mecanismo es una creación pretoriana de la Corte IDH, implementado a fuerza de precedentes a través de un complejo engranaje de principios y normas internacionales, en el cual la CADH adquiere especial protagonismo. La fundamentación jurídica que utiliza la Corte para imponer a los Estados el control de convencionalidad puede estructurarse en tres pilares: el carácter vinculante de sus sentencias, las normas de la Convención y las reglas de interpretación del derecho internacional<sup>701</sup>.

En primer lugar, para entender el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH, hay que analizar separadamente los efectos de cosa juzgada y de cosa interpretada<sup>702</sup>. En el plano internacional, el efecto de cosa juzgada alude a las obligaciones impuestas a un Estado mediante una sentencia que declare su responsabilidad internacional. En este punto no hay demasiados desacuerdos, ya que según la CADH las sentencias de la Corte IDH que declaran la responsabilidad de un Estado son de cumplimiento obligatorio<sup>703</sup>. Además, se deberán cumplir íntegramente todas las reparaciones impuestas en la sentencia y una vez cumplidas, la Corte clausurará y archivará el expediente, que podrá reabrirse en caso de un incumplimiento posterior<sup>704</sup>.

---

700. GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, 2016, p. 175.

701. Una crítica a la fundamentación utilizada por la Corte puede verse en GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P. *The Doctrine of Conventionality Control*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 68.

702. El efecto de cosa interpretada se refiere a «la autoridad que desborda los límites del caso concreto y que es, en realidad, la propia jurisprudencia del Tribunal en tanto que intérprete de las disposiciones [de los tratados internacionales]», definición que se debe a J. Velú, y está referida a la jurisprudencia del TEDH. Véase QUERALT JIMÉNEZ, A. «El efecto de cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», in FLORES PANTOJA, R. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *La constitución y sus garantías. A 100 años de la constitución de Querétaro de 1917*, UNAM, México, (2017), pp. 695-717.

703. Art. 68.1 CADH: «Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes».

704. STEINER, C. y Uribe, P. (coords.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, Suprema Corte de Justicia de México (2014), p. 58.

Los desacuerdos aparecen cuando se discute el carácter vinculante del *efecto de cosa interpretada* de la Corte, es decir, de los estándares fijados en su jurisprudencia. De un lado se argumenta que, a pesar de que ningún tratado obliga a los Estados a acatar las interpretaciones del tribunal, el principio de buena fe<sup>705</sup> recomienda hacer los mejores esfuerzos de los órganos estatales para aplicar la jurisprudencia internacional<sup>706</sup>, obligación que además los Estados han asumido soberanamente al aceptar la competencia de la Corte<sup>707</sup>. El propio tribunal interamericano parece inclinarse por esta posición, al mantener la lógica de que, si los Estados no cumplen con sus cánones interpretativos, se arriesgan a una eventual condena internacional<sup>708</sup>.

No obstante, la posición contraria argumenta que, al ratificar la Convención y aceptar la competencia de la Corte, los Estados se comprometieron solamente a cumplir las sentencias en su contra, pero no la *ratio decidendi* de su jurisprudencia, que no tiene efectos vinculantes<sup>709</sup>. En otras palabras, se hace una interpretación literal de la CADH y se argumenta que no es posible asignar efectos vinculantes a una decisión dictada en un proceso judicial en que un Estado no ha sido parte. En este sentido, y a pesar de que los Estados americanos han mantenido tradicionalmente una actitud deferente hacia la jurisprudencia de la Corte IDH, en los últimos años se han alzado voces muy críticas con el proceder de este tribunal<sup>710</sup>.

En segundo lugar, un fundamento normativo que utiliza la Corte recae sobre las obligaciones de los Estados que derivan de los arts. 1.1, 2 y 25 CADH. El art. 1.1 establece la obligación de respeto y garantía de los derechos y libertades recogidos en la Convención<sup>711</sup>. El respeto de los derechos consiste en cumplir directamente con la norma internacional y con su interpretación jurisprudencial, ya sea absteniéndose de

- 
705. Art. 31.1, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.
706. HITTERS, J. C., «Control de Convencionalidad (Adelantos y Retrocesos)», en Revista de Estudios constitucionales (Universidad de Talca), 13-1, (2015), pp. 123-162, en p. 148, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000100005>.
707. GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, 2012, p. 782.
708. Véase Corte IDH, Casos *Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, voto particular razonado del Ferrer Mac-Gregor; y *Gelman vs. Uruguay*, ya citado.
709. Para las diversas variantes de esta postura, véase DULITZKY, A., «An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights», en Texas International Law Journal, 50-1, (2015), pp. 45-93.
710. Véase CHEHTMAN, A., «Derecho Internacional y Derecho Constitucional en América Latina», en Revista Latinoamericana de Derecho Internacional, 9, (2020), pp. 79-106, y URUEÑA, R. «Domestic Application of International Law in Latin America», en BRADLEY, C. (coord.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, Oxford University Press, Nueva York, (2019), pp. 565-581, en p. 576.
711. Art. 1.1 CADH: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

actuar u otorgando una prestación<sup>712</sup>. La garantía de los derechos, establecida por la Corte desde su primera sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*, significa la obligación estatal de organizar todas las estructuras del poder público para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>713</sup>. Por su parte, el art. 2 CADH<sup>714</sup> obliga a los Estados a adoptar las medidas –legislativas, administrativas o del carácter que sean– para asegurar el cumplimiento de los derechos<sup>715</sup>. El punto clave de esta norma es que prevé un deber general de adecuación del derecho interno a las obligaciones internacionales<sup>716</sup>. De esta forma, el control de convencionalidad funcionaría como el mecanismo idóneo para detectar una eventual incompatibilidad, que permita accionar los medios legales y constitucionales para su adecuación<sup>717</sup>. Asimismo, el art. 25 CADH prevé el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante jueces o tribunales competentes, que ampare a las personas contra actos que vulneren sus derechos, vía que se califica como un «elemento integrador de los derechos»<sup>718</sup>.

El tercer pilar del control de convencionalidad interamericano se basa en las normas de observancia, aplicación e interpretación de los tratados internacionales. La Corte IDH recurre de manera frecuente al *effet utile* de los tratados, al *pacta sunt servanda* y a la prohibición de invocar el derecho interno para justificar su incumplimiento<sup>719</sup>. Sobre el efecto útil de los tratados, ha indicado que los Estados deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Y que dichas normas «deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva»<sup>720</sup>. Además, ha declarado que los Estados

712. STEINER y URIBE, *op. cit.*, p. 47.

713. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de fondo de 29 de julio de 1988. Asimismo, véase STEINER/URIBE (coord.), *op. cit.*, p. 47.

714. Art. 2 CADH: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

715. Corte IDH, caso *Cesti Hurtado vs. Perú*, Fondo, sentencia de 29 de septiembre de 1999, párr. 166.

716. Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 170; y caso *Almonacid Arellano*, *cit.*, párr. 123.

717. En igual sentido, GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, 2012, p. 791.

718. FERRER MAC-GREGOR, E. y QUERALT JIMÉNEZ, A., «El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?», en GARCÍA ROCA, J. y CARMONA CUENCA, E. (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Aranzadi, Pamplona (2017), p. 135.

719. Véase casos *Tibi vs. Ecuador*, *cit.*; *Almonacid Arellano vs. Chile*, *cit.*, párr. 125; *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009.

720. Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de competencia de 28 de noviembre de 2003, párr. 66.

deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe –*pacta sunt servanda*– y que no podrán justificar un eventual incumplimiento en las normas de orden interno, conforme lo previsto por la Convención de Viena<sup>721</sup>.

Finalmente, otra de las pautas interpretativas que invoca es el principio *pro persona*, recogido en el art. 29.b CADH. Este principio implica una aplicación amplia a favor del pleno goce de los derechos humanos, esto es, la obligación del intérprete de «preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona», con independencia de que provenga de un tratado o del derecho interno<sup>722</sup>. De esta forma, al realizar el control de convencionalidad, el juez o tribunal, el legislador o autoridad pública que corresponda deberá efectuar la interpretación más favorable, que garantice ese efectivo cumplimiento, teniendo incluso la posibilidad de acudir a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>723</sup>.

### 2.3. EFECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERAMERICANO

Los efectos del control de convencionalidad constituyen uno de sus costados más álgidos, no sólo porque su efectiva implementación depende en gran medida de las regulaciones de derecho interno, sino también por las discusiones en torno a sus alcances concretos. La Corte IDH ha establecido tres niveles de efectos, según el grado de intensidad en relación con el acto interno bajo examen: la interpretación conforme, la inaplicación del acto interno, y la invalidación, siendo este último el efecto más controvertido.

La *interpretación conforme* es una técnica hermenéutica mediante la cual los derechos humanos son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, para lograr su mayor eficacia y protección<sup>724</sup>. El resultado concreto dependerá de las facultades del órgano que realice la interpretación, pero en ningún caso afectará la validez de la norma o del acto interpretado. Por el contrario, el propósito será desechar aquellas interpretaciones contrarias o incompatibles con el orden internacional, en un proceso de armonización<sup>725</sup>. Sagüés lo encasilla dentro de los efectos que denomina *constructivos o positivos* porque, a diferencia de los *represivos*, produce un reciclaje del derecho

721. Arts. 26 y 27, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

722. STEINER y URIBE, *op. cit.*, p. 711. También BECERRA, M. El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de Derecho, UNAM, México, 2016, p. 36.

723. FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, 2011, pp. 308-309.

724. Véase *caso Radilla Pacheco*, donde la Corte ordenó a México que «las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal» (párr. 340).

725. FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, 2011, p. 535.

interno, pero no su eliminación<sup>726</sup>. En el derecho comparado encontramos varias normas constitucionales que imponen esta obligación, como ocurre en España<sup>727</sup>, Portugal<sup>728</sup> o México<sup>729</sup>.

En segundo lugar, se ubica la *inaplicación* de la norma, acto o práctica doméstica, cuando colisione con un tratado internacional o con su interpretación por el órgano competente<sup>730</sup>. En el caso *Almonacid Arellano*, la Corte declaró que si el poder legislativo falla en su tarea de suprimir o adoptar leyes en pugna con la CADH, el poder judicial deberá «abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella»<sup>731</sup>. Sin embargo, esta caracterización debe ser matizada, ya que dependerá de la competencia y de las facultades concretas del órgano que ejercite el control de convencionalidad. La doctrina constitucional cuestiona la legitimidad democrática para que un juez o tribunal deje de aplicar una norma –sancionada válidamente por el legislador– argumentando su incompatibilidad con el orden internacional<sup>732</sup>. Asimismo, si bien la Corte no se ha referido expresamente al control de convencionalidad por parte de otros órganos distintos al poder judicial<sup>733</sup>, la idea es clara. Además de los jueces, el resto de los órganos y poderes del Estado deberán cumplir con los estándares fijados en la jurisprudencia interamericana, evitando así incurrir en su responsabilidad internacional<sup>734</sup>.

Por último, el más intenso de los efectos del control de convencionalidad es la *invalidad* de la norma, práctica o decisión interna. Se trata de una consecuencia *in extremis*, y por eso la Corte IDH la reserva para los casos más graves, como las violaciones masivas a los derechos humanos. En el caso *Almonacid Arellano*, la Corte determinó que las leyes de amnistía –que debían ser sometidas al control de convencionalidad–, carecían de efectos jurídicos desde el momento mismo de su aprobación, al ser contrarias al objeto y fin del derecho internacional<sup>735</sup>. Esta suerte de «sanción» no era algo totalmente ajeno a su jurisprudencia, pues ya había sido

- 
726. SAGÜÉS, N., «Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXI, (2015), p. 143.
727. Art. 10.2, Constitución Española.
728. Art. 16.2, Constitución de Portugal.
729. Art. 1, Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.
730. Se dice que este efecto resulta más gravoso o de mayor intensidad que la interpretación conforme, aunque en menor medida que la invalidez, por lo que se otorga un grado intermedio. Véase FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, 2011, p. 581.
731. Corte IDH, caso *Almonacid Arellano*, *cit.*, párr. 123.
732. GARGARELLA, R. «No Place for Popular Sovereignty? Democracy, Rights and Punishment in Gelman v. Uruguay», en SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, (2013), disponible en [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/124](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/124)
733. Véase SAGÜÉS, *op. cit.*, 2015, p. 147.
734. En igual sentido, HITTERS, *op. cit.*, 2015, p. 132, quien señala que «las autoridades que no ejecutan funciones típicamente jurisdiccionales tienen que interpretar los derechos humanos de la manera más favorecedora sin que estén potenciados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en casos concretos».
735. Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros*, *cit.*, párr. 124. En ese sentido, la invalidez como efecto del control de convencionalidad se podría equiparar con la nulidad absoluta del

impuesta en el caso *Barrios Altos* y también por crímenes de lesa humanidad<sup>736</sup>. Tanto en Perú como en otros Estados latinoamericanos, como Argentina y Uruguay, este examen de compatibilidad dotó a los tribunales supremos de fundamentos de derecho internacional suficientes para avalar la reanudación de las investigaciones por los crímenes cometidos durante las respectivas dictaduras<sup>737</sup>.

El efecto de invalidez estará limitado casi completamente por el derecho interno, determinado por el sistema constitucional de cada Estado. En un sistema concentrado, únicamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional podrán declarar inconstitucional y anular una norma. El resto de los jueces y tribunales podrá inaplicarla o bien plantear algún recurso, como la cuestión de inconstitucionalidad del derecho español<sup>738</sup>. En cambio, en los Estados con control difuso –como Argentina– en que la facultad para declarar la inconstitucionalidad es de todos los jueces con competencia en la materia, sus efectos serán para cada caso concreto y el órgano judicial no podrá derogar norma alguna<sup>739</sup>. En una versión todavía más extrema, el control de convencionalidad podría significar incluso dejar de aplicar la propia constitución<sup>740</sup>. Es el caso de Honduras, donde la Corte Suprema decidió inaplicar normas constitucionales que limitaban la reelección presidencial, argumentando que contradecían los estándares interamericanos de interpretación<sup>741</sup>. Algo similar ocurrió en Bolivia, donde el Tribunal Constitucional declaró que la CADH tenía aplicación

---

Derecho civil, que constituye un vicio originario, no subsanable, con efectos retroactivos y de pleno derecho.

- 736. Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de fondo, de 14 de marzo de 2001. Aquí, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Perú por la «promulgación y aplicación de las leyes de amnistía» y además declaró que tales leyes «son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos» (punto resolutivo 4.).
- 737. Sobre el caso de Argentina, puede consultarse PEROTTI PINCIROLI, I., «Derecho de las relaciones exteriores, Derecho internacional comparado y el papel de los tribunales nacionales en la justicia transicional: los casos de Argentina y España», en Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), 16, (2023); y PEROTTI PINCIROLI, I. «El rol de los tribunales superiores en los procesos de justicia transicional en Argentina y España: miradas desde el Derecho de las relaciones exteriores y el Derecho internacional comparado», en MARTÍN Ríos, P./PÉREZ MARÍN, M. A. (dir.), Edición de actas del I Congreso Internacional «La Administración de Justicia en España y en América», Astigi, Sevilla (2020), pp. 476-496.
- 738. LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, arts. 2.1 a) y 29.1 b) –sobre la competencia del TC– y cap. III, sobre la Cuestión de Inconstitucionalidad por jueces y tribunales.
- 739. FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, 2011, p. 308.
- 740. URUEÑA, *op. cit.*, p. 573. La contradicción entre las normas de la constitución política de un Estado y la interpretación de la CADH ya había sido abordada por la Corte IDH en el caso *La Última Tentación de Cristo*. La sentencia declaró que Chile había violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión y ordenó al Estado que en seis meses eliminara la norma constitucional que permitía la censura previa. Véase caso «*La Última Tentación de Cristo*» (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de febrero de 2001).
- 741. Corte Suprema de la República de Honduras, Sala Constitucional, sentencia de 22 de abril de 2015, *cit.* en URUEÑA, *op. cit.*, p. 573.

preferente sobre la Constitución, la cual limitaba la reelección presidencial<sup>742</sup>. Sin embargo, esta pretensión de la Corte IDH de imponer la invalidez de los actos internos por fuera de las normas convencionales –y de la propia naturaleza de los tribunales nacionales– ha sido criticada por varios autores<sup>743</sup>.

### 3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EUROPA

La protección regional de los derechos humanos en Europa se ha caracterizado como un sistema multinivel, donde confluyen el nivel subnacional –divisiones políticas y territoriales de los Estados–, el nivel nacional –cada uno de los Estados–, el nivel supranacional –la Unión Europea– y el nivel internacional –el sistema europeo de derechos humanos–.

En el nivel supranacional, el sistema de la Unión Europea tiene como principal órgano al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mientras que en el nivel internacional, la protección se asegura mediante el sistema del Consejo de Europa, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como principal órgano jurisdiccional. Sin embargo, ambas organizaciones regionales fueron creadas con objetivos muy distintos y mantienen, hasta la actualidad, propósitos diferentes.

El Consejo de Europa, creado en 1949 mediante el Tratado de Londres, nace para consolidar los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho en ese continente, a través de un sistema de protección, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo o CEDH) como vértice normativo y el TEDH como órgano judicial encargado de asegurar su cumplimiento. Por el contrario, las Comunidades Europeas –la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951), la Comunidad Económica Europea (1957) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1957)–, antecesoras de la actual Unión Europea, surgen como organizaciones regionales de integración económica<sup>744</sup>. Es cierto que, en nuestros días, la UE ha alcanzado un nivel de relevancia política, jurídica e institucional, con un papel muy importante en la protección de los derechos humanos y del estado de derecho en el espacio jurídico europeo, sobre todo a partir de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>745</sup>. Sin embargo, ese no es su objetivo principal, sino uno de los tantos medios –e incluso, la consecuencia– de ese proceso de integración iniciado a mediados del siglo pasado<sup>746</sup>.

742. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia n.º 84, de 28 de noviembre de 2017, *cit. en URUÑA, op. cit.*, p. 573.

743. DULITZKY, A., «An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine», en Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America, ASIL, (2015), pp. 100-108; CASTILLA JUÁREZ, K. «Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre», en Revista IIDH, 64, (2016), pp. 86-87.

744. Véase MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9.º ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 31-43.

745. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000/C 364/01, de 7 de diciembre de 2000, la cual entró en vigor –junto con el Tratado de Lisboa– el 1.º de diciembre de 2009.

746. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *op. cit.*, pp. 51-52.

Sin perjuicio del debate actual acerca de los ámbitos de superposición entre la protección de los derechos humanos por parte de la Unión Europea y del sistema del Consejo de Europa<sup>747</sup>, no me concentraré aquí en este aspecto. Dado que el objetivo de este trabajo es comparar la aplicación del control de convencionalidad en los sistemas de protección regionales de derechos humanos, el foco será analizar las principales características del sistema del Consejo de Europa. El apartado comienza con algunas pinceladas generales acerca del funcionamiento del sistema europeo para, en segundo lugar, analizar las diferencias entre los efectos de cosa juzgada y de cosa interpretada en este ámbito. En tercer lugar, se analizan los nuevos vientos que soplan en el sistema europeo, y en dirección a un cierto cambio de su naturaleza tutelar. Finalmente, se intentará descifrar si el Tribunal Europeo impone a los Estados una obligación similar al control de convencionalidad de la Corte Interamericana.

### 3.1. CARACTERÍSTICAS DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL TRIBUNAL EUROPEO

Desde su creación, y a pesar de las distintas reformas que ha atravesado, el sistema del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha cumplido un papel fundamental en la protección de los derechos humanos en Europa<sup>748</sup>. Sin embargo, a diferencia de la Corte Interamericana, el TEDH no se ha preocupado tanto en establecer una fuerte doctrina convencional, sino más bien en dar solución a casos concretos. Esta finalidad se conoce como tutela subjetiva, limitada desde luego por el principio de subsidiariedad, que pone en hombros de los Estados la obligación principal de respeto y cumplimiento de los derechos. Se dice que Estrasburgo se ha conformado con cumplir una *función armonizadora indirecta*, con la confianza depositada en que los Estados, en especial por medio de los tribunales nacionales, interpreten y apliquen los derechos humanos a la luz de su jurisprudencia<sup>749</sup>. En este sentido, el TEDH se caracteriza por fijar un *estándar mínimo* de protección, es decir, determinar una base o piso a partir de la cual los Estados se obligan al cumplimiento de sus obligaciones.

Otra de las notas típicas de la protección del TEDH es el *margen de apreciación*, doctrina que otorga cierta flexibilidad a los órganos del Estado –en especial a los judiciales– para determinar la extensión de los derechos y su significado en el caso concreto<sup>750</sup>. Señala López Guerra que el margen de apreciación «supone el recono-

747. Véase MARTINICO, G., «Two Worlds (Still) Apart? ECHR and EU Law before National Judges», *op. cit.*, 2005.

748. En general, véase LÓPEZ GUERRA, L. M., «El sistema europeo de protección de derechos humanos», en BANDEIRA, G., URUEÑA, R. y TORRES, A. (coord.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos, Red Derechos Humanos y Educación Superior* (2013), pp. 165-186; y LÓPEZ GUERRA, L. M., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

749. CANOSA USERA, R. *El control de convencionalidad*, Aranzadi, Pamplona (2015), p. 17.

750. Sobre la doctrina del margen de apreciación en el sistema europeo, véase GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos*

cimiento de que las autoridades nacionales, por su cercanía al conocimiento de los hechos del caso, y por ser las más capacitadas para la interpretación de la legislación nacional, y para apreciar las necesidades derivadas de la realidad doméstica, disponen de un cierto ámbito de actuación en la aplicación de los mandatos del Convenio», bajo la supervisión última del TEDH<sup>751</sup>. Se trata de una válvula de escape que permite al tribunal evitar pronunciamientos categóricos sobre el alcance de ciertos derechos, sobre todo cuando haya desacuerdos entre los Estados y que, por lo tanto, podrían ser más difíciles de implementar. Así ha sucedido, por ejemplo, con el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, que el TEDH rechazó y dejó librado al margen de apreciación estatal<sup>752</sup>. No obstante, algunos ven en el margen de apreciación un obstáculo para la aplicación del control de convencionalidad entre los Estados parte del CEDH<sup>753</sup>.

Las sentencias del TEDH son vinculantes, es decir, de cumplimiento obligatorio por los Estados, según el art. 46.1 CEDH<sup>754</sup>, y definitivas, ya que no pueden ser revocadas ni alteradas por ninguna otra instancia. Pero las sentencias de Estrasburgo tienen sólo un efecto declarativo, ya que declaran la violación al convenio y luego es el Estado quien debe adoptar las medidas necesarias para cumplir el fallo. Las medidas ordenadas pueden ser individuales, de reparación de la lesión producida en el caso concreto, o de carácter general<sup>755</sup>. Esta regla puede verse alterada en el caso de que el tribunal valore de que no es posible una reparación completa de la vulneración, y que decida acordar una satisfacción equitativa, según lo previsto en el art. 41 CEDH<sup>756</sup>. Esta medida de reparación consiste usualmente en una indemnización pecuniaria, que cubre los eventuales rubros de daño material, daño moral y coste de la asistencia jurídica.

A pesar de ese carácter declarativo –que al decir de García Roca las hacen «sentencias de mera comprobación» de vulneración de derechos–, durante las últimas décadas el sistema ha comenzado una lenta evolución en dirección hacia la *in inter-*

---

Humanos, Civitas, Madrid, 2010; y SÁIZ ARNAIZ, A., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación», en Teoría y Realidad Constitucional, 42, (2018), pp. 221-245.

- 751. LÓPEZ GUERRA, *op. cit.*, pp. 180-181.
- 752. TEDH, caso *Chapin y Charpentier vs. Francia*, sentencia de 9 de junio de 2016. En este caso, el TEDH declaró que el art. 12 CEDH no reconoce un derecho al matrimonio entre dos contrayentes del mismo sexo, y que quedaba en manos de los Estados apreciar si correspondía esa posibilidad legal.
- 753. SÁIZ ARNAIZ, A., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales...», *op. cit.*
- 754. Art. 46.1 CEDH: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes».
- 755. LÓPEZ GUERRA, *op. cit.*, pp. 174-175.
- 756. Art. 41 CEDH: «Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

*grum restitutuo*, al incluirse otro tipo de reparaciones en forma de obligaciones específicas para subsanar las violaciones al convenio. Entre otras medidas de reparación, el tribunal ha ordenado la reapertura de procesos civiles o penales, el cese de la privación de la libertad personal de la víctima –como en el caso *Del Río Prada*<sup>757</sup>–, o la cancelación de inscripciones administrativas<sup>758</sup>. Sin embargo, estas reparaciones no son la regla sino la excepción, situación que contrasta con el abanico diverso de reparaciones que ordena la Corte IDH. Y es que en un numero significativamente menor de sentencias que las del TEDH –463 sentencias de la Corte IDH contra más de 30 mil del TEDH<sup>759</sup>–, la Corte IDH ha ordenado una enorme cantidad de medidas de reparación y garantías de no repetición de la más diversa índole. Además, ha impuesto el control de convencionalidad y ha declarado incluso la necesidad de llevar adelante reformas constitucionales en distintos Estados. Por el contrario, Estrasburgo no ha ido tan lejos, en parte debido a la naturaleza del sistema y a las tradiciones constitucionales fuertemente consolidadas de los Estados parte, que lo ha llevado a mostrarse bastante deferente en ciertas materias, según se explica más adelante.

Otro aspecto que distingue ambos sistemas es la supervisión del cumplimiento de las sentencias. En el sistema interamericano, es la propia Corte IDH quien tiene la función de supervisar que los Estados cumplan todas las reparaciones ordenadas. En cambio, el Tribunal europeo no tiene encargada esa tarea, que le corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>760</sup>. Por otro lado, según se discute en lo que sigue, otra diferencia entre ambos sistemas está en el valor vinculante de la doctrina convencional de Estrasburgo, es decir, su cosa interpretada, que en comparación con la que impone San José es mucho menos intensa.

### 3.2. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO: ¿VALOR VINCULANTE DE LA COSA INTERPRETADA?

El igual que en la Convención americana, el Convenio Europeo también dispone que las sentencias del TEDH son de cumplimiento obligatorio para los Estados condenados, a riesgo de incurrir nuevamente en responsabilidad internacional. Sin embargo, existen todavía muchos desacuerdos en torno al valor de los estándares fijados por el TEDH en su jurisprudencia, es decir, lo que se conoce como el efecto de cosa interpretada. Algunas investigaciones recientes comparan el efecto de cosa interpretada en Europa y en América Latina, y concluyen que no hay buenas

757. TEDH, caso *Del Río Prada vs. España*, sentencia de Gran Sala 21 de octubre de 2013.

758. Véase LÓPEZ GUERRA, *op. cit.*, pp. 176-177, y GARCÍA ROCA, J. y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante», en GARCÍA ROCA y CARMONA CUENCA, *op. cit.*, pp. 112-114.

759. Cantidad de sentencias emitidas desde su creación hasta diciembre de 2022.

760. Art. 46.2 CEDH: «La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución». Cabe aclarar que el Comité de Ministros es el órgano de decisión del Consejo de Europa, conformado por los ministros de Asuntos Exteriores de todos los Estados miembros o por sus representantes permanentes en Estrasburgo.

razones para que en el sistema europeo no tenga el mismo valor vinculante que le asignan tanto la Corte IDH como muchos Estados latinoamericanos<sup>761</sup>. Afirman que, si ambos sistemas comparten el propósito de velar por el cumplimiento de los derechos humanos establecidos en los respectivos tratados, tampoco tienen diferencias estructurales que fundamentarían soluciones diferentes. Y que la eficacia directa que tienen el Convenio europeo y la Convención americana es la clave para concluir que las sentencias de ambos tribunales gozan de idéntica eficacia<sup>762</sup>. Bajo estas premisas, el TEDH suma otras dos funciones, además de la tutela subjetiva: la función de desarrollo del Convenio y la de armonización de los estándares europeos en materia de derechos humanos, las cuales otorgan al tribunal de Estrasburgo una *función constitucional*, con un impacto decisivo en la determinación del alcance de la cosa interpretada<sup>763</sup>.

Así pues, el efecto de cosa interpretada del TEDH sería entonces una categoría doctrinaria, más que una obligación impuesta expresamente por su jurisprudencia. Sin embargo, ya desde hace varias décadas puede leerse en algunas de sus sentencias un cierto reconocimiento implícito del valor de su doctrina convencional, lo que podría sugerir que la función objetiva no es completamente extraña al sistema europeo. En el caso *Irlanda* (1978), el TEDH dijo que sus sentencias sirven no solo para decidir aquellos asuntos llevados ante sus estrados, sino «en forma más general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar reglas establecidas por el Convenio, con el propósito de contribuir a la observancia por los Estados parte de las obligaciones por ellos asumidas»<sup>764</sup>. En el caso *Marckx* (1979) declaró que «las decisiones del Tribunal tendrán efectos que se extenderán más allá de un caso particular, especialmente dado que las infracciones constatadas se derivan directamente de las disposiciones impugnadas y no de medidas de ejecución individuales», aunque –recordó– «la decisión no puede por sí sola anular o derogar estas disposiciones: la sentencia de

- 
761. Véase GARCÍA ROCA, J. y QUERALT JIMÉNEZ, A., «Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES ANTONIAZZI, M. y SAAVEDRA ALESSANDRI, P. (coord.), Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Max Planck Institute-UNAM, México, (2019), pp. 703-771; FERRER MAC-GREGOR, E. y QUERALT JIMÉNEZ, A., «El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?», en GARCÍA ROCA, J. y CARMONA CUENCA, E. (eds.), ¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana, Aranzadi, Pamplona, (2017), pp. 133-168; QUERALT JIMÉNEZ, A., «El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (coords.), Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, CEPC, Madrid (2009).
762. GARCÍA ROCA, J. y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante», en GARCÍA ROCA y CARMONA CUENCA (eds.), *op. cit.*, p. 78.
763. FERRER MAC-GREGOR y QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 149.
764. TEDH, caso *Irlanda vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero 1978, párr. 154 – todas las traducciones me pertenecen, salvo que se indique lo contrario.

la Corte es esencialmente declaratoria y deja al Estado la elección de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para el cumplimiento de su obligación»<sup>765</sup>. Por último, en el caso *Loizidou* (1995), el TEDH se refirió al CEDH como el «instrumento constitucional del orden público europeo»<sup>766</sup>.

Desde este enfoque, la jurisprudencia del TEDH se torna en un elemento indisoluble del sistema, ya que es el intérprete más importante de los derechos humanos en Europa y tiene una inevitable función de especificación o desarrollo de los derechos previstos en el Convenio. Por lo tanto, al igual que ocurre en el sistema interamericano, existen razones normativas y prácticas que avalan el carácter vinculante de las sentencias de Estrasburgo<sup>767</sup>. En primer lugar, del art. 1 CEDH –obligación de respetar los derechos humanos– se desprende una obligación de resultado para los Estados, el cual implica un deber de compatibilidad de los ordenamientos jurídicos internos con las normas internacionales y su interpretación por parte de los órganos judiciales correspondientes. Además, del art. 32 CEDH se desprende que la competencia del TEDH se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus protocolos. Por lo tanto, si es el intérprete supremo de los derechos previstos en las disposiciones del tratado, tales interpretaciones –como ocurre con los tribunales constitucionales o cortes supremas– deben tener carácter vinculante. Asimismo, razones de economía procesal también llevan a pensar que carece de sentido que un Estado no satisfaga determinados estándares de tutela impuestos por el TEDH si ello podría conllevar una previsible y futura condena. Estas características aproximan la actuación del tribunal de Estrasburgo a la de los tribunales constitucionales que, a través de sus sentencias, exponen una doctrina convencional con eficacia *erga omnes*, es decir, abstracta y general<sup>768</sup>.

Pero a pesar de la gran importancia que estos autores le asignan a la cosa interpretada, el fundamento no se basa en la jerarquía, sino en el pluralismo constitucional. Señalan que «las relaciones entre ordenamientos nacionales y convencionales no pueden seguir contemplándose en clave de jerarquía en el actual escenario de *pluralismo constitucional* (...) Una ordenación fundada en la jerarquía es un enfoque típico de la teoría escalonada del Derecho propia nada menos que del período de entreguerras. Un escenario obsoleto en el siglo XXI (...) La jerarquía no es siempre tan esencial»<sup>769</sup>. Esto constituye, a mi modo de ver, una diferencia muy significativa respecto del sistema interamericano, el cual todavía se encuentra inmerso en una cierta lógica kelseniana, de jerarquía del orden internacional por sobre el orden interno. Así, la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para los Estados porque emana de este tribunal internacional –y porque es el máximo intérprete de la CADH–, y no porque sea la doctrina convencional más favorable a la protección de los derechos de las personas. Bajo esta misma lógica se impone el control de

765. TEDH, caso *Marckx vs. Bélgica*, sentencia de 13 de junio 1979, párr. 58.

766. TEDH, caso *Loizidou vs. Turquía*, sentencia de 23 de mayo de 1995, párr. 75.

767. GARCÍA ROCA y QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 707-708.

768. *Ibidem*, p. 712.

769. GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 79.

convencionalidad, no como una opción para los Estados, ni como un disparador que incentive la deliberación acerca de cuáles son los medios más eficientes para alcanzar la protección, sino más bien como imposición. ¿Es esta lógica necesaria en los primeros años, incluso décadas, de cualquier tribunal de derechos humanos? Me inclino a pensar que sí, pero hoy el escenario europeo y latinoamericano es bastante distinto, y el modelo de convencionalidad basado en la jerarquía parece estar, de algún modo, agotándose<sup>770</sup>.

### 3.3. ¿NUEVOS HORIZONTES DE PROTECCIÓN EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?

Quedó dicho que la principal tarea de los tribunales regionales de derechos humanos es examinar la compatibilidad de los actos jurídicos internos frente a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Es decir, lo que en sus orígenes la Corte IDH denominó control de convencionalidad originario, para referir al que efectúa el propio tribunal<sup>771</sup>. En el sistema europeo, el TEDH también ha llevado adelante este control originario, propio de un tribunal de derechos humanos, y ha declarado que la violación del Convenio provenía de una norma interna<sup>772</sup>. Pero fue recién en el caso *Slawomir* (2009) donde determinó la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas de derecho interno necesarias para poner fin a una vulneración declarada y reparar sus efectos tanto como sea posible<sup>773</sup>. Con esta decisión, el TEDH limita la aplicación del margen de apreciación nacional e incorpora en sus sentencias la obligación concreta para que el Estado adapte su derecho interno, siempre bajo la posterior supervisión del Consejo de Ministros<sup>774</sup>. Ahora bien, esta vía de tutela objetiva todavía no se ha profundizado, y ello a pesar de que el TEDH parece coquetear con la idea de fijar una doctrina en sintonía con el control de convencionalidad interamericano.

Aun así, algunos cambios del sistema implementados durante los últimos años sugieren un nuevo rumbo del TEDH, en la dirección iniciada con el caso *Slawomir*, es

- 
- 770. Sobre el pluralismo jurídico y el papel de los jueces en la tutela de los derechos humanos, véase ACOSTA ALVARADO, P., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, Universidad del Externado, Bogotá, 2015; BUSTOS GISBERT, R., «*Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa*», en *Revista española de derecho constitucional*, 30-89, (2010), pp. 347-356.
  - 771. La Corte IDH luego, con buen criterio, dejó de utilizar esta denominación y al hablar de control de convencionalidad sólo se refiere al que realizan los órganos estatales.
  - 772. Por ejemplo, en el célebre caso del *Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, de 23 de julio de 1968, en cuya sentencia el TEDH señaló que una norma del Derecho belga «no se conforma[ba] con las exigencias del artículo 14 del Convenio». Véase CANOSA USERA, *op. cit.*, p. 59.
  - 773. TEDH, caso *Slawomir vs. Polonia*, sentencia de 20 de enero de 2009.
  - 774. Véase CANOSA USERA, *op. cit.*, p. 60, quien menciona como otros ejemplos los casos *X e Y vs. Holanda*, sentencia de 26 de marzo de 1985, y *Siliadin vs. Francia*, sentencia de 26 de julio de 2005.

decir, para acentuar la tutela objetiva de su jurisprudencia. Estos cambios se dirigen en dos sentidos complementarios: por un lado, hacia una lenta transformación del TEDH en una suerte de tribunal constitucional europeo<sup>775</sup>; por otro, en una pérdida de su protagonismo y en una mayor relevancia de los tribunales nacionales europeos<sup>776</sup>. La primera de estas variaciones es el mecanismo de las *sentencias piloto*, que el TEDH implementó por primera vez en el caso *Broniowski*<sup>777</sup>. Las sentencias piloto implican que la decisión respecto de un asunto sirva como caso testigo para otros casos similares todavía no resueltos<sup>778</sup>. La sentencia sugiere al Estado la adopción de una serie de medidas generales para evitar la repetición de la misma vulneración, que si se cumplen el tribunal dejará en suspenso el examen de los casos acumulados en el mismo expediente<sup>779</sup>. Este mecanismo refuerza el carácter objetivo y la función «para-constitucional» del TEDH, e incluso se ha dicho que lo erige en una especie de tribunal constitucional europeo<sup>780</sup> o tribunal de casación<sup>781</sup>.

Pero el procedimiento que más acerca el tribunal de Estrasburgo a la forma de tutela de la Corte IDH es del *Protocolo 16*<sup>782</sup>, el cual permite a los Estados que lo hayan ratificado –a través de los tribunales de mayor jerarquía– elevar consultas al Tribunal Europeo sobre el alcance de los derechos del Convenio<sup>783</sup>. Este protocolo permite a los Estados que lo hayan ratificado elevar consultas al TEDH sobre el alcance de los derechos del Convenio Europeo, a través de solicitudes enviadas por los tribunales de mayor jerarquía. Hasta el momento, se han solicitado cinco opiniones consultivas, de las cuales dos han sido ya contestadas –Francia, sobre maternidad subrogada, y Armenia, sobre principio de legalidad penal–, dos han sido aceptadas a trámite y una ha sido inadmitida<sup>784</sup>. Pero hay que hacer notar que,

- 
775. Véase GARCÍA ROCA, J. La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Civitas, Pamplona, 2019; y GARCÍA ROCA, J. Y CARMONA CUENCA, E. (eds.), ¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana, Aranzadi, Pamplona, 2017.
776. IZQUIERDO SANS, C., «La evolución del sistema de acceso al Tribunal Europeo de derechos humanos. Una revisión de calado», en Revista española de derecho europeo, 68, (2018), pp. 55-83.
777. TEDH, caso Broniowski vs. Polonia, sentencia de 22 de julio de 2004.
778. Véase ABRISKETA URIARTE, J. «Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador», en Revista Española de Derecho Internacional, LXV, 2013, pp. 73-99, en p. 76.
779. LÓPEZ GUERRA, *op. cit.*, pp. 177-178.
780. ABRISKETA URIARTE, *op. cit.*, pp. 91-92.
781. Véase REMIRO BROTÓNS, A. y otros, Derecho Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 760, donde señala que el ulterior motivo de la implementación de este mecanismo puede ser transformar al TEDH en «una especie de tribunal de casación, centrado en los asuntos realmente importantes y guía última de las autoridades nacionales».
782. Protocolo Adicional N.º 16 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 2 de octubre de 2013.
783. España, hasta el momento, no lo ha ratificado.
784. Información que figura en el propio sitio web del TEDH, <https://www.echr.coe.int/>

de acuerdo con el art. 5 del protocolo, estas opiniones consultivas del TEDH no tienen efectos vinculantes para los Estados.

La implementación de este procedimiento, similar a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se propone mejorar el diálogo entre los jueces nacionales y Estrasburgo, en un intento por afianzar su rol casacional. De esta manera, hay quienes señalan que el TEDH intenta consolidarse como intérprete último de los derechos humanos, en un intercambio que se efectúa tanto de manera horizontal, con el TJUE, como vertical, con los máximos tribunales nacionales<sup>785</sup>. Otra parte de la doctrina observa que este nuevo rumbo del TEDH lo transforma prácticamente en una *cuarta instancia europea*<sup>786</sup>.

Según Izquierdo, «su objetivo es unificar la interpretación que hacen, de determinadas normas internacionales, tribunales nacionales y el tribunal supranacional encargado de garantizar su cumplimiento»<sup>787</sup>. García Roca califica estas opiniones consultivas como una suerte de *nuevas cuestiones de inconvenencialidad*, al hacer el paralelismo con la cuestión prejudicial del derecho de la Unión Europea y con la cuestión de inconstitucionalidad ante los tribunales constitucionales<sup>788</sup>. En su opinión, la implementación de este mecanismo contribuirá a reforzar la dimensión objetiva y quasi-constitucional TEDH, a la vez que podría reconducir buena parte de las quejas individuales «a un control de convencionalidad concentrado de las leyes», disminuyendo el flujo de demandas individuales<sup>789</sup>.

Este nuevo procedimiento de consultas ante el TEDH parece fortalecer la figura de los jueces nacionales en la formación de un derecho común europeo y en la protección de los derechos humanos. Sin embargo, cabe señalar que hasta el momento solo 18 de los 46 Estados parte del CEDH han ratificado este protocolo: Albania, Andorra, Armenia, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia y Ucrania<sup>790</sup>. Esta circunstancia, sumada a que los dictámenes del TEDH no tienen carácter vinculante, deja muchas dudas sobre la eficacia de este mecanismo para consolidar la cosa interpretada y, por tanto, un eventual control de convencionalidad en Europa.

785. CANOSA USERA, *op. cit.*, p. 17.

786. IRURZUN MONTORO, F., «¿Una nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?», en Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, Cátedra Jean Monet, 10, (2012), p. 8 y ss., disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/100-2013-10-14-documento33208.pdf>. Jimena Quesada señala que el TEDH tiene cada vez más demandas y se ha transformado en algo similar a un tribunal de cuarta instancia. Véase JIMENA QUESADA, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 57-58.

787. IZQUIERDO SANS, *op. cit.*, p. 79.

788. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 60.

789. *Ibidem*, p. 64.

790. Firmas y ratificaciones del Protocolo n.º 16 a diciembre de 2022, Consejo de Europa, disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=214>

### 3.4. ¿IMPONE EL TRIBUNAL EUROPEO UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

La implementación de esos nuevos procedimientos podría leerse como un giro del TEDH hacia la construcción de las bases necesarias para establecer una obligación similar al control de convencionalidad interamericano. Sin embargo, este giro es aún tímido e incipiente, y por el momento el TEDH no impone a los Estados la obligación de realizar un control de convencionalidad. Algunos factores internos y externos podrían ayudar a entender esta circunstancia: la importancia de los sistemas constitucionales europeos, las características de las sentencias del TEDH, el carácter débil del efecto de cosa interpretada de su jurisprudencia y la aplicación del margen de apreciación.

En primer lugar, desde sus orígenes ambos tribunales mantienen una impronta tutelar bastante diferente. Cuando la Corte IDH comenzó a funcionar, la mayoría de los países de América Latina tenían democracias muy débiles, incluso varios aún padecían dictaduras, como Perú, Paraguay y Chile. Esto llevó a que, desde sus primeros casos, la Corte tratara principalmente casos de violaciones masivas y sistemáticas a derechos humanos, tales como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, etc. Este contexto se mantuvo durante largo tiempo, lo que obligó a San José a forjar estándares jurisprudenciales, a través de pocas sentencias pero que fijaban obligaciones estatales contundentes<sup>791</sup>. El control de convencionalidad se erigió, años después, en una herramienta muy poderosa para trasladar esos estándares al interior de los Estados, y consolidar el modelo.

En cambio, en la Europa de posguerra, muchos de los sistemas constitucionales estatales se fortalecieron, y los tribunales constitucionales jugaron un papel muy importante en ese proceso. Esto generó que el TEDH se ocupara en fijar estándares mínimos de protección, para que luego fueran replicados por los tribunales constitucionales, más que por imponer sus precedentes. Además, la heterogeneidad política, social, cultural y religiosa que aún persiste entre los Estados nucleados en el Consejo de Europa acota las posibilidades de Estrasburgo para ampliar el alcance de algunos derechos fundamentales<sup>792</sup>. Esto genera que, en la solución de ciertos casos, el TEDH se resguarde en el margen de apreciación nacional y mantenga una posición de deferencia diplomática<sup>793</sup>.

En segundo lugar, algunas características de las sentencias del Tribunal Europeo podrían ser un obstáculo adicional para que los órganos estatales apliquen el control de convencionalidad. Por un lado, el TEDH no suele enfocarse en crear doctrina convencional, sino que tiende más bien a resolver casos concretos. Este extremo dificulta que jueces y tribunales nacionales conozcan cuáles son esos criterios y

---

791. Véase SALVIOLI, F., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2020.

792. GARCÍA ROCA y QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, 2019, p. 709.

793. *Ibidem*, p. 724.

puedan así determinar si se están desviando de la doctrina de Estrasburgo<sup>794</sup>. A esto se suma que sus sentencias provienen tanto de las salas como de la Gran Sala –diferencia de la Corte IDH, que solamente dicta sentencia en pleno– lo que puede generar confusión en los sujetos controlantes a la hora de determinar qué estándares aplicar. Por último, las sentencias se emiten en inglés o francés –idiomas oficiales del Consejo de Europa<sup>795</sup>–, y no se traducen a otros idiomas europeos, algo que sí hace el TJUE con sus sentencias. Este no es un aspecto menor, ya que constituye una barrera lingüística para el acceso directo de los operadores judiciales a la interpretación auténtica del Convenio que hace el TEDH. En cambio, esta dificultad no existe en el sistema interamericano, ya que la Corte IDH emite sus sentencias en español –que, junto al portugués y al inglés, son los idiomas oficiales de la Corte<sup>796</sup>–, en una región donde la gran mayoría de los Estados son de habla hispana, pero están sumamente familiarizados con el resto de las lenguas.

En tercer lugar, otra barrera para la construcción de un control de convencionalidad europeo es la mencionada debilidad que aún tiene el efecto de cosa interpretada de la jurisprudencia de Estrasburgo. A esto se suma un sistema de supervisión de cumplimiento de las sentencias en manos del Comité de ministros que tiene varias dificultades, lo cual entorpece el cumplimiento de los estándares hacia el interior de los Estados, sobre todo en aquellos más renuentes<sup>797</sup>. En cambio, la Corte IDH retiene la facultad de supervisar el cumplimiento de sus sentencias, y no le ha temblado el pulso para ejercerla con dureza, aunque con las limitaciones propias de un tribunal internacional.

Desde una mirada normativa, se apuntan también algunas diferencias entre el Convenio Europeo y la Convención Americana, respecto de aquellas normas que imponen obligaciones generales a los Estados, diferencias que podrían traducirse en una menor protección. Según esta tesisura, las obligaciones de los Estados europeos fijadas en el art. 1 CEDH serían menos intensas que las que se imponen a los Estados americanos por medio de los arts. 1 y 2 CADH<sup>798</sup>. No obstante, a mi modo de ver, estas sutiles diferencias normativas no parecen determinantes en la decisión de un tribunal internacional de implementar un mecanismo como el control de convencionalidad. Si bien es cierto que hay discrepancias entre esos preceptos de la CADH y del CEDH<sup>799</sup>, los argumentos de peso que sugieren la conveniencia de aplicar un mecanismo como el control de convencionalidad no provienen única-

794. Véase FERRERES COMELLA, V., «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo», en CARRILLO, M. y LÓPEZ BOFILL, H. (coords.) *La Constitución europea: actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Madrid, (2006), pp. 55-94, en pp. 64-65.

795. Art. 12, Estatuto del Consejo de Europa, Londres, 5 de mayo de 1949.

796. Art. 22, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

797. CANOSA USERA, *op. cit.*, p. 59.

798. Véase CANOSA USERA, *op. cit.*, p. 60.

799. El art. 1 CEDH dice solamente que los Estados parte «reconocen a toda persona bajo su jurisdicción» los derechos del Convenio, mientras que la CADH va más allá y prevé, en su

mente de la letra de los tratados. Más bien, lo que late en el corazón del control de convencionalidad es el fundamento mismo del orden internacional, una derivación lógica entre las obligaciones emanadas de las normas y principios del derecho internacional dirigidas a los Estados, por una parte, y el derecho nacional por la otra, entendido éste como la manifestación interna de un orden jurídico que debe ser coherente con las aspiraciones exteriores del Estado.

Por último, en el ámbito del Consejo de Europa sólo está en juego la aplicación más o menos convergente de las normas internacionales de derechos humanos, pero la uniformidad a la hora de interpretar y aplicar esas normas no resulta un imperativo del sistema. Por eso, al aplicar la doctrina del margen de apreciación, el TEDH «acepta que, allí donde no existe consenso suficiente, convivan respuestas interpretativas diversas en los distintos Estados acerca del alcance y grado de protección de los derechos fundamentales»<sup>800</sup>. En este sentido, Ferrer Mac-Gregor y Queralt Jiménez dicen que «el Sistema Europeo pretende que el estándar interno sea compatible con el europeo, no idéntico, ni siquiera conforme, puesto que la conformidad entraña un escrutinio de adecuación más estricto que no puede permitirse en un sistema subsidiario en el que los Estados parte gozan de margen de apreciación en la elección de los medios para cumplir sus obligaciones convencionales»<sup>801</sup>.

En definitiva, el TEDH todavía no implementa el control de convencionalidad como una obligación de los Estados parte del CEDH y que les imponga realizar un examen de compatibilidad entre su derecho interno y la doctrina convencional de Estrasburgo. Sin embargo, algunas reformas normativas, así como la implementación de nuevos instrumentos internacionales en el ámbito del Consejo de Europa muestran un tímido cambio hacia una tutela más objetiva, con un rol más protagónico de los jueces, juezas y tribunales nacionales. A mi juicio, en este proceso será imprescindible para el TEDH observar el largo camino recorrido por la Corte IDH respecto del control de convencionalidad, para nutrirse con sus aciertos, pero también para aprender de sus errores. Y evaluar así los beneficios de contar con una herramienta jurídica que ha sido fundamental para mejorar la realidad política, social, económica y jurídica de América Latina.

#### **4. CONCLUSIONES**

El control de convencionalidad es un mecanismo de derecho interno que obliga a los órganos del Estado a realizar un examen de compatibilidad de ciertos actos jurídicos internos –leyes y otras normas, actos administrativos o decisiones judiciales– a la luz de los instrumentos y estándares de derecho internacional, cuyos efectos pueden variar entre la inaplicación, la interpretación conforme o la nulidad del

---

art. 2, la obligación de adoptar todas las disposiciones de derecho interno necesarias para cumplir con los derechos humanos previstos en la Convención.

800. FERRERES COMELLA, *op. cit.*, p. 67.

801. FERRER MAC-GREGOR y QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 149.

acto –de acuerdo con la naturaleza del caso concreto y a la competencia del órgano decisor–, con el fin de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos.

El control de convencionalidad nació, se desarrolló y adquirió la potencia jurídica que tiene en la actualidad gracias a la Corte IDH y a la implementación por parte de los Estados latinoamericanos. A través de dos décadas de jurisprudencia, la Corte IDH ha dado forma a este instrumento, permitiéndole llevar el cumplimiento de su doctrina convencional a casi todos los rincones del sistema interamericano. Por su parte, los Estados han colaborado intensamente con la tarea de la Corte, ya que han abrazado el mecanismo y aceptado todas sus consecuencias. Así pues, el control de convencionalidad ha sido y es un instrumento fundamental para la protección de los derechos humanos en América Latina.

En el sistema europeo la situación es muy diferente. La tarea jurisdiccional del TEDH tradicionalmente se ha caracterizado por la tutela subjetiva –esto es, otorgar una solución jurídica caso por caso– y no por la tutela objetiva, es decir, por forjar una doctrina convencional que luego los Estados deban implementar a través de sus órganos internos. En el sistema del TEDH, el efecto de cosa interpretada no tiene el mismo impacto que en el sistema interamericano. Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que el carácter vinculante de toda la jurisprudencia del TEDH debería ser igual al que le asignan tanto la Corte IDH como la mayoría de los Estados latinoamericanos. Y es que tanto la naturaleza jurídica del Convenio Europeo como la del propio tribunal imponen ese camino. Por el contrario, el argumento formal de que la doctrina convencional de Estrasburgo no es obligatoria para los Estados, basado en el contenido literal de ciertas normas del CEDH, carece ya de sustento.

Asimismo, algunas reformas introducidas en el sistema europeo durante la última década sugieren un cambio de rumbo en la protección de los derechos humanos, hacia un mayor peso de la tutela objetiva. Hemos visto que estos cambios se dirigen en dos sentidos complementarios: por un lado, hacia una lenta transformación del TEDH en una suerte de tribunal constitucional europeo; por otro, en una pérdida de su protagonismo y en una mayor relevancia de los tribunales nacionales europeos. Así, tanto el procedimiento de las sentencias piloto como las opiniones consultivas del Protocolo 16 en el futuro podrían significar un cambio rotundo en el sistema. Sin embargo, por ahora no tienen la fuerza y el apoyo necesarios para lograrlo.

Por último, a diferencia de lo que ocurre en América, en Europa prevalece el pluralismo jurídico y no la imposición del efecto de cosa interpretada por medio de una lógica kelseniana. En otras palabras, el fundamento de la obligación de los Estados europeos de cumplir con la doctrina de Estrasburgo no se basa en la jerarquía normativa que el derecho internacional tiene sobre el derecho interno –argumento predominante en el sistema interamericano–, sino en la búsqueda del resultado más beneficioso para la protección de los derechos humanos. Este debería ser un aprendizaje interesante para el sistema interamericano, lejos de posiciones extremas que demonizan el margen de apreciación y que endiosan el control de convencionalidad. Las posiciones extremas no suelen lograr resultados provechosos que

se mantengan en el tiempo, aun cuando en algún momento hayan sido útiles para romper la inercia de los Estados en el respeto y garantía de los derechos humanos.

En conclusión, y más allá de las diferencias entre ambos sistemas, el control de convencionalidad puede pensarse también desde el punto de vista de su rendimiento como mecanismo de protección de los derechos humanos. Reflexionar sobre el impacto concreto que el control de convencionalidad puede generar en Europa como herramienta de transformación de la realidad, incluso cuando ese impacto sea distinto al del sistema interamericano. Aun así, el futuro de la defensa y garantía de los derechos humanos, sin distinción de fronteras, ciertamente lo amerita.

## TÍTULO II

# A dimensão processual / La dimensión procesal



## *Capítulo 11*

# Condiciones de admisibilidad de la petición en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

MARIO LÓPEZ GARELLI<sup>802</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. CUESTIONES PREVIAS. 3.1. *Momento procesal en que se verifican los requisitos de admisibilidad.* 3.2. *Representación ante la CIDH.* 3.3. Falta de respuesta del Estado. 4. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD. 4.1. *Competencia.* 4.1.1. Competencia *ratione personae.* 4.1.2. Competencia *ratione loci.* 4.1.3. Competencia *ratione temporis.* 4.1.4. Competencia *ratione materiae.* 4.2. *Duplicación, litispendencia y cosa juzgada internacional.* 4.3. Agotamiento de los recursos internos. 4.3.1. Regla general. 4.3.2. Excepciones. 4.4. *Plazo de presentación.* 4.5. *Caracterización.* 5. COMENTARIO FINAL.

### 1. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos («SIDH») fue creado en abril de 1948 en Bogotá, Colombia, junto con la propia Organización de los Estados Americanos («OEA»). En el mismo momento en que los Estados de la región adoptaron la Carta de la OEA, también aprobaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, primer instrumento de derechos humanos de carácter general. La Declaración Americana no contenía mecanismos para hacer efectivos los derechos en ella reconocidos, por lo cual el siguiente gran hito histórico del SIDH se dio en 1959 con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA. La misión inicial que los Estados miembros dieron a la Comisión Interamericana fue la de promover la observancia de los derechos humanos; como no tenía funciones

802. Abogado, Especialista Principal en Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Paraguay y Estados Unidos). Las opiniones aquí expresadas constituyen el punto de vista del autor y no reflejan necesariamente la posición oficial de la CIDH ni de la OEA.

ni atribuciones más específicas, se suele afirmar que desde sus mismos inicios la historia de este órgano es la del desarrollo de su mandato.

Las actividades de la CIDH en los primeros años de funcionamiento se concentraron principalmente en la observación de la situación general de los derechos humanos en los Estados de la región, en particular mediante la realización de visitas de observación *in loco*. Desde luego que en cumplimiento de esas delicadas funciones –que hoy conocemos como monitoreo– la Comisión Interamericana recibió una gran cantidad de denuncias o peticiones individuales en que se imputaba responsabilidad estatal por violaciones de derechos individuales. Estas actividades se desarrollaron inicialmente como interpretación del mandato definido en términos más generales, hasta que en 1965 los Estados miembros de la OEA aprobaron el Estatuto de la Comisión Interamericana, con lo que le otorgaron de manera expresa la facultad de tramitar tales denuncias. Así se originó el sistema de peticiones y casos individuales como se lo conoce hoy en día, y que tuvo igualmente momentos importantes de consolidación, tales como la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969 que creó el otro órgano del SIDH: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En ejercicio de su mandato, la CIDH está facultada para estudiar peticiones en las que se alega que alguno de los Estados Miembros de la OEA es responsable por una violación de derechos humanos. La responsabilidad puede configurarse directamente por la actuación de sus agentes; o de manera indirecta, cuando hubiera faltado a su deber de prevenir los actos violatorios, o de efectuar un adecuado seguimiento luego de cometidos. Esta obligación incluye la investigación completa y sanción de todos los responsables, así como la reparación correspondiente a las víctimas o sus familiares.

La obligación de respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio es asumida de manera soberana por los Estados, que deben cumplirla por medio de todas las instituciones a su cargo. El SIDH tiene carácter complementario, subsidiario y coadyuvante, y solamente se activa una vez que el Estado ha tenido la oportunidad de solucionar el asunto mediante la intervención de sus propias autoridades. Por tal motivo, en las peticiones presentadas a la Comisión Interamericana debe acreditarse que se han agotado los recursos disponibles en la jurisdicción interna a fin de remediar la situación denunciada. En caso contrario, se debe demostrar que la presunta víctima los interpuso, pero que no han sido efectivos por alguna de las siguientes razones: los recursos no se desarrollaron bajo las garantías del debido proceso; el acceso efectivo a tales recursos fue denegado; o hay un retardo injustificado en la correspondiente decisión.

La petición debe ser presentada a la CIDH dentro del plazo de 6 meses posteriores a la fecha de notificación de la decisión definitiva de los recursos de la jurisdicción interna. Si no hubiera agotamiento, pero resultara aplicable alguna de las excepciones señaladas, la petición debe ser presentada dentro de un plazo razonable después de haber ocurrido los hechos. Asimismo, debe cumplir con otros requisitos

mínimos de forma que se hallan en la Convención Americana y en el Reglamento de la Comisión Interamericana.

Las peticiones que cumplen, en principio, con los requisitos establecidos en la Convención Americana, se trasladan al Estado en cuestión con una solicitud de información. La decisión de iniciar el trámite de una petición no implica prejuzgar acerca de la eventual decisión de la CIDH sobre la admisibilidad o el fondo. Conforme a su Reglamento, el procedimiento de admisibilidad se inicia con dicha solicitud al Estado, y culmina con la decisión prevista en el artículo 36 del mismo instrumento. En ese momento se asigna un número de caso y se inicia el procedimiento sobre el fondo de la cuestión.

Si la Comisión Interamericana decide que una petición es inadmisible, así lo declara en un informe que se publica de manera separada, y luego en el informe anual de la CIDH. También puede realizar su propia investigación respecto a una petición o caso, ya sea mediante una visita *in loco*, o mediante un requerimiento de información adicional específica a las partes. Puede igualmente celebrar audiencias con el fin de recibir argumentos sobre los hechos y el derecho. Conforme al artículo 40 de su Reglamento, la Comisión Interamericana se pone en todos los casos a disposición de las partes para intentar la solución amistosa del asunto como etapa necesaria antes del pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

## 2. ANTECEDENTES

La práctica de la CIDH hasta mediados de la década de los 90 consistía en pronunciarse sobre la admisibilidad de una petición junto con el informe sobre el fondo, como una sección dentro de dicho documento. Con posterioridad, la Comisión Interamericana empezó a determinar la admisibilidad de las denuncias en un informe separado, previo a la decisión prevista en el artículo 50 de la Convención Americana. La intención consistía en aclarar el procedimiento ante la CIDH y contribuir a aumentar la seguridad jurídica, además de aumentar la precisión de los argumentos y permitir el mejor aprovechamiento de cada una de las etapas<sup>803</sup>.

El Reglamento de la Comisión Interamericana vigente desde 1980 fue objeto de un profundo proceso de reforma entre 1999 y 2000, con el objeto central de fortalecer el sistema de peticiones y casos individuales. Para tal efecto se instituyó de manera formal la adopción de informes separados de admisibilidad como la regla; y como

---

803. La Comisión Interamericana explicó que la adopción de informes separados de admisibilidad «produce mayor claridad y seguridad jurídica en sus procedimientos, y despeja el camino para acercar a las partes a un proceso de solución amistosa». CIDH, Caso No. 11.520 – Tomás Porfirio Rondín y otros («Masacre de Aguas Blancas, Guerrero»), 18 de febrero de 1998, párr. 50. En otra decisión de esa época la CIDH determinó que «el pronunciamiento de la Comisión sobre la admisibilidad de las denuncias que se ventilan ante ella tiene como propósito lograr mayor seguridad y certeza jurídicas, además de enfocar a las partes en las cuestiones centrales de cada caso». Informe 34/98, Caso No. 11.610 – Loren Riebe y otros, México, 5 de mayo de 1998, párr. 17.

excepción, la decisión de unir esta etapa con la de fondo. Vinculado a lo anterior, se estableció la obligatoriedad de ponerse a disposición de las partes antes de la decisión de fondo para negociar una solución amistosa, lo que en la práctica se incorporó a la comunicación con la que se transmitía el informe de admisibilidad. El sentido de este cambio fue facilitar a las partes la negociación de soluciones amistosas, ya que la declaración de admisibilidad les permitía conocer el objeto de la decisión de fondo, y por lo tanto contar con elementos más claros para decidir si ingresaban a la negociación.

La progresión del trabajo de admisibilidad puede verse claramente en las cifras: en 1995 la Comisión Interamericana aprobó 3 informes de admisibilidad; en 1998 el total fue de 36 informes; y durante 2021 se logró la cifra histórica de 264 informes de admisibilidad. Ciertamente, este aumento de decisiones de admisibilidad se tradujo en el fortalecimiento del sistema de peticiones, y como consecuencia, mayor acceso a la justicia interamericana para un número cada vez más amplio de presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos. Igualmente significó una especialización de la jurisprudencia sobre la materia, y un impulso notable a los procedimientos de solución amistosa.

En marzo de 2020 la CIDH decidió publicar un compendio sistematizado de la amplia jurisprudencia en materia de revisión de requisitos de admisibilidad, en un documento de gran utilidad no solo para dicha etapa sino también para la de estudio inicial, en que se revisan los mismos elementos<sup>804</sup>. El objeto de la publicación del Digesto fue contribuir al fortalecimiento de la consistencia de las decisiones adoptadas por la Comisión Interamericana, y a la vez ofrecer una valiosa herramienta a las personas usuarias del SIDH. El Digesto contiene un análisis detallado de las decisiones de admisibilidad de la CIDH de los últimos veinte años, con énfasis en las adoptadas en los dos años previos a su publicación, y forma parte del Plan Estratégico 2017-2021 de la Comisión Interamericana, en particular del Programa Especial de Reducción del Atraso Procesal (OE1/P1). Este documento expone los principales aspectos jurídicos tomados en cuenta al revisar los requisitos de admisibilidad y competencia de las peticiones presentadas a la CIDH.

### **3. CUESTIONES PREVIAS**

#### **3.1. MOMENTO PROCESAL EN QUE SE VERIFICAN LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD**

El artículo 30.6 del Reglamento de la CIDH establece que «las consideraciones y cuestionamientos a la admisibilidad de la petición deberán ser presentadas desde el momento de la transmisión de las partes pertinentes de ésta al Estado y antes de que la Comisión adopte su decisión sobre admisibilidad». La Comisión Interamericana ha establecido de manera reiterada que el análisis sobre los requisitos previstos en

---

804. CIDH, Digesto de decisiones sobre admisibilidad y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.175 Doc. 20, 4 marzo 2020.

los artículos 46 y 47 de la Convención Americana debe hacerse en consideración de la situación vigente al momento en que se pronuncia sobre la admisibilidad, ya que es frecuente que se produzcan modificaciones en el agotamiento de los recursos internos durante el trámite<sup>805</sup>.

### 3.2. REPRESENTACIÓN ANTE LA CIDH

El acceso al SIDH tiene un carácter muy amplio, como se observa de los términos del artículo 44 de la Convención Americana que se refiere a «cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización» como facultadas para presentar peticiones sobre violación de derechos humanos por un Estado parte en dicho tratado. El SIDH establece una distinción entre el peticionario y la víctima; sin embargo, no exige que haya un vínculo entre la víctima y la organización no gubernamental, grupo de personas o individuo que presente la petición, por lo que la legitimación activa se caracteriza por su amplitud y flexibilidad. Tampoco se requiere el consentimiento de la presunta víctima<sup>806</sup> ni el otorgamiento de un poder o autorización legal<sup>807</sup>.

### 3.3. FALTA DE RESPUESTA DEL ESTADO

Durante las primeras décadas de funcionamiento de la Comisión Interamericana, la prevalencia de dictaduras militares en los Estados miembros de la OEA resultaba en la falta absoluta de colaboración con el SIDH, en particular el silencio ante las solicitudes de información en el sistema de peticiones y casos. Por tal motivo, se estableció en el Reglamento de la época la llamada presunción de veracidad, que se aplicaba en determinadas circunstancias ante la ausencia de respuesta del Estado. Aunque ha cambiado la realidad del continente, sigue siendo necesario mantener dicha posibilidad a fin de hacer efectiva la justicia interamericana, por lo que el artículo 38 del Reglamento vigente permite presumir como verdaderos los hechos alegados en la petición dentro del plazo previsto al efecto, «siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria».

Cabe mencionar asimismo la Resolución 1/16 aprobada por la CIDH el 18 de octubre de 2016 en la que se establece la aplicación del artículo 36.3 de su Reglamento –que permite diferir la decisión de admisibilidad a la etapa de fondo– cuando no hubiera respuesta del Estado concernido en la etapa de admisibilidad<sup>808</sup>.

- 805. CIDH, Informe No. 35/16, Petición 4480-02. Admisibilidad. Carlos Manuel Veraza Urtuzáategui. México. 29 de julio de 2016, párr. 33.
- 806. CIDH, Informe No. 5/96, Petición 10.970. Admisibilidad. Fernando y Raquel Mejía. Perú. 1 de marzo de 1996, págs. 3/8 y 4/8.
- 807. CIDH, Informe No. 71/16, Petición 765-09. Admisibilidad. Comunidad Q'ooq'ob del Municipio de Santa María Nebaj. Guatemala. 6 de diciembre de 2016, párr. 23.
- 808. CIDH, Resolución 1/16, Sobre medidas para reducir el atraso procesal, 18 de octubre de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-16-es.pdf>

## 4. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

### 4.1. COMPETENCIA

#### 4.1.1. Competencia *ratione personae*

Conforme al artículo 1.2 de la Convención Americana, «persona es todo ser humano»; el elemento de legitimación activa es el primero que la Comisión Interamericana IDH analiza para determinar su competencia. Al interpretar el artículo 44 de la Convención Americana, la CIDH ha establecido que la admisión de una petición requiere que alude a presuntas víctimas «concretas, individualizadas y determinadas» o que se refiera a un grupo de presuntas víctimas «específico y definido compuesto de individuos determinables»<sup>809</sup>. También ha reconocido situaciones en que no es posible identificar a cada presunta víctima por su nombre, siempre que sean individualizables de acuerdo con criterios específicos<sup>810</sup>, y ha diferido tal determinación a la etapa de fondo, con base en la prueba aportada por las partes<sup>811</sup>.

En tal sentido, las comunidades indígenas han sido consideradas como grupos determinables, específicamente en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre medidas provisionales<sup>812</sup>. Por su parte, la CIDH ha tomado en cuenta características geográficas, territoriales, demográficas, culturales y de organización política para establecer su competencia *ratione personae* respecto a comunidades indígenas<sup>813</sup>.

- 
- 809. CIDH, Informe No. 57/08, Petición 283-06. Inadmisibilidad. Mario Roberto Chang Bravo. Guatemala. 24 de julio de 2008, párr. 38.
  - 810. CIDH, Informe No. 64/15, Petición 633-04. Admisibilidad. Pueblos Mayas y miembros de las comunidades de Cristo Rey, Belluet Tree, San Ignacio, Santa Elena y Santa Familia. Belice. 27 de octubre de 2015, párr. 27.
  - 811. CIDH, Informe No. 61/16, Petición 12.325. Admisibilidad. Comunidad de Paz San José de Apartadó. Colombia. 6 de diciembre de 2016, párr. 62.
  - 812. A este respecto véase, por ejemplo, Corte IDH. Asunto Pobladores de las Comunidades del Pueblo Indígena Miskitu de la Región Costa Caribe Norte respecto de Nicaragua. Solicitud de medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2016, párr. 15; Corte IDH. Caso Pueblo Indígena de Sarayaku. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de julio de 2004, párrafo 9; Corte IDH. Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de marzo de 2003, considerando noveno; Corte IDH: Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2002, considerando octavo; Corte IDH. Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución de 24 de noviembre de 2000, considerando séptimo.
  - 813. A este respecto véase por ejemplo CIDH, Informe No. 48/15, Petición 79-06. Admisibilidad. Pueblo Yaqui. México. 28 de julio de 2015, párr. 44; CIDH, Informe No. 33/15, Petición 11.754. Admisibilidad. Pueblo U'wa. Colombia. 22 de julio de 2015, párr. 28; CIDH, Informe No. 63/10, Petición 1119-03. Admisibilidad. Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros. Honduras. 24 de marzo de 2010, párr. 32; CIDH, Informe No 141/09, Petición 415-07. Admisibilidad. Comunidades Agrícola Diaguita de los Huascoaltinos y sus miembros. Chile. 30 de diciembre de 2009, párr. 28; CIDH, Informe No. 75/09, Petición 286-08. Admisibilidad. Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros en el Valle del Río Changuinola. Panamá.

En cuanto a las peticiones en que se alegan violaciones en perjuicio de personas jurídicas, los órganos del SIDH han establecido ciertos parámetros, como por ejemplo que la vulneración de derechos debe ser en definitiva en perjuicio de una persona humana; que los recursos internos deben ser agotados para la protección de personas humanas como presuntas víctimas; y que ciertas personas jurídicas, tales como medios de comunicación, sindicatos o partidos políticos, pueden ser plataformas indispensables para el ejercicio de derechos de personas concretas, lo que debe ser una consideración fundamental en el análisis de la petición respectiva<sup>814</sup>.

#### **4.1.2. Competencia *ratione loci***

El segundo componente de la competencia se refiere al lugar en que se habrían producido las violaciones que se plantean en la petición. El artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que los Estados parte «se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción». La Comisión Interamericana ha determinado que tiene competencia *ratione loci* respecto de un Estado por hechos ocurridos en el territorio de otro cuando las presuntas víctimas han estado sometidas a la autoridad y control de los agentes de aquel ya que, de lo contrario, se configuraría un vacío jurídico en la protección de los derechos humanos<sup>815</sup>. Asimismo, la CIDH ha sostenido que, en determinadas circunstancias, el deber del Estado de proteger los derechos de las personas puede referirse a conductas de actos de sus agentes en el extranjero. En tales casos, debe determinarse si la presunta víctima se encontraba sujeta a la autoridad y control del Estado actuante<sup>816</sup>.

#### **4.1.3. Competencia *ratione temporis***

La petición debe analizarse también para verificar si los hechos denunciados habrían ocurrido durante la vigencia de la Convención Americana del tratado para el Estado en cuestión; o si se hubieran iniciado con anterioridad a la entrada en vigor, pero su ejecución fue continuada.

---

5 de agosto de 2009, párr. 26; CIDH, Informe No. 58/09, Petición 12.354. Admisibilidad. Pueblo Indígena Kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros. Panamá. 21 de abril de 2009, párr. 26; y CIDH, Informe No. 62/04, Petición 167-03. Admisibilidad. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros. Ecuador. 13 de octubre de 2004, párr. 47.

- 814. En su Opinión Consultiva 22 de 26 de febrero de 2016 la Corte Interamericana se refirió extensamente a este tema. Es importante destacar, además del texto de la propia opinión, las observaciones presentadas por la CIDH, (resumen disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen\\_observaciones\\_seriea\\_22\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_observaciones_seriea_22_esp.pdf)).
- 815. CIDH, Informe No. 153/11, Petición 189-03. Admisibilidad. Danny Honorio Bastidas Meneses y otros. Ecuador. 2 de noviembre de 2011, párr. 21.
- 816. CIDH, Informe No. 21/16, Petición 419-08. Admisibilidad. Khaled El-Masri. Estados Unidos. 15 de abril de 2016, párr. 24. Véase también: CIDH, Informe No. 17/12, Admisibilidad. Djamel Ameziane. Estados Unidos. 20 de marzo de 2012, párrs. 29-35.

Ante hechos que habrían ocurrido antes de 1965, en que el Estatuto de la Comisión Interamericana estableció la autorización para tramitar peticiones individuales, dicho órgano ha entendido que carece de competencia *ratione temporis*<sup>817</sup>. La CIDH también ha analizado su competencia en razón del tiempo en asuntos que plantean hechos ocurridos con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana, a los que aplica la Declaración Americana; y a partir de la fecha de ratificación, aplica aquel tratado<sup>818</sup>.

#### 4.1.4. Competencia *ratione materiae*

El cuarto componente de la competencia de la CIDH es el que se refiere a la materia de la petición, es decir si se refiere a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o algún otro tratado interamericano de derechos humanos que le otorgue tal facultad. La Comisión Interamericana ha establecido en reiteradas oportunidades que, una vez que la Convención Americana entra en vigor en relación con un Estado, pasa a ser la fuente primaria de derecho aplicable «siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua»<sup>819</sup>. Por otra parte, ha manifestado que carece de competencia *ratione materiae* para pronunciarse sobre violaciones de derechos contenidos en tratados fuera del SIDH, sin perjuicio recurrir a ellos para interpretar las normas de la Convención Americana<sup>820</sup>.

### 4.2. DUPLICACIÓN, LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA INTERNACIONAL

El artículo 46.1(c) de la Convención Americana impone como requisito de admisibilidad «que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional»; en concordancia, el artículo 47(d) establece que debe declararse inadmisible toda petición que «sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional». El artículo 33.2 del Reglamento expresa que dicha regla no se aplica si el procedimiento seguido ante el otro organismo se limitara a un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión y no hubiera una decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión

817. CIDH, Informe No. 48/15, Petición 79-06. Admisibilidad. Pueblo Yaqui. México. 28 de julio de 2015, párr. 45.

818. CIDH, Informe No. 66/16, Petición 824-12. Admisibilidad. Tamara Mariana Adrián Hernández. Venezuela. 6 de diciembre de 2016, párr. 28.

819. CIDH, Informe No. 180/18. Petición 1616-07. Admisibilidad. A. G. A. y familiares. Colombia. 26 de diciembre de 2018, párr. 17.

820. CIDH, Informe No. 26/17, Petición 1208-08. Admisibilidad. William Olaya Moreno y familia. Colombia. 18 de marzo de 2017, párr. 9.

Interamericana, o no conduzca a su arreglo efectivo; o si el peticionario ante la CIDH fuera la presunta víctima o su familiar, y el peticionario ante el otro organismo fuera una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros.

La Comisión Interamericana ha determinado que para que se produzca la duplicación o cosa juzgada internacional –además de identidad de sujetos, objeto y pretensión– se requiere que la petición esté siendo considerada, o haya sido decidida, por un organismo internacional con competencia para adoptar decisiones sobre los hechos específicos contenidos en la petición, y medidas tendientes a la efectiva resolución de la correspondiente disputa<sup>821</sup>.

Por otra parte, la CIDH ha precisado que el planteamiento de una situación individual como parte de un informe general no constituye impedimento alguno para analizar una petición, ya que la tramitación de un caso con arreglo al procedimiento de esta es más estructurada que la preparación de un informe general, que cumple un papel informativo y no adjudicatorio. La Comisión Interamericana ha entendido que tal limitación implicaría excluir de sus informes generales la consideración de importantes aspectos de la situación de derechos humanos en un Estado<sup>822</sup>.

#### 4.3. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

##### 4.3.1. Regla general

El requisito de agotamiento previo de los recursos internos tiene como objeto permitir que las autoridades nacionales conozcan sobre la supuesta violación de un derecho protegido y, en su caso, solucionen el asunto antes de que sea conocido por una instancia internacional<sup>823</sup>. Como se ha mencionado, forma parte del carácter subsidiario, complementario y coadyuvante del SIDH. Conforme a los principios del derecho internacional y los precedentes de CIDH y la Corte IDH, el Estado puede renunciar en forma expresa o tácita a interponer la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos<sup>824</sup>.

El artículo 46.1(a) de la Convención Americana establece que deben activarse primero los recursos normalmente disponibles e idóneos en el ordenamiento jurídico

---

821. CIDH, Informe No. 67/15, Petición 211-07. Admisibilidad. Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile y otros. México. 27 de octubre de 2015, párr. 34.

822. CIDH, Informe No. 5/97, Petición 11.227. Admisibilidad. Unión Patriótica Nacional. Colombia. 12 de marzo de 1997, párrs. 69, 72 y 74.

823. CIDH, Informe No. 82/17, Petición 1067-07. Admisibilidad. Rosa Ángela Martino y María Cristina González. Argentina. 7 de julio de 2017, párr. 12.

824. CIDH, Informe No. 171/10, Petición 578-03. Admisibilidad. Miguel Ángel Millar Silva y otros. Chile. 1 de noviembre de 2010, párr. 28. En tal sentido, la Comisión Interamericana ha resuelto aplicar el artículo 36.3 de su Reglamento y diferir la decisión de admisibilidad a la etapa de fondo cuando el Estado hubiera indicado que no tiene objeción a la admisibilidad. CIDH, Resolución 1/16, Sobre medidas para reducir el atraso procesal, 18 de octubre de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-16-es.pdf>

interno, que deben ser accesibles y eficaces para restituir la situación denunciada<sup>825</sup>. La Comisión Interamericana ha establecido que los recursos internos deben agotarse de conformidad con la legislación procesal interna, y por lo tanto no considera debidamente cumplido el requisito si aquellos fueron rechazados con fundamentos procesales razonables y no arbitrarios<sup>826</sup>. Ha determinado igualmente que debe tratarse de recursos judiciales<sup>827</sup>.

#### 4.3.2. Excepciones

La regla del agotamiento previo de los recursos internos no puede convertirse en un obstáculo insalvable que impida a las presuntas víctimas el acceso al SIDH. La Corte Interamericana ha explicado que el artículo 46.2 de la Convención Americana establece las correspondientes excepciones, pues dicha regla no debe conducir a que la actuación internacional «se detenga o demore hasta la inutilidad en auxilio de la víctima indefensa»<sup>828</sup>.

La Comisión Interamericana ha establecido de manera consistente que las disposiciones relativas a las excepciones al agotamiento, por su naturaleza y objeto, son normas con contenido autónomo respecto a las normas sustantivas de la Convención Americana. Por lo tanto, la determinación sobre la aplicabilidad de las excepciones al agotamiento debe llevarse a cabo de manera previa y separada del análisis del fondo del asunto, ya que depende de un estándar de apreciación distinto del utilizado para determinar la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de dicho tratado<sup>829</sup>.

##### *Falta de debido proceso legal en la legislación interna*

La primera excepción prevista en el artículo 46.2 de la Convención Americana se refiere a la ausencia de debido proceso legal para la protección del derecho cuya violación se alega. Un ejemplo abordado por la CIDH se refería al texto de una norma específica que disponía expresamente la improcedencia de recursos judiciales ante a una situación violatoria de derechos humanos, en cuyo caso el órgano consideró irrazonable exigir al peticionario que interpusiera algún recurso ordinario o extraordinario, en contra del texto legal expreso<sup>830</sup>. En otro asunto en que los tribunales hallaron que no podría recurrirse la sentencia que impuso una sanción disciplinaria

825. CIDH, Informe No. 16/18, Petición 884-07. Admisibilidad. Victoria Piedad Palacios Tejada De Saavedra. Perú. 24 de febrero de 2018, párr. 12.

826. CIDH, Informe No. 90/03, Petición 0581/1999. Inadmisibilidad. Gustavo Trujillo González. Perú. 22 de octubre de 2003, párr. 32.

827. CIDH, Informe No. 150/17, Petición 123-08. Inadmisibilidad. Hernando de Jesús Ramírez Rodas. Colombia. 26 de octubre de 2017, párr. 10.

828. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párr. 93.

829. CIDH, Informe No. 71/17, Petición 271-07. Admisibilidad. Jorge Luis de la Rosa Mejía y otros. Colombia. 29 de junio de 2017, párr. 51.

830. CIDH, Informe No. 77/14, Petición 140-05. Admisibilidad. Inés Yadira Cubero González. Honduras. 15 de agosto de 2014, párrs. 26 y 27.

impuesta a la presunta víctima, la Comisión Interamericana igualmente aplicó la excepción referida a la falta de debido proceso legal<sup>831</sup>. Puede citarse asimismo el supuesto de una disposición legal que impedía solicitar la cesación de la detención preventiva por delitos cometidos contra la seguridad del Estado<sup>832</sup>.

#### *Impedimento de agotar los recursos internos*

La Convención Americana también contempla la excepción al agotamiento de recursos internos cuando no se hubiera permitido a la presunta víctima acceder a los recursos de la jurisdicción interna, o hubiera sido impedida de agotarlos. Este impedimento puede referirse a decisiones ejecutadas en circunstancias que hacen imposible acceder a un remedio judicial, como por ejemplo en ciertos supuestos de deportación<sup>833</sup>. La CIDH ha aplicado igualmente esta excepción en un asunto en que se alegaba la conducta discriminatoria e intimidatoria de autoridades que se negaron a recibir una denuncia debido a la identidad de género de la presunta víctima<sup>834</sup>. Cabe referirse asimismo a la situación de personas incomunicadas durante su privación de libertad, situación en la que sus familiares o abogados no tienen la posibilidad real de interponer recursos durante los primeros días de la detención<sup>835</sup>. Otro impedimento que puede fundamentar la aplicación de esta excepción, en determinadas circunstancias, es el referente a los costos de la justicia<sup>836</sup>.

#### *Retardo injustificado en la decisión de los recursos*

La tercera excepción contemplada por la Convención Americana se refiere a asuntos en que se determine que hay un retardo injustificado en la decisión sobre los recursos internos planteados a favor de la presunta víctima. El período a partir del cual se considera excesiva la duración de un proceso no está determinado en dicho tratado ni en el Reglamento de la CIDH, por lo que esta lo ha establecido caso por caso en sus decisiones sobre admisibilidad<sup>837</sup>.

La evaluación de la demora en la resolución de los recursos internos debe tener en cuenta la finalidad de la acción judicial<sup>838</sup>; cuando se trata de investigaciones

- 
- 831. CIDH, Informe No. 69/17, Petición 570-08. Admisibilidad. Héctor Marcelino Flores Jiménez. México. 25 de mayo de 2017, párr. 5.
  - 832. CIDH, Informe No. 6/18, Petición 1172-09. Admisibilidad. Mario Francisco Tadic Astorga y otros. Bolivia. 24 de febrero de 2018, párr. 45.
  - 833. CIDH, Informe No. 146/17, Petición 296-07. Admisibilidad. Orosmán Marcelino Cabrera Barnés. México. 26 de octubre de 2017, párrs. 10 y 11.
  - 834. CIDH, Informe No. 73/16, Petición 2191-12. Admisibilidad. Alexa Rodríguez. El Salvador. 6 de diciembre de 2016, párr. 7.
  - 835. CIDH, Informe No. 148/11, Petición 12.268. Admisibilidad. Gonzalo Orlando Cortéz Espinoza. Ecuador. 1 de noviembre de 2011 párr. 45.
  - 836. CIDH, Informe No. 125/17, Petición 1477-08. Admisibilidad. Henry Torres y otros. Colombia. 7 de septiembre de 2017, párr. 10.
  - 837. CIDH, Informe No. 14/08, Petición 652-04. Admisibilidad. Hugo Humberto Ruiz Fuentes. Guatemala. 5 de marzo de 2008, párr. 68.
  - 838. CIDH, Informe No. 17/06, Petición 531-01. Admisibilidad. Sebastián Claus Furlan y Familia. Argentina. 2 de marzo de 2006, párr. 38.

penales corresponde considerar varios factores, como el tiempo transcurrido desde que se cometió el delito, si la investigación ha pasado de la etapa preliminar, las medidas adoptadas por las autoridades, y la complejidad del asunto<sup>839</sup>. La Comisión Interamericana ha encontrado que la falta de impulso del proceso por las autoridades en delitos perseguibles de oficio tales como el homicidio pueden resultar en la aplicación de la excepción de retardo injustificado<sup>840</sup>.

#### 4.4. PLAZO DE PRESENTACIÓN

La Convención Americana exige igualmente que las peticiones sean presentadas dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que la presunta víctima hubiera sido notificada de la decisión definitiva que agotó los recursos internos. Este requisito se funda en el principio de certeza jurídica, que es también la base de la verificación del plazo razonable cuando se aplican las excepciones al agotamiento de los recursos internos<sup>841</sup>. La Comisión Interamericana ha considerado que la verificación del plazo de presentación le corresponde de oficio; por su parte, la Corte IDH ha establecido que el momento oportuno para que el Estado cuestione su incumplimiento requisito es durante el trámite de la petición ante la CIDH<sup>842</sup>.

En cuanto al momento de presentación, la Comisión Interamericana ha mantenido cierta flexibilidad respecto a las peticiones remitidas por correo postal<sup>843</sup>, e incluso ha tomado en cuenta la fecha de interposición en otras dependencias de la OEA<sup>844</sup>.

El artículo 32.2 del Reglamento dispone que cuando resultara aplicable alguna de las excepciones al previo agotamiento de los recursos internos, la petición debe presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión Interamericana, que considerará al efecto la fecha de la presunta violación y las circunstancias de cada caso. La CIDH ha aplicado esta norma a varios asuntos referidos a violaciones de derechos humanos perpetradas durante dictaduras militares, para lo cual ha considerado elementos tales como la interposición de acciones judiciales al restaurarse la democracia; la subsistencia de los efectos de dichas violaciones; y la falta de investigación y sanción de los responsables<sup>845</sup>. Conforme a los precedentes de la

- 
- 839. CIDH, Informe No. 50/08, Petición 298-07. Admisibilidad. Néstor José Uzcátegui y otros. Venezuela. 24 de julio de 2008, párr. 42.
  - 840. CIDH, Informe No. 39/18, Petición 196-07. Admisibilidad. José Ricardo Parra Hurtado, Félix Alberto Páez Suárez y familias. Colombia. 4 de mayo de 2018, párr. 12.
  - 841. CIDH, Informe No. 100/06, Petición 100/06. Inadmisibilidad. Gaybor Tapia y Colón Eloy Muñoz. Ecuador, 21 de octubre de 2006, párr. 20.
  - 842. Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párrs. 28 y 29.
  - 843. CIDH, Informe No. 173/17, Petición 1111-08. Admisibilidad. Marcela Brenda Iglesias, Nora Ester Ribaudo y Eduardo Rubén Iglesias. Argentina. 29 de diciembre de 2017, párr. 8.
  - 844. CIDH, Informe No. 12/10, Petición 12.106. Admisibilidad. Enrique Herman Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías. Argentina. 16 de marzo de 2010, párr. 43.
  - 845. CIDH, Informe No. 105/17, Petición 798-07. Admisibilidad. David Valderrama Opazo y otros. Chile. 7 de septiembre de 2017, párr. 12.

Comisión Interamericana, corresponde al peticionario la carga de la prueba para justificar la demora en la presentación de la petición a la CIDH<sup>846</sup>.

#### 4.5. CARACTERIZACIÓN

El último de los requisitos de admisibilidad exigidos por la Convención Americana se refiere a la caracterización de posibles hechos violatorios de derechos humanos reconocidos en dicho tratado. En su determinación sobre la admisibilidad de una petición, la Comisión Interamericana debe decidir si los hechos alegados describen posibles violaciones de derechos humanos, o si la petición es manifiestamente infundada o es evidente su total improcedencia. A tal efecto, la CIDH debe realizar una evaluación *prima facie*, que no implica prejuzgar sobre el fondo del asunto<sup>847</sup>.

En sus pronunciamientos sobre admisibilidad, la Comisión Interamericana ha desarrollado la llamada «fórmula de la cuarta instancia», que se basa en su función complementaria. Según dicha fórmula, la CIDH no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúan en la esfera de su competencia y aplican las debidas garantías judiciales, a menos que determine que hay una posible violación de alguno de los derechos amparados por la Convención Americana<sup>848</sup>. Por ejemplo, ha declarado la admisibilidad «cuando de los alegatos de las partes se desprende *prima facie* que las sentencias judiciales o los procedimientos seguidos pudieron haber sido arbitrarios o implicar un posible trato desigual arbitrario o una posible discriminación»<sup>849</sup>.

#### 5. COMENTARIO FINAL

La revisión de los requisitos de procedencia de una petición, tanto en la etapa de revisión inicial como en la de admisibilidad, revisten una enorme importancia ya que conducen a la decisión de abrir o cerrar las puertas del SIDH a personas que buscan la justicia que les fue negada en alguno de los Estados miembros de la OEA. Se ha analizado brevemente los antecedentes y el desarrollo en materia de decisiones sobre admisibilidad, que corresponden a los cambios históricos ocurridos en la región y en el consenso de los usuarios del sistema acerca del acceso a la justicia y la seguridad jurídica. Igualmente debe tenerse presente que el constante aumento de las decisiones de admisibilidad ha redundado en un número también creciente de asuntos solucionados por medios no contenciosos, que fue uno de los propósitos de la primera gran reforma del Reglamento aprobada en diciembre de 2000.

---

846. CIDH, Informe No. 159/10, Petición 1250-06. Inadmisibilidad. Iris Martínez y otros. Uruguay. 1 de noviembre de 2010, párrs. 2, 43 y 44.

847. CIDH, Informe No. 69/08, Petición 681-00. Admisibilidad. Guillermo Patricio Lynn. Argentina. 16 de octubre de 2008, párr. 48.

848. CIDH, Informe No. 8/98, Caso 11.671, Inadmisibilidad, Carlos García Saccone, Argentina, 2 de marzo de 1998, párr. 53.

849. CIDH, Informe No. 64/14, Petición 806-06. Admisibilidad. Laureano Brizuela Wilde. México. 25 de julio de 2014, párr. 43.

Mucho se ha avanzado en todas las etapas del sistema de peticiones y casos individuales, pero ciertamente queda por delante un largo camino hasta llegar a una sociedad interamericana donde prime el respeto pleno de los derechos humanos, sin discriminación alguna. Para ello es necesario un esfuerzo coordinado de todas las partes, empezando por los Estado que asumen en primer lugar y de manera soberana la responsabilidad de respetar y garantizar todos los derechos humanos, mediante la ratificación de los respectivos tratados. Este es un presupuesto fundamental para que tenga sentido el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante del SIDH, al que deberían llegar un número mínimo de casos que no se pudieron solucionar en las jurisdicciones nacionales. Desde luego que las organizaciones de la sociedad civil juegan un rol preponderante por su capacidad de llegar hasta las presuntas víctimas y acompañar su búsqueda de justicia. Igualmente, las instituciones académicas contribuyen de manera importante a promover el conocimiento de los mecanismos de defensa de derechos humanos y, en algunos casos, incluso participan activamente en los procedimientos interamericanos.

Todo lo anterior contribuye de manera sustantiva a la efectividad del trabajo de CIDH y la Corte Interamericana, órganos con el mandato de conducir los procedimientos y aplicar los tratados de derechos humanos. El perfeccionamiento del análisis sobre admisibilidad de la Comisión Interamericana, así como el avance hacia decisiones cada vez más oportunas, constituyen vías concretas para garantizar el acceso a la justicia a quienes habitan las Américas.

## *Capítulo 12*

# Peticiones individuales y comunicaciones estatales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

MARÍA EMILIA CORRAL<sup>850</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PETICIONES INDIVIDUALES. 3. COMUNICACIONES INTERESTATALES. 4. PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA. 5. PROCEDIMIENTO DE CASOS CONTENCIOSOS ANTE LA CORTE IDH. 6. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

La Convención Americana de Derechos Humanos prevé la posibilidad a los individuos, grupos de personas y entidad no gubernamental a presentar peticiones que contengan denuncias o quejas de violación a los derechos humanos contra un Estado Parte, como también permite que Estados Partes aleguen que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos convencionales.

La Comisión Interamericana, en razón de su función quasi judicial, tiene competencia para recibir peticiones, las que pueden originarse en denuncias o quejas individuales o en comunicaciones interestatales<sup>851</sup>. A su vez, la competencia jurisdiccional o contenciosa de la Corte Interamericana le permite resolver una controversia entre dos partes, analizar si existe o no violación a los derechos humanos, llevar a cabo el procedimiento para su resolución y emitir la sentencia que resuelva la contienda<sup>852</sup>.

- 
- 850. Doctoranda en Derecho con orientación al Derecho Internacional por la Universidad Nacional de Cuyo. Maestranda en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Diplomada en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales por la Universidad de Buenos Aires, y en Litigio Internacional por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina).
  - 851. MARTIN, C., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia», en MARTIN, C. *et al.*, Derecho internacional de los derechos humanos, Universidad Iberoamericana (2004), p. 217.
  - 852. ABREU BURELLI, A., «Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en ABREU BURELLI, A. *et al.*, La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004 (2005), p. 90.

Como todo procedimiento formal, el procedimiento de las peticiones individuales y de las comunicaciones interestatales cuenta con un cuerpo normativo que define etapas procesales y supone el cumplimiento de reglas y requerimientos, con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica y el debido derecho de defensa de las partes.

El presente artículo tiene por finalidad exponer las principales características del procedimiento de quejas del Sistema Interamericano, para ello se analizará en específico a las peticiones individuales y las comunicaciones interestatales, luego se desarrollará el procedimiento a seguir por las mismas ante la Comisión y la Corte Interamericana, y se finalizará con unas breves conclusiones al respecto.

## 2. PETICIONES INDIVIDUALES

Las personas que consideren que han sido víctimas de violaciones a sus derechos humanos pueden presentar una petición ante la Comisión Interamericana con el objeto de obtener por parte de la Comisión, y en su caso de la Corte Interamericana, un pronunciamiento si ha habido o no violación de derechos humanos, la consecuente declaración de la responsabilidad internacional del Estado denunciado y la determinación de medidas de reparación que el Estado sancionado debe adoptar.

El art. 44 de la Convención Americana, en conjunto con el art. 23 del Reglamento de la Comisión, otorga capacidad para presentar una petición: a cualquier persona, grupo de personas, una entidad u organización no gubernamental reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Dicha amplitud procesal es una característica inherente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y representa uno de los grandes avances logrados por la Convención Americana «en los planos conceptual, normativo y operativo»<sup>853</sup>.

La petición ante la Comisión debe contener denuncias o quejas de violación a los derechos humanos contenidos en la Declaración Americana, la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos, cometidos por un Estado miembro de la OEA, por su acción, aquiescencia u omisión.

Los requisitos de competencia de la Comisión, y en su caso de la Corte IDH, se encuentran previstos en los arts. 45, 61 y 63 de la Convención Americana, y giran en torno al establecimiento de la competencia *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione loci*.

Por su parte, los requisitos de admisibilidad de la petición se encuentran previstos en los arts. 46 y 47 de la Convención Americana, los que refieren a principalmente el agotamiento de los recursos internos, la caducidad de la demanda, la fórmula de la cuarta instancia, la duplicidad de los procedimientos (*litispendencia* y *res iudicata*), la determinación e individualización de las presuntas víctimas, entre otros.

---

853. Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Excepciones preliminares. Sentencia de 4 de septiembre 1998. Serie C No. 41. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 26.

### 3. COMUNICACIONES INTERESTATALES

De conformidad al art. 45 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen la potestad de iniciar una denuncia, que es denominada «comunicación», frente a otro Estado parte que ha incurrido en violaciones de los derechos humanos convencionales.

Los requisitos de admisibilidad, previstos en los arts. 46 y 47 de la Convención, son aplicables a las comunicaciones interestatales, al igual que en las peticiones individuales. Sin embargo, además de las especiales características y propósitos del mecanismo de comunicaciones entre Estados, se prevé un requisito específico respecto a la competencia de la Comisión para recibir y examinar las presentes comunicación<sup>854</sup>. Así, se exige que tanto el Estado que presenta la comunicación como el Estado en contra de quien ésta es presentada hayan declarado, ya sea al momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención Americana o en cualquier momento posterior, que reconocen la referida competencia de la Comisión.

Es dable destacar que el art. 50 del Reglamento de la Comisión Interamericana señala que cuando un Estado Parte presente una comunicación y haya aceptado la mencionada competencia, la Comisión trasmitirá al Estado parte denunciado sea que éste haya aceptado o no la Competencia de la Comisión. En el supuesto de no haberla aceptado, la comunicación será transmitida a los efectos de que dicho Estado pueda ejercer su opción de reconocer la competencia de la Comisión en el caso específico objeto de la comunicación, de conformidad al art. 45 párrafo 3º de la Convención. En caso de que el Estado aludido aceptase la competencia de la Comisión para conocer de la comunicación formulada, el trámite se regirá, en lo que sean aplicables, por las disposiciones referentes al trámite de toda petición presentada ante la Comisión.

Al momento únicamente existen dos antecedentes de comunicaciones interestatales: Nicaragua vs. Costa Rica<sup>855</sup> y Ecuador vs. Colombia<sup>856</sup>. La primera, iniciada en el año 2006, se discutió si era aplicable los arts. 45 y siguientes o el art. 61 de la Convención, concluyendo la Comisión que, en armonía con las normas existentes en la Convención Americana y en su Reglamento, la aplicación del art. 45 es un presupuesto obligatorio y lógico, ya que de lo contrario no existiría tal competencia para ser ejercida por la Comisión<sup>857</sup>. Por su parte, al analizar la admisibilidad de la comunicación, la Comisión concluyó su inadmisibilidad al no haberse acreditado la excepción alegada a la falta de agotamiento de recursos internos (existencia de una

---

854. CIDH. Informe No. 11/07. Caso 01/06. *Nicaragua vs. Costa Rica* (P1-01). 8 de marzo de 2007, párr. 127.

855. CIDH. Informe No. 11/07. Caso 01/06. *Nicaragua vs. Costa Rica* (P1-01). 8 de marzo de 2007.

856. CIDH. Informe No. 112/10. Petición interestatal. Admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Ecuador vs. Colombia* (P1-02). 21 de octubre de 2010; CIDH Informe No. 96/13. Declaración de Archivo. Caso Interestatal 12.779. Ecuador – Colombia 04 de noviembre de 2013.

857. CIDH. Informe No. 11/07. Caso 01/06. *Nicaragua vs. Costa Rica* (P1-01). 8 de marzo de 2007, párrs. 131 y 134.

práctica generalizada de discriminación en Costa Rica hacia la población migrante nicaragüense), y por tanto no poder asumir la inexistencia de un recurso adecuado y efectivo para remediar los hechos alegados.

En la comunicación iniciada por Ecuador, a raíz de la alegada violación de derechos humanos por parte de la fuerza pública de Colombia en el marco del Operativo «Fénix», la Comisión emitió informe de admisibilidad<sup>858</sup> y luego dispuso el archivo de la comunicación, al haber Ecuador desistido de la comunicación tras informar haber llegado a un acuerdo entre las partes<sup>859</sup>.

Como se ha podido observar, ambos casos han concluido en el marco de la Comisión Interamericana, no habiendo a la fecha del presente casos contenciosos de Estado contra Estado ante la instancia de la Corte Interamericana.

#### 4. PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

El procedimiento de las peticiones individuales y de las comunicaciones interestatales ante la Comisión Interamericana se encuentra previsto en los arts. 48 a 51 de la Convención Americana, junto con las disposiciones contenidas en el Capítulo II del Reglamento de la Comisión Interamericana.

Como se mencionó, el procedimiento inicia con la presentación de la petición o la comunicación. Luego, la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana lleva a cabo el estudio y revisión inicial de la petición<sup>860</sup>, y verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Art. 28 del Reglamento de la Comisión.

En caso de no reunir los requisitos mencionados, la Secretaría Ejecutiva tiene la facultad de solicitar al peticionario que realice las correcciones pertinentes o aporte lo que haga falta, dentro de un plazo razonable<sup>861</sup>. Se entiende que ciertos requisitos, como por ejemplo la caducidad del plazo de los seis meses siguientes a la notificación de la decisión que dio por agotado los recursos de la jurisdicción interna, o la falta de caracterización y fundamento de la denuncia, no pueden ser subsanados<sup>862</sup>. En caso de que la Secretaría Ejecutiva comprenda que la petición no contiene la información requerida, no se tomará en consideración la petición<sup>863</sup>, procederá a archivar la petición y notificará de ello al peticionario<sup>864</sup>.

858. CIDH. Informe No. 112/10. Petición interestatal. Admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Ecuador vs. Colombia* (P1-02). 21 de octubre de 2010.

859. CIDH. Informe No. 96/13. Decisión de Archivo. Caso Interestatal 12.779. Ecuador – Colombia 04 de noviembre de 2013.

860. Art. 26 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

861. Art. 26.2 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

862. VARÓN-MEJÍA, A., «Procedimiento en el sistema interamericano de derechos humanos: Comisión Interamericana de Derechos Humanos», en GARCÍA-MATAMOROS, L. y ÁVILA-MEDINA, D., Procedimiento, Litigio y Representación ante Tribunales Internacionales, Editorial Universidad del Rosario (2017), p. 103.

863. Art. 27 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

864. Art. 42 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

Por el contrario, en caso de considerar que sí se cumplimentan los requisitos, la Secretaría Ejecutiva dará inicio a la tramitación inicial de la petición, registrándola y asignándole un número precedido de la letra «P», y acusará recibo al peticionante con la fecha correspondiente<sup>865</sup>. Si bien el trámite de las peticiones se efectúa en su orden de entrada, en ciertos supuestos previstos reglamentariamente se faculta a la Comisión Interamericana a adelantar la evaluación de la misma<sup>866</sup>.

La Secretaría Ejecutiva transmitirá la petición al Estado denunciado para que, dentro del plazo de tres meses, presente su respuesta; dicho plazo podrá ser prorrogado previa solicitud fundada por parte del Estado; sin embargo, el término no podrá exceder de cuatro meses contados a partir de la fecha del envío de la primera solicitud de información al Estado<sup>867</sup>.

En esta etapa, es decir antes de que la Comisión adopte su decisión sobre admisibilidad, el Estado deberá presentar las consideraciones y cuestionamientos a la admisibilidad de la petición. Se encuentra previsto la posibilidad de que se inicie un traslado de respuesta y contrarrrespuesta entre el peticionario y el Estado e incluso la Comisión, de oficio o a solicitud de las partes, podrá solicitar observaciones adicionales, ya sea por escrito o en una audiencia<sup>868</sup>.

Una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión Interamericana se pronunciará sobre la admisibilidad del asunto<sup>869</sup>, esto es su competencia y el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad previstos en los arts. 46 y 47 de la Convención Americana. Si la Comisión Interamericana considera incompetente o que no se han cumplido los referidos requisitos, emitirá un informe de inadmisibilidad, el cual será publicado en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA<sup>870</sup>.

Por el contrario, si considera que sí se han satisfecho y que *prima facie* los hechos revelan una posible violación a derechos protegidos por alguno de los instrumentos interamericanos, sin que ello suponga prejuzgamiento respecto del fondo, emitirá un informe, declarando la petición admisible, registrándola como caso (cambio de estatus del trámite) e iniciará el procedimiento sobre el fondo, donde se establecen los hechos del caso y se discute el derecho aplicable<sup>871</sup>.

Es dable destacar que ni la Convención Americana ni el Reglamento de la Comisión Interamericana exigen un acto expreso sobre la admisión, y así la Corte IDH lo ha señalado en su primera sentencia<sup>872</sup>. Tampoco, se establecen requisitos

---

865. Art. 29 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

866. Art. 29.2 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

867. Art. 30.2 y 30.3 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

868. Art. 30.5 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

869. Art. 36 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

870. Art. 59.2.c.ii. del Reglamento de la Comisión Interamericana.

871. Art. 36.2 del Reglamento de la Comisión

872. Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones preliminares*. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C No. 01, párrs. 39 y 40.

o contenido que debe reunir el Informe, a diferencia de la expresa motivación de los fallos de la Corte IDH<sup>873</sup>.

Tras la apertura del caso y el informe de admisibilidad, se da inicio al procedimiento de fondo y se transmite a los peticionarios para que, dentro de un término de cuatro meses, presenten observaciones adicionales sobre la violación de los derechos humanos y la responsabilidad estatal. Luego, se da traslado al Estado para que éste, en igual término, presente sus argumentos adicionales sobre el fondo. Los plazos mencionados podrán ser prorrogados hasta un plazo de seis meses contados a partir de la fecha del envío de la primera solicitud de observaciones a cada parte<sup>874</sup>.

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, la práctica de la Comisión revela que unifica el tratamiento de la admisibilidad y el fondo del asunto<sup>875</sup>.

Previo a la decisión sobre el fondo del caso, la Comisión fijará un plazo para que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa<sup>876</sup>. Si se arribare a un acuerdo de solución amistosa, previo consentimiento de la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, la Comisión Interamericana aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, lo transmitirá a las partes y lo publicará<sup>877</sup>.

De no arribar a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite del caso y, antes de decidir sobre el fondo, de oficio o a solicitud de las partes se podrá celebrar audiencia, con el objeto de recibir exposiciones verbales y escritas de las partes sobre hechos nuevos e información adicional, el fondo del asunto o cualquier otra cuestión relativa al trámite de la petición o caso<sup>878</sup>.

Por último, la Comisión deliberará y examinará alegatos y pruebas presentadas por las partes, y la información obrante del caso, a los fines de arribar a una conclusión que se plasmará en un «Informe de Fondo». En caso de que considere que no ha habido violación a los derechos humanos, el informe de fondo concluirá en la falta de responsabilidad internacional del Estado por las violaciones a los derechos humanos alegadas por el peticionario; el cual será transmitido a las partes y publicado e incluido en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA<sup>879</sup>.

En caso de que existiese una o más violaciones a los derechos humanos, siempre que no se haya llegado a una solución en las etapas previas del procedimiento<sup>880</sup>,

873. Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 39.

874. Art. 37.1 y 37.2 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

875. Art. 30.7 y 36.4 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

876. Art. 37.4 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

877. Art. 40 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

878. Art. 37.5 y Capítulo VI del Reglamento de la Comisión Interamericana.

879. Art. 41.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

880. Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C No. 01, párr. 61.

la Comisión preparará un «Informe Preliminar» (también denominado *Informe del Artículo 50*)<sup>881</sup>, que será de carácter reservado, no público, y a través del cual se expondrán los hechos, la responsabilidad estatal del Estado denunciado por las violaciones a derechos humanos y las recomendaciones para su cumplimiento.

El marco fáctico establecido en el Informe Preliminar es fundamental para el posterior procedimiento ante la Corte IDH, en tanto los hechos contenidos en el mismo constituyen la base para la determinación de las violaciones de derechos humanos y la consecuente responsabilidad internacional del Estado. Las partes no podrán alegar nuevos hechos distintos de los contenidos en dicho Informe durante el procedimiento ante la Corte IDH<sup>882</sup>; a excepción de aquellos hechos sobrevinientes, siempre que se encuentren ligados a los hechos del proceso<sup>883</sup>.

Además, las presuntas víctimas deben estar plenamente identificadas, ya que una vez que el informe es sometido a la Corte IDH no será posible añadir nuevas presuntas víctimas, a excepción de las circunstancias excepcionales previstas para los casos masivos o colectivos con dificultades para identificar o contactar a la totalidad<sup>884</sup>.

El Informe Preliminar es transmitido al Estado, quien no se encuentra facultado de publicarlo<sup>885</sup>. Tampoco cuenta el Estado con la posibilidad de un «pedido» o «recurso» de reconsideración<sup>886</sup>. El Estado podrá pedir la suspensión del plazo para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana siempre y cuando se reúnan las condiciones estipuladas reglamentariamente<sup>887</sup>.

El Informe y su transmisión al Estado es notificado a los peticionarios, y en caso de que el Estado denunciado haya aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, pueden expedirse, en el plazo de un mes, respecto del sometimiento ante el Tribunal<sup>888</sup>.

Si la Comisión Interamericana considera que el Estado no ha dado cumplimiento a las recomendaciones, y el Estado ha aceptado la jurisprudencia contenciosa conforme al art. 62 de la Convención Americana, podrá someter el caso para el análisis de la Corte IDH<sup>889</sup>. A raíz la última reforma al Reglamento de la Corte,

- 
- 881. Art. 50 de la Convención Americana y Art. 44.2 del Reglamento de la Comisión Interamericana.
  - 882. Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153.
  - 883. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 34.
  - 884. Art. 35.2 del Reglamento de la Corte Interamericana.
  - 885. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-13/89: *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 48.
  - 886. Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C No. 01, párr. 68.
  - 887. Art. 46.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana.
  - 888. Art. 44.3 del Reglamento de la Comisión Interamericana.
  - 889. Art. 45.2 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

el Informe del art. 50 será la demanda que abre la instancia contenciosa frente al Tribunal Interamericano.

En caso de que el asunto no haya sido solucionado ni tampoco haya sido sometido a consideración de la Corte IDH<sup>890</sup>, dentro del plazo de tres meses dispuesto por el art. 51.1 de la Convención (el cual aun cuando no es fatal, tiene carácter preclusivo, salvo circunstancias excepcionales<sup>891</sup>), la Comisión Interamericana elabora un «Informe Definitivo» (también denominado *Informe del Artículo 51*), a través del cual expresa su opinión y las conclusiones, las recomendaciones que considera pertinente y el plazo que estima conveniente para «remediar la situación examinada».

El Informe Definitivo será transmitido a las partes, quienes presentarán, en un plazo fijado por la Comisión, información sobre el cumplimiento de las recomendaciones. Transcurrido dicho plazo, la Comisión decidirá si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe<sup>892</sup>.

## 5. PROCEDIMIENTO DE CASOS CONTENCIOSOS ANTE LA CORTE IDH

Para dar inicio al procedimiento de casos contenciosos ante la Corte IDH deben cumplimentarse dos requisitos primordiales: el previo agotamiento del procedimiento ante la Comisión y la legitimación activa.

Así, el art. 61.2 de la Convención exige que «*sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50*»; no siendo por tanto posible prescindir del procedimiento ante la Comisión<sup>893</sup>. Dicha obligatoriedad se mantiene incólume incluso si el Estado ha querido renunciar expresamente a éste, tal como sucedió en el Asunto Viviana Gallardo<sup>894</sup>, reiterando su posición en su primera sentencia<sup>895</sup>.

El segundo requisito alude a que, a diferencia del sistema africano y europeo, el Sistema Interamericano ha mantenido intacta la legitimación para someter casos a la jurisdicción de la Corte IDH únicamente a la Comisión Interamericana y a los Estados Partes de la Convención, conforme a los arts. 61.1 y 62 del referido instrumento.

- 
- 890. Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C No. 01, párr. 63.
  - 891. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-13/89: *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 51.
  - 892. Cfr. art. 51.3 de la Convención Americana y art. 47 del Reglamento de la Comisión Interamericana.
  - 893. Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Serie A No. 101, párr. 14; y *Caso Norín Catrímán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 36.
  - 894. Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Serie A No. 101, párr. 25.
  - 895. Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C No. 01, párrs. 58-60.

En tanto no ha habido casos en que sea el Estado quien someta un caso contencioso ante la Corte Interamericana, únicamente se aludirá sintéticamente al proceso contencioso iniciado por la Comisión Interamericana mediante el escrito de sometimiento junto al informe de fondo. Luego, desde la modificación del Reglamento en el año 2000, las presuntas víctimas pueden presentar su Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas en un plazo de dos meses.

La Corte IDH envía ambos escritos al Estado demandado, quien podrá interponer excepciones preliminares, reconocer total o parcialmente hechos o violaciones o proponer un acuerdo de solución amistosa, en este último caso el litigio finalizará con una sentencia de homologación<sup>896</sup>.

Se prevé un procedimiento tanto escrito<sup>897</sup> como oral<sup>898</sup>, en los cuales se procede a la sustanciación de prueba, la realización de audiencias públicas, la presentación de *amicus curiae* y de los alegatos finales por las partes intervenientes.

La Corte se encuentra en posición de dictar sentencia de fondo, a través de la cual declara la existencia o no de violación a alguna de las normas convencionales por parte del Estado denunciado<sup>899</sup>. Adicionalmente, por imperativo del art. 63.1 de la Convención, el Tribunal Interamericano dispone una serie de medidas tendientes a la reparación del daño causado por la conducta reprochada y declarado en la sentencia<sup>900</sup>. Si bien normativamente la Corte IDH puede emitir una sentencia por cada fase del proceso contencioso, esto es admisibilidad, fondo o reparaciones y costas, la práctica actual del Tribunal es emitir una única sentencia que resuelve las mencionadas fases.

La sentencia de la Corte es obligatoria, definitiva e inapelable por el Estado<sup>901</sup>, y únicamente su cumplimiento íntegro concluirá el litigio contencioso.

## 6. CONCLUSIONES

Para finalizar, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos prevé dos tipos de quejas ante sus órganos de protección dependiendo del sujeto denunciante: petición individual, en caso de ser un individuo, un grupo de personas o una organización no gubernamental, y comunicación interestatal, en caso de ser un Estado Parte que ha reconocido la competencia de la Comisión de conformidad al art. 45 de la Convención.

---

896. Art. 63 del Reglamento de la Corte IDH.

897. Regulado en el Capítulo II «Procedimiento Escrito» del Reglamento de la Corte Interamericana.

898. Regulado en el Capítulo III «Procedimiento Oral» del Reglamento de la Corte Interamericana.

899. Véase Capítulo VII «De las Sentencias» del Reglamento de la Corte Interamericana.

900. ROUSSET SIRI, A., Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ediar 2018, p. 300.

901. Cf. arts. 62.3, 63.1, 67 y 68.1 de la Convención Americana.

Todo procedimiento de denuncia o queja debe tener su origen ante la Comisión Interamericana, quien pondrá en marcha el sistema de protección de derechos humanos. Tanto los requisitos de admisibilidad y competencia como el procedimiento a seguir por los órganos interamericanos son indistintos en un caso y en otro, a excepción de aquellos que por las singulares características de las comunicaciones interestatales así se prevean.

El andar nos demuestra que únicamente dos Estados han recurrido al sistema interamericano; por el contrario, el sistema de petición individual ha sido y es frecuentemente utilizado por los individuos frente a violaciones de derechos humanos por parte de los Estados, constituyendo la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de la Convención<sup>902</sup>.

---

902. Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Serie C No. 41. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 3.

## *Capítulo 13*

# Condições de admissibilidade de queixa no sistema de proteção de direitos humanos do Conselho da Europa

INÊS PEDREIRO GOMES<sup>903</sup>

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE COMUNS. 2.1. *A exaustão das vias de recurso internas.* 2.2. *Prazo de quatro meses a contar da data da decisão interna definitiva.* 3. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE ESPECÍFICOS. 3.1. *Anonimato da petição individual.* 3.2. *Petição idêntica perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ou distinta instância internacional.* 3.3. *Petição incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, manifestamente mal fundada ou com caráter abusivo.* 3.4. *Prejuízo significativo* 4. MOMENTO DE APRECIAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE INADMISSIBILIDADE.

### **1. INTRODUÇÃO**

As condições de admissibilidade de petições, individuais ou interestaduais, consubstanciam um complexo acervo de pressupostos adjetivos de cuja verificação se encontra dependente o exercício da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>904</sup>, sem prejuízo da relevância substantiva ou do merecimento que assista aos queixosos, decorrência processual da qual avulta a importância axial da sua observância pelos requerentes ante a jurisdição de Estrasburgo.

Os pressupostos de admissibilidade, doravante objeto do nosso breve estudo, foram alvo, em virtude do problema do *excessive caseload*, decorrente da introdução do direito de acesso direto ao Tribunal<sup>905</sup>, de um crivo racionalizador, todavia ate-

- 
- 903. Assistente convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Assistente de investigação do Centro de Investigação de Direito Público – *Lisbon Public Law* (Portugal).
  - 904. Consoante decorre do disposto pelo n.º 4 do art. 35.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.
  - 905. Conformado essencialmente por queixas inadmissíveis e repetitivas, que se tem vindo a observar particularmente desde finais da década de 90 do pretérito século e inflamado pela entrada em vigor do Protocolo n.º 11. Cfr. HELFER, L., «Redesigning the European Court

nuado pelo papel de construção pretoriana que o antedito órgão jurisdicional tem vindo a assumir no panorama do sistema de Estrasburgo, nomeadamente no que respeita à introdução de parâmetros de excepcionalidade à aplicação *ipsis verbis* do disposto pelo art. 35.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, norma que configura o alicerce normativo das condições de admissibilidade. Da jurisprudência que atenua a letra da referida norma infere-se, contudo, o obstáculo laborioso na enunciação e, sobretudo, na densificação das condições de admissibilidade, que se traduz na dificuldade de formulação de uma teoria geral dos requisitos adjetivos de cujo preenchimento se encontra dependente o exercício da jurisdição do Tribunal<sup>906</sup>. Sublinhe-se, porém, nomeadamente desde a intimação formulada na Conferência de Interlaken sobre o futuro do Tribunal, vertida na respetiva declaração<sup>907</sup>, que as condições de admissibilidade têm vindo a ser paulatinamente densificadas pelo sistema de Estrasburgo, deste labor resultando instruções e elementos informativos não formais, entre os quais avulta o guia prático sobre a admissibilidade de queixas, agregador das regras e da jurisprudência aplicáveis aos requisitos de admissibilidade, tendo em perspetiva disponibilizar aos potenciais queixosos informações objetivas e completas a propósito do processo de apresentação das correlativas queixas<sup>908</sup>.

Abstraindo-nos das considerações pretéritas de ordem geral e incidindo doravante a nossa análise no plano das condições inscritas pelo art. 35.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em articulação com as regras constantes do Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), elencam-se, a título prévio, os requisitos de admissibilidade transversais às petições individuais e interestaduais – exaustão das vias de recurso internas e o prazo para a apresentação de queixa – bem como se enuncia, num momento subsequente, as condições de admissibilidade específicas daquela natureza individual de queixas<sup>909</sup>, consoante deriva da leitura das disposições constantes dos n<sup>os</sup> 2 e 3, normas que efetuam uma referência expressa às petições formuladas em aplicação do art. 34.º do mesmo diploma convencional.

## 2. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE COMUNS

### 2.1. A EXAUSTÃO DAS VIAS DE RECURSO INTERNAS

Atentando na consagração do n.º 1 do art. 35.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Tribunal de Estrasburgo somente poderá ser interpelado a

---

of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime», en *The European Journal of International Law*, 19(1), (2008), p. 126.

906. GUERRA DA FONSECA, R., Aulas teóricas da unidade curricular de Proteção International dos Direitos Humanos, 1.º Ciclo de Estudos, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2021/2022.
907. Cfr. ponto (6) da Declaração de Interlaken, de 19 de fevereiro de 2010.
908. O guia prático referido e demais elementos informativos encontram-se disponíveis na página na internet do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.
909. À enunciada subdivisão subjaz a efetuada por RANGEL DE MESQUITA, M., Justiça International – Lições, II, Lisboa, AACDL, 2010, p. 160.

conhecer uma petição, individual ou interestadual, depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos. Por outras palavras, o recurso à instância jurisdicional de Estrasburgo encontra-se dependente da mobilização, pelo requerente, da globalidade de mecanismos que a ordem doméstica disponibilize para a tutela dos direitos convencionais lesados e do correspondente momento conclusivo.

*Ab initio*, sublinhe-se que a exigência de esgotamento das vias de recurso internas materializa uma refração do princípio emergente do art. 13.º da Convenção<sup>910</sup>, o qual firma substantivamente o pressuposto adjetivo, ao consagrar o direito a um recurso efetivo ao nível estadual para a tutela dos direitos consagrados pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Deste modo, o cumprimento do dispositivo pela aludida proteção substantiva pressupõe a disponibilização, aos sujeitos que se encontram sob a correspondente jurisdição estadual, do direito de recurso perante uma instância nacional em virtude da violação dos direitos convencionalmente tutelados, a qual, à luz da jurisprudência do Tribunal, é parte integrante e indispensável do funcionamento do mecanismo de proteção instituído pela Convenção, configurando um princípio fundamental<sup>911</sup>. De facto, a exigência de utilização de todos os mecanismos que a ordem jurídica estadual disponibilize aos queixosos encontra-se apoiada no caráter subsidiário do sistema de garantia regional instituído pela Convenção e, de modo lato, no princípio da subsidiariedade da proteção internacional em relação à tutela nacional dos direitos humanos<sup>912</sup>. Com efeito, tal como resulta da letra do n.º 1 do art. 35.º, em momento prévio à demanda perante uma instância internacional, o requerente deverá conceder ao Estado responsável a oportunidade de remediar, por intermédio das vias de recurso domésticas, a lesão perpetrada, mobilizando as fontes e os mecanismos oferecidos ao nível estadual, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos, sem prejuízo da possibilidade de o sujeito estadual demandado poder renunciar ao benefício da regra de esgotamento das vias de recurso internas. Neste princípio da subsidiariedade desvela-se a homenagem à proteção das soberanias nacionais e a consideração de que os mecanismos estaduais de fiscalização e de responsabilização dos poderes públicos se encontram, uma vez mais próximos, melhor colocados para se pronunciarem, em confronto com as vias de tutela internacionais. Por seu lado, ancora-se no imperativo do princípio do Estado de direito, permanecendo os Estados partes os primeiros garantes das obrigações convencionalmente assumidas, seja perante os demais pares estaduais, seja relativamente aos sujeitos infraestaduais<sup>913</sup>.

- 
910. GUERRA DA FONSECA, R., Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 148.
911. Dec. Demopoulos e outros c. Turquia, de 1 de março de 2010.
912. VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN RIJN, A. e ZWAAK, L. eds., Theory and Practice of the ECHR, Oxford, Intersentia, 2006, pp. 125 a 127.
913. GUERRA DA FONSECA, R., Aulas teóricas da unidade curricular de Proteção International dos Direitos Humanos, 1.º Ciclo de Estudos, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2021/2022.

Redarguindo à temática de identificação das vias de recurso internas que necessitam de ser objeto de esgotamento, em primeiro lugar, saliente-se não se identificar na letra convencional a concretização dos meios internos que o requerente deverá exaurir em momento prévio a dirigir-se perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Poder-se-á, contudo, afirmar que, *prima facie*, as vias de recurso domésticas às quais se reporta o n.º 1 do art. 35.º da Convenção respeitam aos meios judiciais, embora, devido às específicas singularidades adjetivas dos ordenamentos jurídicos estaduais, não se encontre apartada a possibilidade de os mesmos serem detentores de natureza administrativa, na medida em que a entidade judicativa se subordine, ao nível das normas que regem a correspondente composição, funcionamento e juízo decisório, ao princípio do Estado de direito, designadamente às ramificações da independência e imparcialidade ínsitas aos órgãos de natureza judicial, sob pena de consideração, pelo julgador de Estrasburgo, de que o mecanismo interno em causa não é efetivo, nos termos do disposto pelo art. 13.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>914</sup>. Tão-pouco sendo considerados efetivos os meios políticos ou legislativos cujo acesso se encontre sujeito a restrições ou não sejam idóneos para a reparação da lesão<sup>915</sup>.

Aqui chegados, cumpre referir que, nos casos em que a violação ao direito tutelado derive de um ato legislativo, implicando um determinado grau de definição da situação do particular perante o poder político na matéria em causa, apenas as vias que permitam um acesso direto do particular serão consideradas e já não aquelas que envolvam a intervenção de entidades terceiras<sup>916</sup>. Por seu lado, os meios jurisdicionais ou administrativos domésticos<sup>917</sup> a exaurir abrangem, em princípio<sup>918</sup>,

- 914. VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN RIJN, A. e ZWAAK, L. eds., *Theory and Practice of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2006, p. 133.
- 915. FAUSTO DE QUADROS, C., «O Princípio da Exaustão dos Meios Internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Ordem Jurídica Portuguesa», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 50(I), (1990), p. 126; ROCHA, A., *O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu: O Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 97.
- 916. ARAGÃO HOMEM, F., *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o sistema de protecção de direitos fundamentais nacional: Estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Dissertação de Mestrado Científico, 2017, p. 45.
- 917. Nestes casos, estando em causa um ato administrativo que lese os direitos tutelados pela Convenção, o requerente deverá recorrer, em primeiro lugar, aos meios graciosos e que sejam exigidos para poder impugnar contenciosamente o ato e, em segundo lugar, aos meios contenciosos até obter composição definitiva do litígio. Cf. FAUSTO DE QUADROS, C., «O Princípio da Exaustão dos Meios Internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Ordem Jurídica Portuguesa», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 50(I), (1990), p. 126 e ARAGÃO HOMEM, F., *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o sistema de protecção de direitos fundamentais nacional: Estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Dissertação de Mestrado Científico, 2017, p. 45.
- 918. Exceto se a via de recurso extraordinária constituir o único recurso judicial à disposição do requerente. Cf. Dec. Ahtinen c. Finlândia, de 31 de maio de 2005.

os recursos ordinários ou de exaustão vertical<sup>919</sup>, estando, por conseguinte, excluídos deste pressuposto positivo de acesso ao Tribunal de Estrasburgo<sup>920</sup> os recursos extraordinários<sup>921</sup>. De outro modo, recai sobre os queixosos que não beneficiem de satisfação quanto à pretensão relativa ao fundamento de violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos o ónus de impugnarem as decisões de 1.ª instância, utilizando os recursos jurisdicionais que possibilitem a reponderação das decisões recorridas, tendo em vista o exercício do controlo de convencionalidade, ou seja, a aplicação do regime da Convenção, a título de critério normativo, até ao último momento decisório. Saliente-se, todavia, que a disponibilidade e alternatividade entre distintas vias de reação não implica o esgotamento de todas por parte do queixoso, mas apenas dos meios que se adjetivem como essenciais, ficando a sua utilização dispensada na medida em que o meio interno não revele perspetivas razoáveis de sucesso, considerando a jurisprudência ou a prática estabelecida<sup>922</sup>.

Neste conspecto, cumpre denotar que, embora o desenho dos mecanismos adjectivos ordinários seja análogo aos diversos Estados partes da Convenção, no sentido de os órgãos jurisdicionais se encontrarem adstritos quanto à aplicação do regime convencional internacional, aos quais se encontram vinculados, até ao momento decisório do último recurso ordinário ou ao último momento de possibilidade de apreciação da situação *sub judice*, conclusão distinta se poderá retirar no que concerne aos recursos de constitucionalidade, apesar de tal conclusão, nos recursos ordinários ou nos de constitucionalidade, depender largamente das particularidades do sistema jurídico do Estado parte em causa e da extensão das competências atribuídas aos órgãos constitucionais<sup>923</sup>. Nestes, por regra, a tutela das normas convencionais encontra-se vedada às instâncias jurisdicionais constitucionais, não se revelando, à partida, necessária a exaustão dos recursos para a jurisdição constitucional, salvo nos casos circunscritos, em função das especificidades dos ordenamentos jurídico-processuais, em que as instâncias constitucionais procedam ao controlo de convencionalidade e que, por maioria de razão, permitam mobilizar as disposições da Convenção Europeia dos Direitos Humanos enquanto critério normativo de

- 
919. GUERRA DA FONSECA, R. Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 148.
920. RANGEL DE MESQUITA, M., Justiça Internacional – Lições, II, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 162.
921. O ordenamento jurídico português estabelece tal divisão fundamental em matéria de recursos, fundando-se a distinção no critério formal associado ao trânsito em julgado da decisão recorrida. De acordo com o disposto pelo n.º 2 do art. 627.º do Código de Processo Civil, os recursos ordinários correspondem aos de apelação e de revista, sendo extraordinários os recursos para uniformização de jurisprudência e a revisão. Cf. ABRANTES GERALDES, A., Recursos no Novo Código de Processo Civil, Coimbra, Almedina 2017, pp. 21 a 34.
922. ARAGÃO HOMEM, F., O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o sistema de protecção de direitos fundamentais nacional: Estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Dissertação de Mestrado Científico, 2017, p. 45.
923. Conselho da Europa, Secretariado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2022, p. 30, parágrafo 97.

decisão<sup>924</sup>. Particularmente, no que concerne à jurisdição portuguesa, sem prejuízo de os juízes do Tribunal de Estrasburgo, à partida, considerarem que as vias de apelação para o Tribunal Constitucional não configuram um meio interno a exaurir para efeitos de preenchimento da presente condição de admissibilidade, atendendo à ausência do controlo de convencionalidade e à delimitação das funções de controlo à constitucionalidade de normas<sup>925</sup>, desvanece-se a rigidez do entendimento jurisprudencial que, subliminarmente, pugna pelo dever de utilização destas vias de recurso pelos queixosos, na medida em que o recurso à instância constitucional possibilite a satisfação da pretensão do queixoso<sup>926</sup>.

De acordo com o entendimento dos juízes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a exaustão das vias de recurso internas encontra-se subordinada ao preenchimento de uma dupla dimensão<sup>927</sup>. Sob uma vertente material da queixa, referente à violação das normas da Convenção que o queixoso evoca perante o órgão jurisdicional de Estrasburgo, entende-se ser suficiente a invocação em substância da violação perante os órgãos estaduais, admitindo-se que o direito consagrado pela Convenção não seja expressamente invocado pelo queixoso ao nível doméstico, na medida em que o requerente haja recorrido a meios internos de efeito equivalente ou semelhante que possibilitem à jurisdição nacional a oportunidade de remediar a alegada violação<sup>928</sup>. Não se revela, nessa medida, necessário invocar uma disposição concreta da Convenção, sendo suficiente a alegação pelo requerente de argumentos equivalentes, suscitando, perante as jurisdições nacionais, as violações que entenda formular, seguidamente, ante o julgador de Estrasburgo. Em breves palavras, não se exige a invocação de uma disposição precisa da Convenção, bastando a alegação, perante a autoridade nacional, de argumentos equivalentes<sup>929</sup>.

- 
924. Identificam-se situações, embora esporádicas, em que o Tribunal de Estrasburgo evidenciou a necessidade de o queixoso proceder ao esgotamento dos recursos de constitucionalidade, na medida em que o exercício jurisdicional em causa se amplie à utilização de normas da Convenção Europeia dos Direitos Humanos enquanto critério normativo nos julgamentos de constitucionalidade, como sucedeu nos acórdãos Uzun c. Turquia, de 30 de abril de 2013, Koçintar c. Turquia, de 1 de julho de 2014, Kaman c. Turquia, de 4 de junho de 2020, Kušić e outros c. Croácia, de 16 de janeiro de 2019 e Ulemeč c. Croácia, de 31 de outubro de 2019. Cfr. GUERRA DA FONSECA, R., Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 148.
925. CANOTILHO, J. J. G., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 680 e 681. Acórdãos Colaço Mestre e SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S. A. c. Portugal, de 18 de outubro de 2005 e Matos Dinis c. Portugal, de 2 de dezembro de 2012.
926. GUERRA DA FONSECA, R., Aulas teóricas da unidade curricular de Proteção International dos Direitos Humanos, 1.º Ciclo de Estudos, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2021/2022, aludindo, nomeadamente, aos parágrafos 84 e 85 do Ac. Dos Santos Calado e outros c. Portugal, de 31 de março de 2020.
927. RANGEL DE MESQUITA, M., Justiça Internacional – Lições, II, Lisboa, AAFDL, 2010, pp. 163 e 164.
928. *Inter alia*, Ac. Gäfgen c. Alemanha, de 1 de junho de 2010 e Ac. Karapanagiotou e outros c. Grécia, de 28 de outubro de 2010.
929. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, Coimbra, Almedina, 2015, p. 403.

Sob distinta perspetiva, a regra de exaustão das vias internas implica uma análise substantivista quanto à essencialidade, eficácia, suficiência e acessibilidade dos meios internos, reconduzíveis ao crivo mais amplo, a efetuar pelo Tribunal, da idoneidade das vias de recurso<sup>930</sup>. Note-se, contudo, que a sistemática de adjetivação dos meios de recurso não se apresenta unânime na doutrina, fruto das variações ao nível das prolações do Tribunal de Estrasburgo, circunstância esta que obstaculiza a elaboração de uma teoria geral do esgotamento das vias de recurso internas, à qual se encontra subjacente a flexibilidade de apreciação resultante da ponderação das particularidades do caso *sub judice*, do contexto de proteção dos direitos humanos e da manutenção de uma interpretação estrita das normas adjetivas, à luz do princípio da segurança jurídica<sup>931</sup>.

Explicitando as enunciadas adjetivações, embora ressalvando a versatilidade de fonte jurisprudencial e doutrinal, impõe-se o esgotamento das vias de recurso internas apelidadas de essenciais, isto é, suscetíveis de remediarem a situação, correspondentes normalmente às vias de recurso ordinárias<sup>932</sup>, ou sem as quais o requerente não poderia alcançar a tutela da sua pretensão, impondo-se, por conseguinte, ao requerente, a mobilização da adequada ação existente ao nível do ordenamento jurídico interno<sup>933</sup>. Não obstante, a obrigação que impõe ao queixoso mobilizar os adequados recursos internos a montante de se dirigir perante o Tribunal de Estrasburgo não é absoluta nem suscetível de aplicação automática, porquanto sujeita a condições de exceção, em função das particularidades do caso concreto<sup>934</sup>, excepcionalidade esta que nos encaminha para a consideração das demais adjetivações antecedentemente enunciadas.

O teste da idoneidade dos meios e, por conseguinte, a apreciação da exaustão das vias de recurso internas, encontra-se dependente da circunstância de os mesmos serem ainda qualificados como acessíveis, suficientes e efetivos ou adequados<sup>935</sup>, conformadores de limites à aplicação da regra de esgotamento, resultantes

- 
930. GUERRA DA FONSECA, R., Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 148. O Practical Guide on Admissibility Criteria sistematiza o crivo de idoneidade na sua existência (disponibilidade e efetividade dos meios de recurso), adequação, acessibilidade e efetividade (Cfr. Conselho da Europa, Secretariado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2022, pp. 29 e 32).
931. Conselho da Europa, Secretariado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2022, p. 27; GUERRA DA FONSECA, R., Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 149.
932. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, Coimbra, Almedina, 2015, p. 407.
933. GUERRA DA FONSECA, R., Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 148.
934. VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN RIJN, A. e ZWAAK, L. eds., Theory and Practice of the ECHR, Oxford, Intersentia, 2006, p. 127.
935. Os dois últimos adjetivos mencionados poder-se-ão enquadrar na noção mais ampla de eficácia, consoante referido anteriormente, na linha de enquadramento adotada por GUERRA DA FONSECA, R. Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 149.

da copiosa jurisprudência de Estrasburgo. Saliente-se, todavia, que não compete ao Tribunal realizar uma apreciação sobre os ordenamentos jurídicos dos Estados partes enquanto tal, no que concerne à sua concordância e completude, afetando a sua competência soberana, exceto se a autonomia estadual lesar a salvaguarda dos direitos da Convenção. Deste modo, como veremos, nem todas as vias de recurso internas terão de ser esgotadas pelo requerente, porquanto não apenas a exaustão se encontra dependente das particularidades concretas da orgânica judiciária e administrativa adotada pelos Estados partes, como, *maxime*, os meios terão de ser suscetíveis de repararem a lesão alegada pelo requerente, agregando os pressupostos de idoneidade.

No que concerne à acessibilidade, as vias de recurso internas, que observem as garantias decorrentes do princípio do Estado de direito, terão de existir, não apenas ao nível formal, mas na prática, inexistindo impedimentos desrazoáveis à correspondente utilização<sup>936</sup>, isto é, não justificáveis à luz dos imperativos de administração judiciária<sup>937</sup>, consoante sucederá nas situações em que se observe a aposição de obstáculos não proporcionais de acesso às vias de recurso internas, impeditivas do exercício eficaz do direito de petição inicial, tutelado pelo art. 34º da Convenção<sup>938</sup>. Deste modo, impende sobre o requerente o dever de mobilizar a pertinente ação ao nível doméstico, em momento prévio ao exercício do direito de petição individual, salvo se as vias de recurso internas não observarem a exigência de acessibilidade.

A propósito da suficiência, a obrigação de esgotar os recursos internos impõe aos queixosos fazer uso das vias que permitam a reparação da violação alegada pelo requerente e, como tal, sejam eficazes à tutela da sua pretensão<sup>939</sup>. Por conseguinte, a exaustão prévia de meios internos subsiste na medida em que estes proporcionem, incluindo os recursos ordinários, a viabilidade de satisfação da pretensão do queixoso.

De modo similar, prescindir-se-á do pressuposto processual de exaustão dos meios internos se os mesmos forem considerados como não efetivos ou inadequados, existindo motivações concretas que afastem a possibilidade de obtenção de um resultado adequado. Nesta medida, segundo as prolações do Tribunal de Estrasburgo, o requerente estará dispensado de exaurir as vias de recurso disponí-

936. D'ASCOLI, S. e MARIA SCHERR, K., *The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in the International Law Doctrine and its Application in the Specific Context of Human Rights Protection*, Itália, European University Institute, 2007, p. 13.

937. Como seja a existência de custas processuais desproporcionalmente elevadas, sem a existência de um sistema público de apoio judiciário efetivo. GUERRA DA FONSECA, R., Aulas teóricas da unidade curricular de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, 1.º Ciclo de Estudos, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2021/2022.

938. Acórdãos Veriter c. França, de 14 de outubro de 2010; Gaglione e outros c. Itália, de 21 de dezembro de 2010; M. S. c. Croácia (n.º 2), de 19 de fevereiro de 2015.

939. CABRAL BARRETO, I., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 403.

veis ao nível do ordenamento jurídico estadual, aferindo-se a improbabilidade de sucesso da sua pretensão, quando exista prática ou jurisprudência interna estabelecida em oposição à pretensão do queixoso<sup>940</sup> ou até a sua inexistência<sup>941</sup>, não se impondo, consequentemente, o uso de vias de recurso internas que não apresentem perspetivas razoáveis de sucesso quanto à suscetibilidade de remediarem diretamente a situação sindicada pelo queixoso, impeditivas da obtenção de um resultado satisfatório<sup>942</sup>. Note-se, contudo, que não bastará a invocação de incerteza no que concerne à probabilidade de obtenção de tutela ou quanto à efetividade do recurso, dado que, nesta tipologia de situações, o recurso deverá ser esgotado, embora tal não se traduza na assunção de que a fim de ser considerado efetivo, o recurso deva ter um resultado favorável para o queixoso<sup>943</sup>. De outro lado, se um recurso interno considerado efetivo não for admitido em virtude de um erro processual imputável ao requerente, tal será considerado como não esgotamento das vias de recurso<sup>944</sup>. Ademais, a utilização de uma via de recurso não efetiva não é impeditiva do decurso do prazo de quatro meses.

Avulta, nesta sede, sublinhar que, à luz da jurisprudência de Estrasburgo, a postura de passividade das autoridades administrativas ou judiciais ante práticas que atentem contra os direitos humanos inscritos pela Convenção poderá dispensar a exaustão de meios internos, na medida em que, *prima facie*, se verifiquem ambos os pressupostos consubstanciados na existência de uma prática reiterada e consistente e na tolerância oficial<sup>945</sup>. Similar decorrência poderá resultar de distintas circunstâncias particulares como sejam a existência de situações de atrasos, não generalizados, na justiça<sup>946</sup>; de órgãos jurisdicionais que, ao nível da sua composição,

- 
940. Acórdãos Pressos Compania Naviera S. A. e outros c. Bélgica, de 20 de novembro de 1995; Carson e outros c. Reino Unido, de 16 de março de 2010.
941. RANGEL DE MESQUITA, M., *Justiça Internacional – Lições*, II, Lisboa, AAFDL, 2010, pp. 163 e 164.
942. Atente-se que a jurisprudência do Tribunal considerou que um meio interno, à partida eficaz, com o decurso temporal, poder-se-á revelar ineficaz, devendo o queixoso introduzir a sua queixa quando tiver elementos que lhe permitam atestar a ineficácia. Cfr. CABRAL BARRETO, I., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 403.
943. Cfr. SANTOS BOTELHO, C., *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e reços na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 325 e ARAGÃO HOMEM, F., *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o sistema de protecção de direitos fundamentais nacional: Estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Dissertação de Mestrado Científico, 2017, p. 45.
944. Salvo se o tribunal em causa apreciar, ainda assim, o mérito da questão.
945. Ac. Aksoy c. Turquia, de 18 de dezembro de 1996; Ac. Geórgia c. Rússia (I), de 3 de junho de 2014; Dec. Ucrânia c. Rússia (Crimeia), de 16 de dezembro de 2020; Ac. Geórgia c. Rússia (II), de 21 de janeiro de 2021.
946. VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN RIJN, A.e ZWAAK, L. eds., *Theory and Practice of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2006, p. 149. Acórdãos Papamichalopoulos c. Grécia, de 24 de junho de 1993; Story e outros c. Malta, de 29 de outubro de 2015.

não observem o princípio da independência judicial ou cujos arestos reiteradamente atentem contra a tutela dos direitos consagrados pela Convenção<sup>947</sup>; ou de colapso da organização estadual, motivada por conflitos armados, ocupação ou demais eventualidades<sup>948</sup>.

Aqui chegados, uma última nota se impõe no que concerne ao ónus da prova da exaustão dos meios internos, aferindo-se, neste conspecto, uma bipartição<sup>949</sup>. De facto, em primeira linha, consoante dispõe a al. g) do art. 47.º do Regulamento do Tribunal, impende sobre o requerente o dever de explicar e sustentar sucintamente o *iter processual* subjacente à apresentação da correspetiva petição. Por sua vez, competirá ao Estado que pretenda deduzir a exceção de não esgotamento dos recursos internos pelo requerente, a demonstração evidente, isto é, legislativamente consagrada e confirmada ou complementada pela prática ou jurisprudência<sup>950</sup>, da existência de meios internos efetivos, suficientes e acessíveis, suscetíveis de oferecerem ao queixoso a reparação da sua pretensão, com razoável garantia de sucesso<sup>951</sup>, que não foram por este utilizados<sup>952</sup>. Efetuada a prova pelo Estado requerido quanto à existência de uma via de recurso adequada e efetiva, acessível ao queixoso e não esgotada, incidirá sobre o requerente o ónus de demonstrar que o meio interno invocado pelo Estado não preenchia a apreciação substantivista do esgotamento dos meios internos, anteriormente enunciada. Saliente-se que a condição de admissibilidade sob análise não é de conhecimento oficioso, subsistindo a possibilidade de aceitação pelo Estado requerido do incumprimento deste pressuposto processual pelo queixoso, nomeadamente quando aquele não suscite a exceção.

Sublinhe-se, a finalizar, que a apreciação a efetuar quanto a este pressuposto de admissibilidade tem por referência a data de apresentação da petição perante o TEDH, salvo nas situações em que o último momento decisório ao nível interno ocorra em momento próximo à data de formulação da queixa e antes de o Tribunal se pronunciar quanto à admissibilidade<sup>953</sup>, bem como nos casos de superveniência de novos meios internos de recurso suscetíveis de repararem a pretensão do reque-

- 
947. D'ASCOLI, S. e MARIA SCHERR, K., *The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in the International Law Doctrine and its Application in the Specific Context of Human Rights Protection*, Itália, European University Institute, 2007, p. 13.
948. GUERRA DA FONSECA, R., *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 149.
949. CABRAL BARRETO, I., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 406.
950. Ac. Vernillo c. França, de 20 de fevereiro de 1991; Dec. Scavuzzo-Hager c. Suíça, de 30 de novembro de 2004; Ac. Norbert Sikorski c. Polónia, de 22 de outubro de 2009; Sürmeli c. Alemanha, de 8 de junho de 2006; Ac. Mikolajová c. Eslováquia, de 18 de janeiro de 2011.
951. Ac. Scoppola c. Itália (n.º 2), de 17 de setembro de 2009.
952. CABRAL BARRETO, I., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 406.
953. Ac. Molla Sali c. Grécia, de 19 de dezembro de 2018; Ac. Karoussiotis c. Portugal, de 1 de fevereiro de 2011; Cestaro c. Itália, de 7 de abril de 2015; A. M. c. França, de 29 de abril de 2019; Selahattin Demirtaş c. Turquia (n.º 2), de 22 de dezembro de 2020.

rente<sup>954</sup>, aferindo, nestes últimos, o julgador de Estrasburgo, o preenchimento dos requisitos de idoneidade<sup>955/956</sup>.

## 2.2. PRAZO DE QUATRO MESES A CONTAR DA DATA DA DECISÃO INTERNA DEFINITIVA

O pressuposto processual comum a ambas tipologias de petições, referente ao prazo a contabilizar desde a data da decisão interna definitiva, foi objeto de modificação aquando da entrada em vigor do Protocolo n.º 15, que alterou a letra do n.º 1 do art. 35.º da Convenção *in fine*, passando o antecedente prazo de seis para o vigente, de quatro meses. Ao estabelecimento de um prazo para efeitos de o queixoso recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos subjaz a garantia de segurança jurídica que tutela as autoridades nacionais e demais sujeitos implicados da incerteza que as deixaria um decurso prolongado no tempo. Acresce, ainda, o intuito de proporcionar ao potencial requerente um lapso de tempo reflexivo adequado à ponderação quanto à apresentação da queixa, coligindo os elementos fundamentais que instruem o respetivo conteúdo. Ademais, o estabelecimento do prazo procura acautelar a preservação e o conhecimento dos factos pelo julgador de Estrasburgo<sup>957</sup>, velando pela apreciação das queixas num período razoável.

Esta exigência assinala o limite temporal do controlo a efetuar pelo Tribunal, sendo a mesma, atendendo às motivações de ordem pública subjacentes, de conhecimento *ex officio*<sup>958</sup>. Deste modo, em oposição ao que sucede relativamente ao pressuposto de admissibilidade de exaustão das vias de recurso internas, a circunstância de o Estado requerido não invocar a falta de observância do prazo pelo requerente, não impede o Tribunal de a conhecer, uma vez que este pressuposto processual assinala o limite temporal para além do qual não poderão ser exercidas as funções

- 
954. RANGEL DE MESQUITA, M., *Justiça Internacional – Lições*, II, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 168.
955. Dec. Demopoulos e outros c. Turquia, de 1 de março de 2010, e Ac. Preda e outros c. Roménia, de 29 de abril de 2019.
956. A propósito do momento a partir do qual se torna razoável opor ao requerente uma via de recurso recentemente integrada no sistema jurídico de um Estado na sequência de uma decisão jurisprudencial, o Tribunal declarou que a equidade exige que se tome em consideração um período de tempo razoável, necessário aos destinatários da justiça, para que estes possam ter conhecimento efetivo da decisão interna que a consagra, a qual varia em função das circunstâncias. *Cfr.* Ac. Broca e Texier-Micault c. França, de 21 de outubro de 2003, Dec. Depauw c. Bélgica, de 15 de maio de 2007, Yavuz Selim Güler c. Turquia, de 15 de dezembro de 2015, McFarlane c. Irlanda, de 10 de setembro de 2010, Dec. Fakhretdinov e outros c. Rússia, de 23 de setembro de 2010 e Scordino c. Itália (n.º 1), de 29 de março de 2006.
957. Acórdãos Mocanu e outros c. Roménia, de 17 de setembro de 2014; Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal, de 19 de dezembro de 2017; Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal, de 6 de novembro de 2018; Sabri Güneş c. Turquia, de 29 de junho de 2012.
958. Acórdãos Sabri Güneş c. Turquia, de 29 de junho de 2012; Svinarenko e Slydanev c. Rússia, de 17 de julho de 2014; Blokhin c. Rússia, de 23 de março de 2016; Merabishvili c. Geórgia, de 28 de novembro de 2017; Radomilja e outros c. Croácia, de 20 de março de 2018.

de guardião da Convenção pela jurisdição de Estrasburgo. Acrescente-se, nesta linha, que, em contraste ao que referimos a propósito daquela condição de admissibilidade, o conhecimento oficioso não se encontra condicionado à possibilidade de aceitação pelo Estado do incumprimento<sup>959</sup>. Não obstante, caso se defenda por exceção, alegando a ultrapassagem do prazo, incide sobre o Estado requerido o ónus probatório quanto à data em que o requerente tomou conhecimento da decisão interna definitiva<sup>960</sup>.

A redução de seis para quatro meses do prazo de apresentação da queixa tem por fundamento o desenvolvimento das tecnologias de comunicação mais céleres e os prazos de recurso em vigor nos Estados partes<sup>961</sup>, mas igualmente a racionalização do acesso ao Tribunal que, conjugada com a norma que apenas considera a queixa introduzida quando o formulário se encontre devidamente preenchido com os documentos pertinentes que o suportam, nos termos prescritos pelo n.º 6 do art. 47.º do Regulamento do Tribunal<sup>962</sup>, determinará um acréscimo de rejeição de queixas e, inerentemente, a redução do número de queixas pendente de apreciação, esperando-se que a diminuição do prazo não se venha a traduzir numa dificuldade excessiva no acesso ao Tribunal.

Uma vez que a jurisprudência proferida a respeito do prazo anteriormente vigente permanece válida em relação ao modificado *dies ad quem* para a apresentação de queixas, será com base na mesma que, maioritariamente, teceremos as nossas considerações.

Em primeiro lugar, o prazo contar-se-á a partir do momento em que o queixoso ou o correlativo mandatário forense tenham conhecimento da decisão interna definitiva<sup>963</sup>, devendo entender-se esta como a decisão tomada no enquadramento normal de esgotamento das vias internas de recurso, observadas pelo requerente quanto à forma e no que concerne às regras de fundo previstas na lei interna<sup>964</sup>, motivo pelo qual este pressuposto processual é indissociável do requisito de exaustão das vias

---

959. Ac. Walter c. Reino Unido, de 25 de janeiro de 2000. *Cfr.* GUERRA DA FONSECA, R., Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 150.

960. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, Coimbra, Almedina, 2015, p. 412.

961. Relatório explicativo ao Protocolo n.º 15.

962. A interrupção do prazo de quatro meses só será, assim, efetivada, com a satisfação integral dos requisitos inscritos pelo art. 47.º do Regulamento do Tribunal, nomeadamente, após 2014, com o fim da possibilidade de interrupção do prazo com o envio de uma simples carta ao Tribunal. *Cfr.* GUERRA DA FONSECA, R., Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 150.

963. Dec. Koç e Tosun c. Turquia, de 13 de novembro de 2008.

964. A este propósito, tendo subjacente a conformação judiciária da ordem jurídica portuguesa, Ireneu Cabral Barreto exemplifica com o caso de um sujeito recorrer para o Tribunal Constitucional e ver o recurso recusado pelo facto de o mesmo não ser admissível ou de alguém que recorre para o Supremo Tribunal de Justiça de um acórdão da Relação, mas o recurso acaba por ser rejeitado pelo facto de o acórdão ser irrecorribel, afirmando que, nestes casos, a decisão interna definitiva será aquela que se pronunciou ao nível do mérito e não sobre a

de recurso internas<sup>965</sup>. Assim, se a decisão for tomada no contexto de audiência, na presença do queixoso ou do seu representante, é, por via de regra, a partir desta data que o prazo se inicia, salvo se o direito interno impuser a notificação escrita da decisão ou se for necessário conhecer a fundamentação da decisão adotada.

Sem prejuízo do exposto, sempre que o requerente ou o respetivo representante tenham o direito a ser notificados da decisão interna definitiva, entende-se como mais conforme ao objeto e à finalidade do n.º 1 do art. 35.º da Convenção que o *dies a quo* tenha início a partir do momento da notificação<sup>966</sup>, constituindo esta a regra geral, porquanto, segundo o Tribunal de Estrasburgo, o objeto e o fim da antedita norma são melhor prosseguidos pela contagem do prazo de quatro meses desde a data da notificação da decisão judicial, acompanhada de cópia da decisão, independentemente de a mesma ter sido objeto de conhecimento previamente, no contexto de audiência pública<sup>967/968</sup>. Nas situações em que a notificação não estiver prevista no ordenamento jurídico interno, ter-se-á em consideração, para efeitos do cômputo do prazo de caducidade, a data de prolação da decisão interna definitiva, isto é, o momento a partir do qual os interessados poderão conhecer o seu conteúdo, devendo, nesta tipologia de situações, o requerente ou o seu representante diligenciar pela obtenção de cópia da respetiva decisão ou apurar o desfecho do processo<sup>969</sup>.

O cômputo do prazo perentório de quatro meses observa os critérios convencionais e não aqueles decorrentes das especificidades das jurisdições estaduais, tendo em perspetiva salvaguardar os princípios da segurança jurídica e de uma boa administração da justiça, não se suspendendo em férias judiciais e apenas se compadecendo, em regra, com justos impedimentos<sup>970</sup>. Ademais, o prazo para a apresentação da queixa finda no último dia dos quatros meses, ainda que este

---

admissibilidade dos recursos. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, Coimbra, Almedina, 2015, p. 410.

965. RANGEL DE MESQUITA, M., Justiça Internacional – Lições, II, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 168.
966. Ac. Worm c. Áustria, de 29 de agosto de 1997.
967. Conselho da Europa, Secretariado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2022, p. 41, parágrafo 138.
968. Atente-se que a interpretação jurisprudencial do momento de notificação ao requerente da decisão é afastada quando a notificação tenha como destinatário o seu mandatário, caso em que o prazo de quatro meses se contabiliza a partir da data em que o advogado do queixoso tenha tido conhecimento da decisão com que se exauriram os recursos internos, mesmo que o queixoso venha a tomar conhecimento da mesma em momento posterior (Cfr. Dec. Celik c. Turquia, de 28 de novembro de 2017). Numa situação de dúvida, é, por conseguinte, aconselhável a apresentação da queixa no menor intervalo temporal, próxima à imediatidate, sob pena de caducidade do direito a apresentar queixa perante o Tribunal. Cfr. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, Coimbra, Almedina, 2015, p. 410.
969. Cfr. Ac. Papachelas c. Grécia, de 25 de março de 1999; Dec. Ölmez c. Turquia, de 1 de fevereiro de 2005; Ac. Akif Hasanov c. Azerbaijão, de 19 de setembro de 2019.
970. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, Coimbra, Almedina, 2015, p. 410.

coincida com um dia não útil no Estado requerido ou no Estado francês, no qual o TEDH se encontra sediado<sup>971</sup>. Em similitude às demais vozes em sentido crítico na doutrina portuguesa, temos dúvidas quanto ao acerto da solução que torna necessária a apresentação da queixa, caso o *dies ad quem* do prazo de quatro meses coincida com um dia não útil, no dia útil antecedente, traduzindo-se, este cenário, numa redução do prazo para a apresentação da queixa perante a jurisdição de Estrasburgo<sup>972</sup>.

Uma última nota quanto ao alcance do pressuposto processual sob análise, o qual requer uma interpretação flexível, compreendendo situações de excepcionalidade. Desde logo, em circunstâncias em que a queixa se refira à falta de um recurso interno contra a violação da Convenção ou não existindo um meio interno idóneo a exaurir para efeitos resarcitórios, o prazo começará a contabilizar-se no momento em que o incumprimento convencional cesse ou na data em que o requerente teve conhecimento da ocorrência dos atos lesivos ou sofreu os danos ou prejuízos<sup>973</sup>. Entendimento análogo dever-se-á formular no caso das situações contínuas<sup>974</sup>, cujo *dies a quo* se inicia na data de cessação da violação, embora a jurisprudência do Tribunal não se compadeça com a admissibilidade infindável da queixa, impondo aos requerentes um dever de diligência e de iniciativa, como seja em situações de vítimas de desaparecimento forçado<sup>975</sup>. Sem prejuízo do exposto, entende-se decorrer das prolações de Estrasburgo a necessidade de a vítima se encontrar na possibilidade de apresentar a petição, salvo nos casos em que essa apresentação possa ser efetuada por terceiro<sup>976</sup>.

- 971. Consoante decorre da jurisprudência Sabri Güneş c. Turquia, de 29 de junho de 2012. Cfr. Conselho da Europa, Secretariado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2022, p. 43, parágrafo 149.
- 972. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 410 e 411 e GUERRA DA FONSECA, R., Aulas teóricas da unidade curricular de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, 1.º Ciclo de Estudos, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2021/2022.
- 973. Dec. Dennis e outros c. Reino Unido, de 2 de junho de 2002; Ac. Varnava e outros c. Turquia, de 18 de setembro de 2009. Segundo a jurisprudência de Estrasburgo, nas situações em que o requerente utilize um recurso aparentemente eficaz e se aperceba, em momento posterior, da ausência de idoneidade, dever-se-á identificar o *dies a quo* com a data na qual o queixoso teve ou deveria ter conhecimento dessa falta. Cfr. Ac. Varnava e outros c. Turquia, de 18 de setembro de 2009; Ac. Jeronovičs c. Letónia, de 5 de julho de 2016; Zubkov e outros c. Rússia, de 7 de novembro de 2017.
- 974. Segundo a jurisprudência do Tribunal, o conceito de situação contínua traduz uma situação decorrente de ações contínuas cometidas pelo Estado ou em seu nome das quais os queixosos são vítimas, estando neste conceito incluídas as situações de lesão decorrentes de atos legislativos (Cfr. Acórdãos Fetisov e outros c. Rússia, de 17 de janeiro de 2012; Svinarenko e Slydanev c. Rússia, de 17 de julho de 2014; Chaldayev c. Rússia, de 28 de maio de 2019; Shlykov e outros c. Rússia, de 19 de janeiro de 2021; e S. A. S. c. França, de 1 de julho de 2014; Parrillo c. Itália, de 27 de agosto de 2015).
- 975. Ac. Varnava e outros c. Turquia, de 18 de setembro de 2009.
- 976. Assim, nas situações de desaparecimento forçado, o queixoso só poderá apresentar a sua queixa quando reaparecer ou nas situações de prisioneiros cujos direitos sejam violados

### 3. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE ESPECÍFICOS

A apresentação de uma petição individual pelos sujeitos infraestaduais e a correlativa legitimidade encontra-se condicionada por particulares condições de admissibilidade, de acordo com o consagrado pelos números 2 e 3 do art. 35.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos em articulação com os preceitos, de natureza e conteúdo preponderantemente formal, inscritos pelos artigos 45.º e 47.º do Regulamento do Tribunal<sup>977</sup>.

#### 3.1. ANONIMATO DA PETIÇÃO INDIVIDUAL

Em termos processuais, o Tribunal de Estrasburgo não conecerá qualquer petição individual se a mesma padecer de anonimato no que se reporta à identidade do queixoso, consoante resulta da al. a) do n.º 2 do art. 35.º da Convenção, em concordância com a exigência consagrada pelo n.º 1 do art. 47.º do Regulamento do Tribunal. Este imperativo procura salvaguardar a instrumentalização do recurso ao Tribunal somente por motivos políticos ou propagandísticos, para obtenção da posição jurisprudencial sobre um determinado objeto substantivo ou enquanto subterfúgio face ao afastamento, no que respeita à legitimidade ativa perante o Tribunal, da ação popular ou de modalidade adjetiva que se lhe aproxime<sup>978</sup>.

A petição individual será considerada anónima caso os elementos processuais fornecidos não indiquem qualquer elemento que permita ao Tribunal a identificação do requerente; a identidade do requerente não seja apostila no formulário ou nos demais elementos documentais que conformem o processo dirigido ao Tribunal; ou a procuração outorgada ao respetivo representante não contenha a identidade do queixoso. *A contrario*, a queixa não será considerada anónima se o queixoso tiver fornecido ao Tribunal elementos factuais e jurídicos que permitam a sua identificação, derivados dos factos e fundamentos apresentados.

Denote-se, todavia, que apesar de a identificação do requerente consubstanciar um elemento formal que deve integrar o conteúdo da queixa individual, o anonimato não se confunde com a possibilidade de a não divulgação da identidade ser requerida, motivando-a, pelo queixoso ao Tribunal, tendo subjacente um legítimo

---

no estabelecimento prisional que os impeçam de comunicar com o exterior. Neste sentido, GUERRA DA FONSECA, R., Aulas teóricas da unidade curricular de Proteção International dos Direitos Humanos, 1.º Ciclo de Estudos, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2021/2022.

977. Em similitude, de entre as condições de admissibilidade das queixas, previstas no elenco do art. 35.º, consoante salientado, apenas o esgotamento das vias de recurso internas e o prazo de quatro meses são transversais às queixas interestaduais e individuais. Não obstante, na mesma linha das queixas individuais, a admissibilidade das petições interestaduais encontra-se dependente da observância dos requisitos formais apostos nos artigos 45.º e 46.º do diploma regulamentar do Tribunal de Estrasburgo.
978. Dec. Confederação dos sindicatos médicos franceses e federação nacional dos enfermeiros c. França, de 12 de maio de 1986.

receio de ser alvo de retaliação ou esta recair sobre outros sujeitos, especialmente os seus familiares ou pessoas que lhe sejam próximas<sup>979</sup>, circunstância que se traduz num desvio à regra do acesso público à informação no âmbito de processos que correm termos na jurisdição de Estrasburgo<sup>980</sup>. Nesta tipologia de situações, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos poderá autorizar o anonimato<sup>981</sup>, nos termos do disposto pelo n.º 4 do art. 47.º do Regulamento do Tribunal.

### 3.2. PETIÇÃO IDÊNTICA PERANTE O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS OU DISTINTA INSTÂNCIA INTERNACIONAL

Além de ser vedado ao julgador de Estrasburgo o conhecimento de uma queixa anónima, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não poderá exercer a sua competência jurisdicional quando a petição individual não contiver factos novos e for, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente apreciada pelo próprio Tribunal, nos termos da primeira parte da al. b) do n.º 2 do art. 35.º da Convenção, ou tiver já sido submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão, de acordo com a antedita norma, *in fine*<sup>982</sup>. Revela a redação da al. b) que, embora configurem situações distintas, apresentam como elementos transversais a identidade de partes e de objeto. Como tal, em ambas, a petição individual será idêntica à anterior e, consequentemente, inadmissível, se envolver os mesmos sujeitos ativo e passivo e estiver subordinada a inalterado conteúdo quanto à situação factual subjacente<sup>983</sup>.

A inadmissibilidade que consta da primeira parte da referida al. b) visa salvaguardar o caráter definitivo das decisões do Tribunal de Estrasburgo, impedindo que os requerentes procurem alterar o juízo decisório por intermédio da apresentação de uma nova queixa<sup>984</sup>, salvo se a mesma contiver factos novos. Note-se que esta vertente encontra exclusivamente a sua expressão em situações de efetiva repetição,

- 
979. GUERRA DA FONSECA, R., Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 151.
980. RANGEL DE MESQUITA, M., Justiça Internacional – Lições, II, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 196.
981. Não estando excluída a possibilidade de o Tribunal optar pela concessão oficiosa do anonimato.
982. Atente-se que uma queixa interestadual não impede os particulares da possibilidade de recorrerem ao direito de petição individual, podendo apresentar os seus próprios fundamentos de queixa perante a jurisdição de Estrasburgo, no exercício do direito garantido pelo art. 34.º da CEDH. *Cfr.* Ac. Varnava e outros c. Turquia, de 18 de setembro de 2009.
983. Como tal, a disposição procura acautelar petições individuais apresentadas pelas mesmas vítimas em relação aos mesmos Estados, com sustento em idêntica factualidade, não obstante à apresentação de queixa por distinta vítima relativamente a esse Estado e com fundamento em similar enquadramento factual, em confronto com uma outra queixa dirimida sob a jurisdição do Tribunal que haja sido apresentada em momento anterior por diferente vítima contra o mesmo sujeito estadual, motivada em idêntica factualidade. Assim, as petições individuais serão diferentes se os requerentes não forem os mesmos.
984. Dec. Harkins c. Reino Unido, de 15 de junho de 2017, § 51; Dec. Kafkaris c. Chipre, de 21 de junho de 2011; Dec. Lowe c. Reino Unido, de 8 de setembro de 2009.

razão pela qual não abrangerá os casos em que antes de uma primeira queixa não tivessem sido exauridas as vias de recurso internas, admitindo-se a apresentação de nova queixa após a observância do referido pressuposto, ou quando motivada em novos atrasos no processo judicial<sup>985</sup>. Além disso, uma queixa não respeitará, em geral, as exigências de admissibilidade constantes do art. 35.º na medida em que se limite a apresentar argumentos jurídicos novos ou informações complementares sobre o direito interno que não sejam de natureza a modificar as razões de rejeição da sua anterior queixa. De outro modo, a fim de o Tribunal apreciar o mérito de uma queixa que, além da identidade de sujeitos, se reporte ao mesmo objeto factual subjacente à petição anterior, o requerente deverá apresentar verdadeiramente uma nova factualidade ou novas informações não apreciadas anteriormente pelo Tribunal, não cumprindo tal exigência a formulação de argumentos jurídicos novos, o fornecimento de informações complementares respeitantes ao ordenamento jurídico interno que não sejam de natureza a modificar as razões de rejeição da queixa anteriormente apresentada ou desenvolvimentos na jurisprudência de Estrasburgo<sup>986</sup>.

Sob distinta perspetiva, constante da parte final da al. b) do n.º 2 do art. 35.º da Convenção, o TEDH não conecerá a petição individual, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão, salvo se contiver factos novos. O pressuposto em causa deriva da multiplicação de sistemas de garantia de direitos humanos, universais e regionais, enquanto parte integrante do constitucionalismo multinível, obstando, de acordo com o sentido e letra da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, à pluralidade de decisões internacionais relativas a situações essencialmente idênticas, configurando uma regra de não címulo que procura prevenir a prolação de uma decisão inútil ou conflituante com um juízo decorrente de distintas instâncias internacionais de apreciação<sup>987</sup>.

À luz da jurisprudência do Tribunal, referente à aplicação do pressuposto, a fim de determinar se tem competência para apreciar o mérito da queixa, o julgador de Estrasburgo deverá aferir se a petição individual é essencialmente idêntica a outra, apresentada a distinta instância internacional, e, em caso afirmativo, se o processo tramitou de acordo com uma natureza adversarial<sup>988</sup> e suscetível de providenciar reparação ao queixoso. No que concerne ao primeiro pressuposto, na linha do salientado a propósito da parte inicial da al. b), o Tribunal terá de decidir

- 
985. GUERRA DA FONSECA, R., Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 151.
986. Conselho da Europa, Secretariado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2022, p. 50, parágrafo 185 e Leach, P. Taking a Case to the European Court of Human Rights, Nova Iorque, Oxford University Press, 2017, p. 172.
987. RANGEL DE MESQUITA, M., Justiça Internacional – Lições, II, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 193.
988. GUERRA DA FONSECA, R. Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 151.

se a queixa apresentada perante a sua jurisdição é substancialmente idêntica a uma outra submetida perante distinta instância internacional, equiparando as partes nos respetivos procedimentos, as disposições legais invocadas, o âmbito da queixa e a natureza de reparação requerida, analisando, *grosso modo*, se as queixas submetidas às demais instâncias internacionais respeitam à mesma factualidade, partes e a fundamentos de acusação em substância idênticos<sup>989</sup>. Todavia, ao arrepio do que se observou a propósito daquela primeira situação, o Tribunal, na apreciação da parte final da al. b), não se circunscreve a uma análise formal das queixas, ampliando a sua apreciação à natureza das instâncias internacionais pela norma visadas, de modo a aferir se a natureza do órgão de tutela, a tramitação observada e os efeitos decíduos são de molde a excluir a sua competência jurisdicional<sup>990</sup>. Neste conspecto, avultam as instâncias internacionais, independentemente da sua natureza judicial ou quase-judicial, perante as quais, consoante aludimos anteriormente, tenham lugar procedimentos internacionais que observem o princípio do contraditório, conducentes a uma efetiva reparação da violação alegada, e que se aproximem do mecanismo de proteção inscrito pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, seja na vertente da proteção substantiva à qual subordinam o correlativo juízo, seja no que concerne aos adjetivos de independência e imparcialidade<sup>991</sup>, decalcados do paradigma do Estado de direito. O Tribunal deve, portanto, determinar se a natureza do órgão de supervisão, o procedimento seguido e os efeitos das decisões são tais que permitam à parte final da al. b) do n.º 2 do art. 35.º excluir a jurisdição do Tribunal de Estrasburgo.

A título ilustrativo, estando incluídos no conceito de «outra instância internacional de inquérito ou de resolução» procedimentos judiciais ou quase judiciais semelhantes aos estabelecidos pela Convenção, apontam-se, *inter alia*, o Comité dos Direitos Humanos e o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, da Organização das Nações Unidas<sup>992</sup>. Em detrimento, o procedimento administrativo do incumprimento que pode levar à instauração de uma ação contra os Estados-membros acusados de violação das obrigações dos Tratados, segundo o disposto pelo art. 260.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, à luz da jurisprudência de Estrasburgo, não se incluirá no elenco de instâncias relevantes para efeitos de decisão de inadmissibilidade de queixa dirigida ao TEDH porquan-

989. Ac. OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rússia, de 20 de setembro de 2011; Dec. Federação Helénica dos sindicatos dos empregados do setor bancário c. Grécia, de 6 de dezembro de 2011; Karoussiots c. Portugal, de 1 de fevereiro de 2011; Dec. Gürdeniz c. Turquia, de 18 de março de 2014; Dec. Pauger c. Áustria, de 9 de janeiro de 1995.

990. Ac. OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rússia, de 20 de setembro de 2011; Ac. Karoussiots c. Portugal, de 1 de fevereiro de 2011; Dec. Federação Helénica dos sindicatos dos empregados do setor bancário c. Grécia, de 6 de dezembro de 2011.

991. Ac. Selahattin Demirtaş c. Turquia (n.º 2), de 22 de dezembro de 2020; Dec. Tunç c. Turquia, de 22 de fevereiro de 2022.

992. *Cfr.* LEACH, P., Taking a Case to the European Court of Human Rights, Nova Iorque, Oxford University Press, 2017, pp. 173 e 174 e GUERRA DA FONSECA, R., Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 151.

to a nota explicativa que acompanha o formulário de reclamação a ser dirigido à Comissão Europeia indica que a constatação de infração pelo Tribunal de Justiça da União Europeia não tem impacto sobre os direitos do reclamante, uma vez que não se destina à resolução de casos individuais, limitando-se a obrigar o Estado-membro em causa a respeitar o direito eurocomunitário. Mais especificamente, quaisquer pedidos individuais de indemnização teriam de ser apresentados pelos queixosos perante os tribunais nacionais, razão pela qual os reclamantes não têm de revelar um interesse formal em agir e não precisam demonstrar que são principal e diretamente afetados pela infração denunciada<sup>993</sup>.

### 3.3. PETIÇÃO INCOMPATÍVEL COM O DISPOSTO NA CONVENÇÃO OU NOS SEUS PROTOCOLOS, MANIFESTAMENTE MAL FUNDADA OU COM CARÁTER ABUSIVO

Com base na formulação constante da al. *a*) do n.º 3 do art. 35.º da Convenção, são inadmissíveis as petições individuais incompatíveis com o disposto na Convenção e nos seus Protocolos, que sejam manifestamente mal fundadas ou tenham caráter abusivo.

O primeiro segmento envolve a apreciação do conceito normativo complexo inerente à jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nas vertentes *ratione personae*, relativa aos sujeitos, *ratione loci*, referente ao lugar, *ratione temporis*, a respeito do tempo ou momento e, por último, *ratione materiae* ou em razão do objeto<sup>994</sup>. Consequentemente, a incompatibilidade da petição com as dimensões anteriormente identificadas determina a sua inadmissibilidade.

No plano da falta manifesta de fundamento importa sublinhar que o mesmo evidencia um conceito normativo de pronunciada complexidade, atendendo à adversidade em selecionar um critério singular<sup>995</sup>. A fim de compreender o sentido e o alcance deste pressuposto, saliente-se que, embora, à partida, se pudesse considerar estarem inscritas neste conceito as situações em que o queixoso não evidenciasse, de modo suficiente, os factos alegados, o Tribunal identifica uma quádrupla de categorias que poderão consubstanciar a inadmissibilidade fundada nesta condição de admissibilidade.

Em primeiro lugar, serão inadmissíveis os motivos de queixa manifestamente mal fundados que se inscrevam na denominação, introduzida jurisprudencialmente, de

---

993. Ac. Karoussiotis c. Portugal, de 1 de fevereiro de 2011.

994. A temática da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos foi objeto de considerações vastas ao longo da presente obra, tanto a propósito da legitimidade (ativa e passiva), nomeadamente em alusão ao disposto pelos arts. 1.º, 32.º a 34.º da Convenção, bem assim como genericamente quanto à jurisdição do Tribunal, motivo pelo qual efetuamos remissão, no presente ponto, para tais explanações.

995. GUERRA DA FONSECA, R., Aulas teóricas da unidade curricular de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, 1.º Ciclo de Estudos, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2021/2022.

queixas de «quarta instância». Com efeito, não configurando o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos uma instância de recurso de decisões judiciais nacionais, quando seja chamado a intervir na sequência de uma decisão judicial interna, por norma, correspondente à última instância de recurso ordinário, o Tribunal, salvo casos excepcionais, cujas constatações e conclusões sejam flagrante e evidentemente arbitrárias<sup>996</sup> ou em situações cujo juízo tenha ofendido os direitos e liberdades salvaguardados pela Convenção<sup>997</sup>, não reapreciará a prova dos factos realizada ao nível do processo interno, no que concerne à fixação dos factos da causa, à interpretação e aplicação do direito doméstico e à admissibilidade e apreciação das provas no processo, nem apreciará da equidade substantiva do resultado num processo de natureza civil ou da culpabilidade do arguido num processo penal, limitando-se a aferir o respeito, pelos Estados partes, dos compromissos assumidos ao ratificarem a Convenção.

Inscrevem-se, ainda, neste pressuposto os casos em que embora a petição individual contemple todas as condições formais de admissibilidade, a inadmissibilidade decorra de um juízo relativamente à aparência de arbitrariedade ou iniquidade da apreciação efetuada na esfera do direito interno<sup>998</sup>, da aferição de inexisteência de aparência de desproporção entre os fins e meios<sup>999</sup> ou devido à ausência de qualquer aparência de violação da disposição invocada, sendo assim manifestamente mal fundada toda a queixa que, na sequência de um exame perfuntório do seu conteúdo material, não revele a aparência de violação dos direitos humanos garantidos pela Convenção<sup>1000</sup>. Ademais, naquele que é o sentido mais congruente com a letra do pressuposto, enquadraram-se na esfera de inadmissibilidade da falta manifesta de fundamento as situações em que o queixoso não apresente prova suficiente da factualidade alegada e da correspondente pretensão, que permita alicerçar o conteúdo da petição individual, de acordo com o disposto pelos artigos art. 44-C.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, e 47.<sup>º</sup> do Regulamento do Tribunal<sup>1001/1002</sup>, bem assim como os casos em que as

---

996. Ac. Syssoyeva e outros c. Letónia, de 15 de janeiro de 2007.

997. Ac. Garcia Ruiz c. Espanha, de 21 de janeiro de 1999; e Ac. Perlala c. Grécia, de 22 de fevereiro de 2007.

998. Entendendo-se como inadmissíveis as queixas cujo processo doméstico tramitou perante órgãos jurisdicionais, subordinados ao princípio do Estado de direito, observou as disposições processuais consagradas no ordenamento jurídico doméstico, cuja prova foi apresentada e analisada pelas autoridades nacionais e a decisão estadual haja sido suficientemente fundamentada.

999. Nas situações em que o direito invocado nos termos da Convenção não é absoluto, contemplando limitações expressamente previstas na Convenção ou jurisprudencialmente definidas como sendo justificáveis.

1000. A verificação destes dois últimos requisitos poderão implicar uma apreciação preliminar quanto ao mérito da causa. *Cfr.* LEACH, P., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2017, pp. 183 e ss.

1001. Nomeadamente, de acordo com as alíneas *d*) e *e*) do n.<sup>º</sup> 1, al. *a*) do n.<sup>º</sup> 2, alíneas *a*) e *b*) do n.<sup>º</sup> 3.1 e alíneas *a*) e *c*) do n.<sup>º</sup> 5.1.

1002. A queixa será, por conseguinte, julgada inadmissível, nomeadamente nas situações em que o queixoso se limita a citar as disposições da Convenção, não explicitando o modo pelo qual foram as mesmas infringidas, salvo se tal evidência decorrer dos factos da causa ou

petições individuais sejam confusas, impossibilitando a compreensão dos factos e pretensões requeridas, ou as situações de queixas fantasiosas edificadas sobre uma factualidade objetivamente impossível, manifestamente engendrada ou evidentemente contrária ao senso comum, notória para qualquer declaratário normal, destituído de formação jurídica<sup>1003</sup>.

Por último, estabelece a al. *a*) do n.º 3 do art. 35.º da Convenção, *in fine*, a inadmissibilidade em situações de abuso do direito de queixa. Nesta tipologia de situações enquadram-se, genericamente, o exercício do direito de queixa fora da sua finalidade, manifestamente oposto à vocação da prerrogativa convencional e, em particular, a alegação dolosa de factos falsos perante o Tribunal, a utilização de linguagem imprópria ou outras hipóteses análogas, uma vez que a adjetivação de queixa enquanto abusiva é efetuada de modo casuístico<sup>1004</sup>. Deste modo, será considerada inadmissível uma queixa que se sustente, de modo deliberado, em factos falsos, tendo em vista ludibriar a jurisdição de Estrasburgo<sup>1005</sup>, ou omita conscientemente factos essenciais, incluindo aqueles que sejam supervenientes, para a apreciação da situação *sub judice* com pleno conhecimento da causa<sup>1006</sup>. Por seu lado, materializa a definição de abuso do direito de queixa a utilização de expressões particularmente excessivas, injuriosas ou difamatórias, independentemente do interveniente processual às quais se dirijam, devendo as mesmas ultrapassar os limites de uma crítica normal, cívica e legítima<sup>1007</sup>. Serão ainda consideradas abusivas queixas sustentadas numa infração intencional do dever de confidencialidade inerente às negociações da resolução amigável, a reiteração da apresentação de queixa vexatória ou manifestamente mal fundada, similar a queixa preteritamente declarada inadmissível, ou queixas motivadas por um intuito de publicidade ou propaganda<sup>1008</sup>.

### 3.4. PREJUÍZO SIGNIFICATIVO

Distinto pressuposto específico inerente à admissibilidade das petições individuais respeita àquele que se encontra consagrado na al. *b*) do n.º 3 do art. 35.º

---

quando o mesmo omite prova documental, *maxime*, as decisões dos tribunais, salvo se se encontrar impedido de a obter ou o Tribunal decida em sentido diverso.

- 1003. Conselho da Europa, Secretariado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2022, p. 78, parágrafo 315.
- 1004. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, Coimbra, Almedina, 2015, p. 415.
- 1005. Tais situações abrangem a apresentação de queixa sob falsa identidade ou falsificação de documentos dirigidos ao Tribunal.
- 1006. Conselho da Europa, Secretariado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2022, p. 52, parágrafo 197.
- 1007. Dec. Di Salvo c. Itália, de 11 de janeiro de 2007; Dec. Apinis c. Letónia, de 20 de setembro de 2011.
- 1008. Conselho da Europa, Secretariado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2022, p. 55, parágrafos 210 e seguintes.

da Convenção, cuja introdução se fundamenta na entrada em vigor do Protocolo n.º 14, que comina com a inadmissibilidade as queixas em que o autor não tenha sofrido um prejuízo significativo, salvaguardada a situação em que o respeito pelos direitos humanos garantidos na Convenção e nos respetivos Protocolos exija uma apreciação da petição quanto ao fundo, não obstante a falta de verificação daquela condição<sup>1009</sup>.

Ao critério de admissibilidade em causa subjaz o princípio *de minimis non curat praetor*, de acordo com o qual o juiz não deverá ocupar-se de assuntos triviais ou de pouca relevância<sup>1010</sup>, visando colmatar o problema do aumento exponencial de queixas perante o TEDH por intermédio da racionalização do sistema de Estrasburgo atendendo ao avultado número de queixas pendentes. Este pressuposto negativo coaduna-se, por conseguinte, com a rejeição de uma queixa que, em princípio, mereceria um exame do mérito e enquadrada materialmente nos preceitos da Convenção.

Encontra-se na base da densificação, de génesis jurisprudencial, do conceito indeterminado de «prejuízo significativo», o impacto económico da questão litigiosa e a importância do caso para o queixoso, entendidos como critérios que materializam as suas traves-mestras conceptuais. De acordo com os arestos do Tribunal, dever-se-á, igualmente, tomar em consideração os elementos respeitantes à natureza do direito alegadamente violado, a gravidade da incidência da alegada violação sobre o exercício de um direito e/ou as consequências eventuais da violação sobre a situação pessoal do requerente<sup>1011</sup>.

À luz da jurisprudência do Tribunal, o critério repousa sobre a ideia no sentido de que a violação de um direito tutelado pela Convenção deve atingir um mínimo de gravidade a fim de ser apreciada pela sua jurisdição, juízo que a par da percepção subjetiva ou do interesse geral do requerente na prossecução do caso, implica uma ponderação objetiva a efetuar pelo Tribunal, seja qual for o interesse patrimonial em causa<sup>1012</sup>. Resulta, todavia, dos arestos de Estrasburgo que o impacto económico em causa não constitui o único elemento que permite determinar se o requerente sofreu um prejuízo significativo<sup>1013</sup>, podendo a violação da Convenção resultar de uma questão de princípio importante daquela vertente dissociada<sup>1014</sup>.

---

1009. Atente-se que com a entrada em vigor do Protocolo n.º 15 se supriu a segunda cláusula de salvaguarda relacionada com a devida apreciação do caso por um tribunal interno.

1010. Cfr. Conselho da Europa, Research Report «The new admissibility criterion under Article 35 § 3 (b) of the Convention: case-law principles two years on», 2012, parágrafo 8.

1011. Ac. Giusti c. Itália, de 18 de outubro de 2011. Cfr. VOGIATZIS, N., «The Admissibility Criterion under Article 35(3)b ECHR», in International and Comparative Law Quarterly, 65, (2016), pp. 189 e 190.

1012. Como tal, o interesse patrimonial não pode ser objeto de uma ponderação abstrata, dissociada das particularidades subjetivas.

1013. Dec. Korolev c. Rússia, de 1 de julho de 2010; Ac. Biržietis c. Lituânia, de 14 de junho de 2016; Ac. Karelín c. Rússia, de 20 de setembro de 2016.

1014. *Inter alia*, Acórdãos Giuran c. Roménia, de 21 de junho de 2011, Konstantin Stefanov c. Bulgária, de 27 de outubro de 2015 e Luchaninova c. Ucrânia, de 9 de junho de 2011.

Em abstrato, o pressuposto processual em apreço implica uma restrição significativa à pedra angular do direito de petição individual, porquanto, ao afastar a apreciação de petições que não preencham os supramencionados critérios, avulta a consideração no sentido de determinadas situações de violação dos direitos humanos tutelados pela Convenção preterirem a outras, nas quais, identicamente, se observa uma lesão material das normas convencionais<sup>1015</sup>. Não obstante, afere-se uma parca utilização do pressuposto adjetivo, cujo escopo das queixas visado se tem vindo a integrar no cerne dos pressupostos de admissibilidade constantes da al. a) do n.º 3 do art. 35.º da Convenção<sup>1016</sup>.

#### **4. MOMENTO DE APRECIAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE INADMISSIBILIDADE**

No plano do conhecimento do preenchimento das condições de admissibilidade, o n.º 4 do art. 35.º da Convenção dispõe que a rejeição da queixa inadmissível poderá ocorrer em qualquer momento da tramitação processual. Consequentemente, uma decisão de admissão da petição<sup>1017</sup> por qualquer das formações do Tribunal de Estrasburgo não impede que essa mesma formação conheça da ausência de verificação dos pressupostos de admissibilidade numa fase posterior ou veda, a distinta formação, reverter a decisão previamente adotada no sentido da admissibilidade, independentemente do momento processual, no qual se inclui a apreciação do mérito<sup>1018</sup>.

---

1015. Cf. Cançado Trindade, A., *The Access of individuals to international justice*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2011, p. 37 e VOGIATZIS, N., «The Admissibility Criterion under Article 35(3)b ECHR», in *International and Comparative Law Quarterly*, 65, (2016).

1016. Cf. CANO-PALOMARES, G., «La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH», in *Revista Española de Derechos Humanos*, 42, (2012), pp. 67 e 68 e ARAGÃO HOMEM, F. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o sistema de protecção de direitos fundamentais nacional: Estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Dissertação de Mestrado Científico, 2017, p. 51.

1017. Individual ou interestadual.

1018. Cfr. Ac. Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal, de 6 de novembro de 2018.



## *Capítulo 14*

# Admisibilidad, fondo y satisfacción equitativa en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ<sup>1019</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD SOBRE EL FONDO (ART. 35.3.B, CEDH). 2.1. *Demandas manifiestamente mal fundadas*. 2.2. *Ausencia de un perjuicio importante*. 3. SATISFACCIÓN EQUITATIVA (ART. 41, CEDH). 3.1. *Rasgos generales de la satisfacción equitativa*. 3.2. *Requisitos de la satisfacción equitativa*. 3.3. *Reembolso de gastos*. 4. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS (ART. 46, CEDH).

### **1. INTRODUCCIÓN**

Un asunto contencioso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH o el Tribunal) puede ser objeto de varias sentencias sucesivas. En las próximas páginas nos centraremos en los artículos 35.3.b), 41 y 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante el CEDH y/o el Convenio) en relación a los requisitos de admisibilidad sobre el fondo, la satisfacción equitativa y la fuerza vinculante y ejecución de la sentencia respectivamente.

### **2. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD SOBRE EL FONDO (ART. 35.3.B, CEDH)**

Una vez cumplidas todas las condiciones formales de admisibilidad, el Tribunal puede declarar inadmissible una demanda por motivos sobre su examen en cuanto al fondo. El art. 35.3. b) del CEDH establece:

«(...) 3. El Tribunal declarará inadmisible cualquier demanda individual presentada en virtud del art. 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o

---

1019. Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla (España).

b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda».

Dos son los motivos de inadmisión respecto al fondo de un asunto: tratarse de una demanda manifiestamente mal fundada y la ausencia de un perjuicio importante para el demandante.

## 2.1. DEMANDA MANIFIESTAMENTE MAL FUNDADA

El motivo más común de inadmisión sobre el fondo es que se considere que la demanda esté manifiestamente mal fundada. La mayoría de esta clase de demandas se declara inadmisibles de plano por un juez único o por un comité de tres jueces (art. 27 y 28 del Convenio). El término «manifiestamente mal fundada» puede aplicarse a la demanda en su conjunto o a una queja expresa. Esta posibilidad determina que, en algunos casos, una parte de la demanda pueda ser rechazada, mientras que el resto se declara admisible e incluso puede dar lugar a la constatación de una violación del Convenio.

Las demandas manifiestamente mal fundadas se pueden dividir en cuatro grupos: *i)* demandas de cuarta instancia, *ii)* demandas en las que no ha habido violación aparente, *iii)* demandas sin fundamento, *iv)* demandas confusas o descabelladas.

*i) Cuarta instancia:* la categoría de demandas denominadas de cuarta instancia obedece a la necesidad jurisprudencial de destacar lo que el Tribunal no es; así no puede considerarse un tribunal de apelación, ni un tribunal que pueda anular las sentencias dictadas por un tribunal nacional. Las competencias del Tribunal se limitan a verificar que los Estados partes cumplen con los compromisos asumidos en materia de derechos humanos al ser partes del Convenio y de sus Protocolos. El Tribunal no puede valorar por sí mismo los hechos que han llevado a un tribunal nacional a adoptar una determinada decisión.

De esta forma, el Tribunal no puede, por regla general, cuestionar el fallo y las conclusiones de los tribunales nacionales en relación a la determinación de los hechos del caso, la interpretación y aplicación del derecho interno, la admisión y valoración de los elementos probatorios durante el juicio, la equidad sustantiva del resultado de un litigio civil y la culpabilidad o inocencia del acusado en un proceso penal. La única excepción que permite conocer al Tribunal a pesar de las limitaciones enumeradas se basa en el carácter manifiestamente arbitrario de la sentencia, de manera que pueda considerarse contraria a la justicia y al sentido común.

*ii) Ausencia evidente o aparente de una violación:* se trata de un supuesto en el cual no hay apariencia alguna de violación. Pueden distinguirse tres tipos de causas de inadmisibilidad: ausencia aparente de arbitrariedad o injusticia, ausencia aparente de falta de proporcionalidad entre los objetivos y los medios y otras cuestiones de fondo relativamente más fáciles.

*iii) Demandas sin fundamento:* falta de pruebas. La Regla 47 del Reglamento del Tribunal (en adelante, Reglamento) regula el contenido de las demandas individuales. El incumplimiento de los requisitos exigidos determinará el poder ser considerada una demanda manifiestamente mal fundada especialmente en dos casos: el demandante se limita a citar una o varias disposiciones del Convenio sin explicar de qué manera se han infringido; el demandante omite o se niega a presentar pruebas documentales que apoyen sus alegaciones, excepto que existan circunstancias excepcionales ajenas a su voluntad que se lo impidan.

*iv) Demandas confusas o descabelladas:* se tratan de quejas que resulten objetivamente imposible entender por el Tribunal.

## 2.2. AUSENCIA DE UN PERJUICIO IMPORTANTE

Junto a la demanda manifiestamente mal fundada, la segunda causa de inadmisibilidad en cuanto al fondo es la falta de perjuicio importante. El art. 35.3.b) se compone de dos elementos distintos: en primer lugar, el criterio de admisibilidad propiamente dicho, según el cual el Tribunal podrá declarar inadmisible cualquier demanda cuando el demandante no haya sufrido un perjuicio importante; en segundo lugar, una cláusula de salvaguardia según la cual el Tribunal no podrá declarar inadmisible una demanda de este tipo cuando el respeto de los derechos humanos exija su examen en cuanto al fondo.

La aplicación del criterio de falta de perjuicio importante no se limita a ningún derecho en concreto protegido por el Convenio, el principal elemento que contiene este criterio es la cuestión de si el demandante ha sufrido un perjuicio importante, lo cual se basa en la idea de que una violación del derecho debe alcanzar un nivel mínimo de gravedad para justificar su examen por parte de un tribunal internacional. La gravedad de una violación debe evaluarse teniendo en cuenta tanto la percepción subjetiva del demandante como lo que está objetivamente en juego en un caso concreto. No obstante, la percepción subjetiva del demandante no puede bastar por sí sola para concluir que ha sufrido un perjuicio importante. La percepción subjetiva debe justificarse por motivos objetivos.

Una vez que el Tribunal ha determinado la ausencia de perjuicio importante, comprueba si la cláusula de salvaguarda contenida en el art. 35.3.b) le obliga a considerar la demanda en cuanto al fondo. Estas disposiciones han sido interpretadas sistemáticamente en el sentido de que le obliga a continuar el examen de un asunto, a pesar de la existencia de un motivo para archivarlo. Así, incluso cuando se constatan criterios para rechazar la demanda en virtud del art. 35.3.b) del Convenio, el respeto de los derechos humanos podría requerir que el Tribunal examine un caso en cuanto al fondo.

La aplicación del criterio de admisibilidad debe garantizar que se evite el rechazo de aquellos casos que, a pesar de su carácter intranscendente, plantean cuestiones graves que afectan a la aplicación o a la interpretación del Convenio o cuestiones

relevantes sobre derechos internos. La constatación de los dos elementos determinará que el Tribunal declare la demanda inadmisible.

### **3. SATISFACCIÓN EQUITATIVA (ART. 41, CEDH)**

El art. 41 del CEDH establece: «Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

#### **3.1. RASGOS GENERALES DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA**

Las características de esta modalidad de reparación son: no tratarse de una consecuencia automática de la constatación por parte del TEDH de una violación de un derecho garantizado por el CEDH o sus Protocolos; esta satisfacción sólo se concederá por el Tribunal en ausencia de una reparación completa prevista por la legislación nacional; el carácter equitativo de la satisfacción se tendrá en cuenta atendiendo a las características concretas del caso. De esta forma, el Tribunal puede estimar que no procede una compensación económica al considerar que la constatación de la violación del Convenio constituye por sí misma una satisfacción equitativa. Igualmente puede apreciar motivos de equidad para conceder un importe inferior al valor de daño realmente sufrido o a los gastos y costes generados.

Para el posible reconocimiento de una satisfacción equitativa es preciso constatar la relación de causalidad entre el daño presuntamente sufrido y la violación denunciada, debe tratarse de un daño sufrido por una violación constatada. El propósito de la indemnización concedida es compensar al demandante por las consecuencias perjudiciales de una violación, descartándose un carácter sancionador al Estado demandado.

La reparación acordada por el Tribunal se presenta normalmente en forma de suma monetaria que deberá pagar el Estado demandado a la víctima o víctimas de las violaciones constatadas. Sólo excepcionalmente el Tribunal sugerirá al Estado demandado adoptar una u otra medida para poner fin o remediar las violaciones en cuestión.

#### **3.2. REQUISITOS DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA**

Junto a las características generales, la presentación de reclamaciones de satisfacción equitativa debe cumplir diferentes requisitos de forma y de fondo.

Los requisitos de forma vienen señalados en la Regla 60 del Reglamento, estableciendo que será obligatorio presentar la reclamación de satisfacción equitativa, desglosada por conceptos, junto con todo documento justificativo, en el plazo fijado

para la presentación de sus observaciones sobre el fondo. El no cumplimiento de estos requisitos permitirá al Tribunal rechazar la reclamación en todo o en parte. Igualmente serán motivo de rechazo las reclamaciones no apoyadas por justificantes, toda reclamación no reproducida en el momento procesal oportuno y todas las reclamaciones de carácter extemporáneo.

Los requisitos de fondo señalados en el art. 41 del Convenio distinguen entre daños materiales y daños morales; respecto a los daños materiales se trata de una *restitutio in integrum*, puede suponer una reparación por la pérdida efectivamente sufrida (*dammum emergens*) y la pérdida o la disminución en las ganancias futuras esperadas (*lucrum cessans*). En ambos casos, al demandante deberá situársele, en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría de no haberse producido la violación constatada del Convenio. Respecto a los daños morales, la posible compensación reconocida pretende proporcionar una reparación pecuniaria por daños sufridos como el sufrimiento físico o mental. La valoración de este tipo de daños se realiza en base a una evaluación en equidad a la luz de las normas que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal.

En el caso de víctimas de más de una violación pueden optar por solicitar un importe global del conjunto del daño o un importe separado para cada una de las violaciones en cuestión.

### 3.3. REEMBOLSO DE GASTOS

Junto a la reparación de los daños, el Tribunal podrá ordenar el reembolso al demandante de los gastos generados al demandante primero a nivel nacional y, posteriormente, en el procedimiento ante el Tribunal. Los gastos y costes incluyen la asistencia letrada y las costas judiciales. Deben de tratarse de gastos y costes realmente necesarios y generados, correspondiendo con un importe razonable debidamente justificado mediante facturas de honorarios y otras facturas detalladas. La cantidad concedida será ingresada en la cuenta bancaria señalada por el demandante.

El reembolso de los gastos será fijado por el Tribunal en un plazo de tres meses desde la fecha en la que su sentencia deviene definitiva y obligatoria, procediendo el pago de intereses moratorios simples en caso de que el pago no se produzca en el plazo establecido.

La reparación acordada, en concepto de satisfacción equitativa, se presenta normalmente en forma de cantidad económica que deberá pagar el Estado demandado a la víctima o víctimas de las violaciones constatadas; esta cantidad económica se expresa en principio de euros con independencia de la moneda en la que la víctima formule sus reclamaciones. El plazo establecido para el pago será normalmente de tres meses desde la fecha en que la sentencia es definitiva. Igualmente, el Tribunal ordenará el pago de intereses moratorios simples para el caso de que el pago se produzca después del plazo establecido. El tipo de dichos intereses normalmente será fijado al mismo nivel que el del tipo de interés marginal de crédito del Banco Central

para el período comprendido entre la fecha de expiración del plazo establecido y el pago de la indemnización concedida, aumentada en tres puntos porcentuales.

#### 4. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS (ART. 46, CEDH)

El art. 46 del CEDH establece:

1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.
2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros que velará por su ejecución
3. Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncia sobre dicho problema de interpretación, la decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité.
4. Si el comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1.
5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto.

Tres elementos claves caracterizan las sentencias emitidas por el TEDH: *i) el carácter obligatorio de las sentencias definitivas, ii) el papel del Comité de Ministros (en adelante, también Comité) en la ejecución de las sentencias, iii) la posible interpretación, revisión e incumplimiento de la sentencia.*

##### *i) Carácter obligatorio de las sentencias definitivas*

Las partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal en los litigios en que sean parte. El carácter firme en caso de sentencias dictadas por la Gran Sala se produce a partir de su pronunciamiento. Las de las Salas adquieren firmeza: a) si las partes declaran que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala, b) transcurridos tres meses contados desde la fecha de la notificación, si ninguna de las partes ha formulado tal petición y c) en el momento en que el Colegio de Cinco Jueces de la Gran Sala desestima la petición de remisión.

La sentencia es declarativa y se impone como cosa juzgada al Estado que ha sido demandado; respecto a las otras Partes Contratantes, la motivación de la decisión comporta la interpretación y la aplicación judicial del derecho que emana del Convenio, con efectos *erga omnes* de carácter relativo.

La responsabilidad internacional asumida por los Estados partes determina que la sentencia que constata una violación del Convenio comporta dos consecuencias diferentes: la primera, la obligación de poner fin a la situación constitutiva de la violación; la segunda, la reparación de las consecuencias del hecho ilícito y la adopción de las medidas pertinentes para evitar la repetición.

El Estado condenado, con el objetivo prioritario de la *restitutio in integrum* restaurar la situación como si la violación no hubiera tenido lugar, tomará las medidas legislativas, administrativas o jurisdiccionales necesarias. El Estado con la supervisión del Comité, tiene la libertad de elegir los medios que considere más adecuados para el cumplimiento de la sentencia, pudiendo adoptar medidas de carácter individual junto a medidas de carácter general.

*Medidas de carácter individual:* el Estado responsable de un hecho ilícito tiene la obligación de restituir siempre que la restitución no sea materialmente imposible; si bien la restitución es la regla, puede haber circunstancias en las que el Estado responsable esté exento total o parcialmente de esta obligación. El objetivo de la restitución es volver a la situación existente en caso de que la violación del Convenio no se hubiera producido. Las medidas individuales deben ser oportunas, adecuadas y suficientes para asegurar la máxima reparación posible por las violaciones cometidas.

Si la naturaleza de la violación permite la *restitutio in integrum*, corresponde al Estado demandado llevarla a cabo. Si, por el contrario, la legislación nacional no permite, o solo permite, la reparación parcial de las consecuencias de la violación, el Tribunal podrá determinar la satisfacción equitativa regulada en el art. 41 del Convenio.

Entre las posibles medidas de carácter individual cabe destacar: la reapertura o revisión del procedimiento judicial interno, la no ejecución de una determinada decisión sea sancionadora o prohibitiva, la anulación de una decisión judicial o administrativa o bien la reducción de una pena o de una sanción. Las medidas individuales que pueden ser adoptadas para hacer cesar una violación y, en la medida de lo posible, borrar sus consecuencias, dependen en cada caso de la naturaleza de la violación constatada y de la situación particular del demandante.

*Medidas de carácter general:* este tipo de medidas tiene como finalidad evitar que ocurran violaciones similares, entre este tipo de medidas cabe señalar las reformas o modificaciones legislativas, particularmente en el campo de las garantías procesales, del derecho penal, del régimen penitenciario, del derecho civil, incluidas enmiendas de rango constitucional. Pueden consistir también en la adopción de reglamentaciones, instrucciones o disposiciones de carácter disciplinario, para evitar prácticas

administrativas contrarias a la legalidad interna o a las garantías convencionales, o en el mero hecho de dotar económicamente de mejores medios a determinados servicios públicos. Igualmente, algunas medidas correctoras pueden resultar de cambios en la orientación jurisprudencial interna.

La sentencia, debidamente motivada, se adopta en caso de no unanimidad por mayoría de los jueces titulares de la Sala, pudiendo expresar su opinión separada, disidente –en todo o en parte–. Las sentencias son publicadas y remitidas al Comité quien desempeña un papel clave en el control de su ejecución (art. 46.2 CEDH).

#### *Las llamadas Sentencias piloto*

Relacionado con las medidas de carácter general, el Comité de Ministros adoptó el 12 de mayo de 2004 la Resolución 2004 (3) relativa a sentencias que revelan un problema sistémico subyacente, invitando a la Corte a «identificar en sus sentencias que declaran una violación del Convenio lo que considere un problema sistémico subyacente y el origen de ese problema, en particular cuando es probable que dé lugar a numerosas solicitudes, a fin de ayudar a los Estados a encontrar la solución adecuada y al Comité de Ministros a supervisar la ejecución de las sentencias» (párrafo 1 de la resolución); dando lugar a las denominadas sentencias pilotos que fueron formalmente reguladas en el art. 61 del Reglamento del Tribunal.

Las sentencias pilotos se caracterizan por: 1) son una respuesta a una situación sistemática originada por la legislación estatal o por una práctica administrativa generalizada en el Estado demandado, lo que implica que la violación del Convenio afecta a un número elevado de individuos; 2) el objetivo fundamental de la sentencia piloto es requerir al Estado a adoptar a medidas generales y, de forma excepcional, marcar los aspectos más concretos que deben contener la legislación interna, y 3) la sentencia piloto provoca la suspensión de los procesos asociados a la misma causa.

La primera sentencia piloto se dictó en el caso Broniowski y Polonia (Sentencia de la Gran Sala de 22 de junio de 2004) relativa al tema de las propiedades situadas más allá del río Bug que afectaba a unas 80000 personas.

#### *ii) La ejecución de las sentencias: el papel clave del Comité de Ministros*

El papel del Comité de Ministros en la ejecución de las sentencias del TEDH constituye una de las características más significativas del CEDH. El Convenio no sólo obliga a los Estados parte a garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que en él se establecen, sino que también regula un mecanismo de supervisión de la ejecución de las sentencias encomendado al Comité de Ministros.

Este mecanismo de supervisión demuestra la importancia en el sistema del Convenio de la implementación efectiva de las sentencias del Tribunal. La falta de ejecución de una sentencia conducirá a situaciones incompatibles con el principio del estado de derecho que los Estados partes se comprometieron a respetar al ratificar el Convenio.

El papel del Comité en la supervisión de la ejecución de sentencias consiste en la supervisión, sobre la base de la información proporcionada por el Estado demandado y teniendo debidamente en cuenta la evolución de la situación del solicitante, la adopción de medidas que sean factibles, oportunas, adecuadas y suficientes para garantizar el máximo posible la reparación por las violaciones del Convenio constatadas.

Si bien el Comité es el órgano ejecutivo del Consejo de Europa con un marcado carácter político, al supervisar la ejecución de sentencias está cumpliendo una función particular que consiste en aplicar las normas jurídicas pertinentes. En el marco de este mecanismo de supervisión el trabajo del Comité ha generado un *corpus* de documentos públicos que recoge la información presentada por los Estados demandados y otros interesados en el proceso de ejecución; el resultado de este papel de supervisión también ha influido en el establecimiento de normas generales en las Recomendaciones del Comité a los Estados miembros sobre temas relacionados con cuestiones de ejecución.

### *iii) Interpretación, Revisión e Incumplimiento de Sentencia*

El posible incumplimiento de la sentencia por dudas en su interpretación señalado en el apartado 3 del art. 46 se regula en el art. 79 del Reglamento. Este art. 79 establece la posibilidad de que las partes puedan solicitar la interpretación de una sentencia en el plazo de un año a partir de la fecha de su publicación. La solicitud deberá indicar con exactitud el punto o los puntos del fallo de la sentencia cuya interpretación se solicita; esta solicitud de interpretación se llevará a cabo por la Sala que la dictó, y si ello no fuera posible, el presidente del Tribunal la constituirá o completará por sorteo. En caso de aceptación de la solicitud de interpretación el Secretario comunicará tal aceptación a las partes afectadas, invitándolas a presentar sus posibles observaciones escritas en el plazo establecido por el Presidente de la Sala, quién fijará la fecha de la vista si hubiera de celebrarse. La Sala resolverá mediante Sentencia.

Por su parte, el art. 80 del Reglamento establece que cuando se descubra un hecho que, por su naturaleza, hubiera podido tener una influencia decisiva sobre la sentencia adoptada y que era desconocido en el momento de la adopción, la parte interesada podrá en el plazo de seis meses, a partir del momento de tener conocimiento del hecho en cuestión, solicitar al Tribunal la revisión de dicha sentencia. La decisión sobre la solicitud de revisión correrá a cargo de la Sala inicial que dictó la sentencia objeto de revisión y, si no fuera posible, el Presidente del Tribunal constituirá o completará la Sala por sorteo. El procedimiento a seguir, a partir de la aceptación, es el momento que el proceso de interpretación de sentencia.

Los dos últimos párrafos del art. 46, párrafos 4 y 5, establecen una especie de recurso por incumplimiento en el cual la competencia no corresponde al Comité de Ministros sino al Tribunal; el Tribunal está obligado a realizar una evaluación jurídica de la cuestión del posible cumplimiento de la sentencia. En esta evaluación

el Tribunal tomará en consideración todos los aspectos del procedimiento ante el Comité de Ministros. Este posible recurso no tiene por objetivo reabrir la cuestión de la violación de un derecho del Convenio o la cuestión de la posible satisfacción equitativa. El objetivo es añadir presión política para garantizar la ejecución de la sentencia. En caso de que el Tribunal determine la violación del art. 46.1 el Comité de Ministros sigue siendo competente en virtud del art. 46.5 para tomar las medidas necesarias que garanticen el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la decisión del Tribunal respecto a la violación del Convenio.

## *Capítulo 15*

# La experiencia de las soluciones amistosas ante los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos: algunas lecciones aprendidas en la Argentina

GABRIELA KLETZEL

SUMARIO: 1. PALABRAS PRELIMINARES. 2. SOBRE EL MECANISMO DE SOLUCIÓN AMISTOSA. 3. ALGUNAS LECCIONES SOBRE LA HERRAMIENTA. 3.1. *Condiciones mínimas.* 3.1.1. Agenda y tiempos claros. 3.1.2. Autoridad suficiente y seguimiento. 4. EJEMPLOS EXITOSOS. 4.1. *La derogación del desacato.* 4.2. *Los juicios por la verdad y la mejora de las investigaciones judiciales de apropiación de niños en dictadura.* 4.3. *La reforma del Código de Justicia militar.* 4.4. *Algunos ejemplos recientes.* 5. CONCLUSIONES.

### **1. PALABRAS PRELIMINARES**

Desde la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Convención Americana), con la recuperación de la democracia, la República Argentina ha suscripto más de treinta (30) acuerdos de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH o Comisión), que han implicado la reparación concreta de las víctimas de violaciones de derechos humanos, así como, en algunos casos, el marco para el impulso de medidas de trascendencia institucional. Entre ellas, la sanción de las primeras leyes de reparación económica por los crímenes del terrorismo de Estado de la última dictadura cívico-militar; el despliegue de los juicios por la verdad ante la impunidad que determinaban las leyes de obediencia debida y punto final; la derogación del delito de desacato; la instauración de una política migratoria respetuosa de los derechos humanos de las personas migrantes; la sanción de un código de justicia militar adecuado a los estándares internacionales; la generación de condiciones para una mejor investigación de los casos de apropiación de niñas y niños y de marcos de acción para profundizar la intervención del Estado frente a casos de violencia por motivos de género y de acceso equitativo a cargos públicos.

Los acuerdos de solución amistosa tienen la virtud de resolver los asuntos internacionales –y, en consecuencia, permiten a las víctimas acceder a reparaciones concretas a las violaciones padecidas– de manera más expeditiva que el trámite litigioso ordinario. Esto es fundamental ya que, la gran mayoría de los asuntos que se litigan ante mecanismos internacionales de protección de derechos humanos ya han significado una cuota muy importante de sufrimiento para las víctimas tanto por los hechos en sí como por la falta de respuesta a nivel nacional, por lo que es imperioso que, de entablarse un proceso de conversación con el Estado ya en la etapa internacional, no conduzca a una nueva revictimización. Ello implicaría hacer pasar a las víctimas por episodios que, lejos de conducir a la reparación, solo generan nuevas frustraciones y potencialmente, hasta nuevas violaciones de derechos.

Tras una breve introducción sobre la herramienta, a partir de mi experiencia práctica, primero desde un organismo de derechos humanos con amplia trayectoria ante el Sistema Interamericano, y actualmente, en mi carácter de Directora Nacional de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, pretendo, en primer lugar, compartir aquí algunas lecciones aprendidas que pueden aportar a indicar algunas condiciones básicas para el desenvolvimiento de procesos de solución amistosa con posibilidad de éxito. Tras ello, la idea es repasar algunas situaciones concretas en que estas modalidades y dinámicas han resultado efectivas tanto a la hora de arribar a los consensos necesarios para suscribir el acuerdo, como al momento de trabajar para su efectiva implementación.

## **2. SOBRE EL MECANISMO DE SOLUCIÓN AMISTOSA**

El procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está estipulado en el artículo 48.1.f de la CADH<sup>1020</sup> y en el artículo 40 del Reglamento del organismo de protección regional<sup>1021</sup>. Allí, se establece que la Comisión, en cualquier etapa de estudio de una petición o caso, se pondrá a disposición de las partes, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas, para iniciar un proceso que permita a los Estados y a las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos comenzar un diálogo que procure arribar a una solución amistosa del asunto.

- 
1020. De acuerdo con el artículo 48.1 de la CADH, «La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: (...) f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención...».
1021. Este artículo establece: «La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables». El Reglamento está disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>

Una vez que las dos partes informen a la Comisión que tienen interés en iniciar un proceso de solución amistosa, la CIDH puede facilitarlo trasladando información y solicitando observaciones. Muchas veces, la Comisión tiene un papel activo en promover y brindar asesoramiento sobre el mecanismo. Las partes pueden celebrar reuniones, con o sin participación de la CIDH.

El diálogo inicia y termina por voluntad de ambas partes y genera espacios para la adopción de una gran variedad de medidas de reparación. Estas medidas que las víctimas, sus representantes y los Estados construyen en conjunto, pueden incluir:

- el reconocimiento de responsabilidad de las violaciones alegadas;
- acciones de rehabilitación médica, psicológica y social;
- el impulso de investigaciones administrativas y/o judiciales;
- instancias de capacitación en diversas temáticas del derecho internacional de los derechos humanos;
- medidas de reparación económica; y
- garantías de no repetición (reformas legislativas y/o la adopción de políticas públicas)<sup>1022</sup>.

La Comisión podrá dar por concluida su intervención en el procedimiento cuando alguna de las partes no consienta la aplicación del mecanismo, desista de su aplicación, o no muestre la voluntad de llegar a una verdadera solución. También, si la CIDH advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por este camino. En estos casos, en línea con el artículo 40 de su Reglamento, la Comisión reanudará el trámite contencioso en la etapa procesal en la que se encontraba el asunto.

Una vez que se haya llegado a un acuerdo en el cual se plantean los compromisos asumidos, la Comisión verificará si satisface los estándares de derechos humanos, luego de lo cual aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada. Uno de los efectos jurídicos del informe previsto en el artículo 49 de la CADH<sup>1023</sup> es que pone fin al procedimiento litigioso ante la CIDH, evitando la condena del Estado y, en consecuencia, que el caso sea sometido a la instancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tras la publicación del informe, la CIDH da seguimiento al cumplimiento de las medidas pautadas, en el marco de lo establecido en el artículo 48 de su Reglamento.

- 
1022. Para mayor información sobre el desarrollo y resultados de una serie de procesos de solución amistosa tramitados ante la CIDH, puede consultarse el informe «El impacto del procedimiento de solución amistosa», recientemente actualizado por la Comisión.
1023. El artículo 49 de la CADH prevé: «Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible».

De este modo, puede requerir información periódica y celebrar reuniones para verificar la efectiva implementación del acuerdo<sup>1024</sup>.

Anualmente, la CIDH actualiza el estado de cumplimiento de los acuerdos en una sección específica de su Informe Anual.

Además de los acuerdos de solución amistosa, las partes pueden arribar a acuerdos de cumplimiento de recomendaciones. Estos suceden una vez que la CIDH ha dictado y trasladado su informe de fondo al Estado, pero antes de que se haga público. En esta oportunidad, las partes pueden acordar medidas específicas para lograr la ejecución de las recomendaciones dispuestas en la sección final del informe de fondo. La Comisión habrá de evaluar las reparaciones dispuestas y su grado de ejecución y decidirá entonces si aprueba el acuerdo, situación que se hará pública con el dictado del informe del artículo 51 de la CADH. De este modo, el Estado habrá evitado que el caso sea remitido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Argentina ha firmado, por lo menos, ocho (8) acuerdos de cumplimiento de recomendaciones.

A su vez, el Estado argentino ha suscripto acuerdos de solución amistosa ante órganos de tratados de Naciones Unidas (ONU). En concreto, en 2019 firmó un acuerdo ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité Cedaw) en el marco de una comunicación a favor de «Olga del Rosario Díaz», víctima de tentativa de femicidio<sup>1025</sup>. Finalmente, el 13 de abril de 2022, la Argentina firmó su primer acuerdo ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de ONU en el caso de «Raúl Cardozo Subía», víctima de diversas violaciones en el proceso penal seguido en su contra y durante su privación de libertad en el Servicio Penitenciario Federal<sup>1026</sup>.

### **3. ALGUNAS LECCIONES SOBRE LA HERRAMIENTA**

#### **3.1. CONDICIONES MÍNIMAS**

Antes que nada, a la hora de abordar las condiciones o parámetros mínimos para un proceso de solución amistosa, es importante aclarar que los tipos de casos que

- 
- 1024. El artículo 48 del Reglamento dispone: «1. Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones. 2. La Comisión informará de la manera que considere pertinente sobre los avances en el cumplimiento de dichos acuerdos y recomendaciones».
  - 1025. Ver al respecto, Agencia TELAM, «El Estado argentino pidió disculpas públicas a una víctima de violencia de género», 15 de abril de 2021, disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202104/550897-estado-nacional-victima-de-violencia-de-genero-disculpa.html>
  - 1026. Ver al respecto: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/6065-se-firmo-un-acuerdo-de-solucion-amistosa-en-un-caso-de-violacion-de-derechos-de-personas-con-discapacidad>

llegan a la Comisión o a los órganos de tratados de ONU dan cuenta de situaciones diversas que pueden determinar procesos de solución amistosa con importantes diferencias en sus características. En el caso argentino, por ejemplo, la estructura federal del Estado puede implicar que las violaciones en juego involucren no solo a autoridades del Estado federal, sino también a autoridades provinciales. Y las diferencias en la realidad de cada una de las provincias, entre otras cuestiones a nivel de institucionalidad, así como de grado y tipo de relación general con el Estado federal podrá determinar que nos encontremos frente a procesos muy distintos.

Al mismo tiempo, la situación particular que atraviesen las víctimas en el momento en el que el Estado manifieste intención de iniciar un proceso de conversaciones es un factor clave y, por lejos, aquel esencial a tener en cuenta para poder determinar tanto los alcances como las posibles limitaciones de una agenda de trabajo.

Ahora bien, más allá de estas relevantes diferencias, es claro que hay ciertas condiciones imprescindibles para poder avanzar en cualquier proceso de solución amistosa.

### **3.1.1. Agenda y tiempos claros**

En primer lugar, es necesario poder determinar una agenda precisa de trabajo junto con los representantes gubernamentales. El proceso de construcción de esta agenda es de por sí muy importante porque al final del día, ésta debe satisfacer cabalmente los puntos que las víctimas y sus representantes consideren que deben de abordarse en las conversaciones. A su vez, que el Estado esté o no dispuesto a incluir o no una cuestión en la agenda será un indicador bastante concreto de cuál podrá ser el resultado del proceso, y si el tipo de pretensiones de las victimas podrán encontrar o no respuesta por este camino.

A modo de ejemplo, en una gran mayoría de los casos una cuestión que suele ser relevante para las víctimas es que se incluya en el acuerdo un expreso reconocimiento de la responsabilidad del Estado por las violaciones cometidas. Para ser claros en las negociaciones es importante dejar fijado de raíz este punto en la agenda de trabajo. La reacción que el Estado pueda tener frente a la posibilidad de su inclusión y alcances específicos podrá ser determinante de cuán productivo pueda llegar a ser el proceso e incluso indicar que no están dadas verdaderamente las condiciones para detener el cauce litigioso del caso.

A nivel de las prácticas, en casos en los que parece existir verdaderamente voluntad de trabajo, el Estado suele sugerir la elaboración de una propuesta de agenda a la parte peticionaria y empezar desde ahí las conversaciones. Este paso determina, desde el vamos, sentarse con las víctimas y conversar en detalle cada posible punto de agenda y, en consecuencia, el alcance de cada pretensión, contribuyendo a tener bien claras las expectativas en juego.

A la vez, frente a esta oportunidad, las víctimas pueden trabajar junto con sus representantes en uno de los puntos más ventajosos del proceso de solución amistosa

que tiene precisamente que ver con la definición de cuáles serían las medidas más adecuadas para lograr la cabal reparación frente a las violaciones acontecidas. La posibilidad para las víctimas de participar directamente en el establecimiento de las formas de reparación es, junto con la reducción de los tiempos de los procesos, sin lugar a dudas la ventaja más clara de las soluciones amistosas.

Para el Estado también es muy productivo poder participar del proceso de determinación de las reparaciones. Ello, pues las/os funcionarias/os pueden realizar todas las consultas necesarias antes de firmar el acuerdo, de forma tal de garantizar la real viabilidad del curso de acción. Esto no sucede ante una orden de reparación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que puede resultar de muy difícil cumplimiento.

Por otra parte, además del trabajo para identificar y precisar aquellas medidas para alcanzar la reparación directa y específica de las víctimas particulares es esencial precisar, en caso que corresponda, aquellas medidas estructurales a discutir en la mesa de negociación que puedan ser determinantes para evitar la no repetición de violaciones. Así, entre muchos ejemplos posibles, puede pensarse en reformas normativas, el desarrollo de procedimientos administrativos y judiciales para investigar y sancionar hechos similares, la creación de estructuras institucionales para el monitoreo y prevención de nuevas violaciones o la decisión de hacerse parte de otros instrumentos internacionales.

La posibilidad de trabajar también en esta agenda de reforma tiene que ver con que el uso del sistema funciona en muchos casos como caja de resonancia de problemas estructurales. Desde esta perspectiva, permite no solo la cabal respuesta a la víctima, sino también la búsqueda de alternativas institucionales para la no repetición.

Además de posibilitar este trabajo exhaustivo de identificación de reparaciones, la determinación de la agenda de trabajo va a ayudar a precisar los márgenes de una posible negociación. De nuevo, en los casos que también involucran autoridades de Estados provinciales y no solo del Estado federal, dejar en claro desde la formulación misma de la agenda que existen medidas que habrán de determinar su presencia y trabajo, permitirá testear si en los hechos será posible concretarlas y decidir entonces frente a la respuesta obtenida si tiene o no sentido proseguir la conversación. En concreto, se trata de verificar concretamente si están dadas las condiciones para un trabajo conducente a la reparación integral.

Además de la fijación de la agenda de trabajo es absolutamente imprescindible procurar acordar desde el inicio, los tiempos del proceso. Es decir, fijar junto con la agenda temática el cronograma que habrá de acompañar la discusión de las distintas medidas. A la hora de fijar este cronograma debe tenderse a priorizar aquellas cuestiones que representan la base innegociable para la víctima, de forma tal de testear ya en los primeros momentos si existe voluntad del Estado de satisfacer estas medidas. Pues, de otra manera hay un importante riesgo de extender

indefinidamente en el tiempo conversaciones que luego no garantizan ni siquiera el piso más básico de aquello que ha de estar en un acuerdo conforme a la víctima y el proceso en su conjunto demostrará no tener sentido. Además de acarrear una posible situación de revictimización.

Dada la intención de la Comisión de acompañar con más fuerza estos procesos, parecería clave entonces remitir a la CIDH la versión final de la agenda de trabajo acordada con su respectivo cronograma, para que ella pueda ir requiriendo información periódica sobre los distintos puntos de trabajo. Esta información de seguimiento sobre avances en las conversaciones podría darse tanto por escrito como en reuniones presenciales o a distancia. De este modo, la CIDH puede tener un diálogo más directo con las distintas partes y asegurarse que el camino por el que se está transitando responde a los objetivos del sistema interamericano. Entre otras cosas, esta interacción directa con la CIDH durante el proceso puede conducirla a determinar que las correlaciones de fuerza son las adecuadas para llevar adelante un proceso de solución amistosa.

Teniendo en cuenta las evidentes desigualdades de recursos y de poder entre víctimas y representantes y Estados es fundamental que la CIDH asegure que existe un adecuado balance de fuerzas entre las partes de forma de garantizar un proceso con garantías mínimas de éxito para las víctimas. En los últimos años, la Comisión ha asumido con fuerza este rol, conformando un equipo específico de seguimiento de las soluciones amistosas, que suele monitorear en detalle el curso de los procesos.

### **3.1.2. Autoridad suficiente y seguimiento**

En segundo lugar, un factor que contribuirá a acelerar los tiempos es garantizar que estén presentes en la mesa de discusión, de mínima en los momentos clave que el cronograma demande, funcionarios y funcionarias con autoridad suficiente para tomar las decisiones necesarias para avanzar definitivamente en los puntos de agenda. Muchas veces la falta de adecuada representación de las distintas áreas y agencias del Estado involucradas, así como el envío a la mesa de negociación personas sin capacidad alguna de decisión y sin mandato han determinado el fracaso de los procesos.

En igual sentido, es muy importante que pueda fijarse un grupo estable de representantes gubernamentales que acompañen todo el proceso y tengan a su cargo informar de antemano las características del caso y los temas puntuales en conversación a aquellos funcionarios que puedan sumarse para discutir algún tema puntual. De lo contrario, cada reunión implicará comenzar de cero.

Otra cuestión clave a considerar, una vez superada ya la etapa de fijación de agenda y habiendo trabajado para permear la labor de las distintas agencias del Estado a nivel nacional y/o provincial de forma tal de lograr el contenido del acuerdo, tiene que ver el monitoreo de su cumplimiento. Así, es muy relevante evaluar y determinar cuándo es el momento oportuno para proceder a suscribir el acuerdo. En algunos

casos, la experiencia indica que es imprescindible esperar a lograr la ejecución de algunas de las medidas estipuladas conjuntamente, para recién proceder a su firma.

#### 4. EJEMPLOS EXITOSOS

Tras estas breves consideraciones iniciales, tiene sentido ahora hacer breve referencia a algunos casos particulares en los que tuvo lugar un acuerdo de solución amistosa con el Estado argentino que podría considerarse exitoso tanto por sus alcances, como por sus niveles de posterior cumplimiento.

Si bien hay otras experiencias que valdría la pena mencionar, los asuntos que, a continuación, voy a compartir resultan interesantes porque dan cuenta de situaciones que involucran violaciones de derechos bien distintas. A pesar de estas marcadas diferencias de hecho entre los casos, así como del alcance de las medidas de reparación que incluyeron, en todos ellos se pudo lograr una solución amistosa o acuerdo de cumplimiento para la reparación de las víctimas.

##### 4.1. LA DEROGACIÓN DEL DESACATO

El primer caso a mencionar, se trata del acuerdo de solución amistosa arribado en 1994 entre el periodista Horacio Verbitsky y el Estado argentino. Brevemente, el caso involucró la condena al periodista por el delito de desacato por las referencias que incluyó sobre uno de los entonces ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una de sus notas periodísticas. En pocas palabras, estaba en juego, principalmente, el derecho a la libertad de expresión.

Luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina confirmara en sede interna la condena, se decidió recurrir a la Comisión. Tras un primer pedido de prórroga, en su respuesta inicial a la petición, el Estado informó que había ingresado al Congreso un proyecto de derogación del delito por el que el periodista había sido condenado. Esta información fue el marco para una audiencia ante la CIDH en la que se acordó considerar la posibilidad de dar inicio al proceso de solución amistosa.

El proceso involucró diversas reuniones de trabajo al cabo de las cuales fue posible determinar los contenidos del acuerdo. Principalmente, se requirió al Estado un compromiso de derogar la figura del desacato del Código Penal y que, una vez que éste fuera derogado, se aplicaran las implicancias de esta reforma al caso particular. A su vez, las partes solicitaron a la CIDH que, en oportunidad de redactar el informe previsto en el artículo 49 de la CADH se pronuncie sobre la compatibilidad o no de la figura penal de desacato previsto en el Código Penal argentino, con el texto de la Convención Americana. Además, las partes solicitaron a la CIDH su intervención para conducir y supervisar el procedimiento.

El proceso de cumplimiento del acuerdo tomó aproximadamente dos años. En ese plazo, Argentina cumplió con su compromiso de derogar al delito de desacato

del Código Penal. En paralelo, una vez sancionado el cambio legislativo, Horacio Verbitsky presentó un recurso de revisión de su condena. Finalmente, la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar al recurso y dejó sin efecto la pena de un mes de prisión en suspenso por el delito de desacato. De este modo, se revocó la sentencia original y se cancelaron todos sus efectos. Frente a este escenario, y tras haber evaluado que se había dado cabal cumplimiento a las medidas acordadas, la Comisión publicó entonces su informe 22/94.

Este caso fue y es muy importante para la vigencia y alcance del derecho a la libertad de expresión en la Argentina. Este proceso de solución amistosa demostró la posibilidad de lograr no solo una respuesta para el este caso particular sino también para el conjunto de casos del tipo. Al derogarse la figura del desacato se garantizó plenamente la no repetición y se ampliaron los alcances de la protección del derecho a la libertad de expresión en el país<sup>1027</sup>.

#### 4.2. LOS JUICIOS POR LA VERDAD Y LA MEJORA DE LAS INVESTIGACIONES JUDICIALES DE APROPIACIÓN DE NIÑOS EN DICTADURA

En 1998, la Comisión Interamericana recibió una nueva petición contra la República Argentina por parte de Carmen Aguiar de Lapacó, patrocinada por diversos organismos de derechos humanos<sup>1028</sup>. Los peticionarios se presentaron ante la CIDH frente al rechazo de las autoridades judiciales de encausar cabalmente la solicitud, con base en el derecho a la verdad y al duelo, a efectos de determinar lo ocurrido a su hija Alejandra, detenida desaparecida desde el 17 de marzo de 1977. Argumentaron la violación de los derechos a las garantías judiciales, a una tutela judicial efectiva y la obligación de respetar los derechos protegidos por la Convención Americana<sup>1029</sup>.

Esta demanda del movimiento de derechos humanos que enfrentó resistencias múltiples a nivel local<sup>1030</sup> encontró por fin cauce en la Comisión. En ese marco, se instauró un proceso de solución amistosa en el que el Estado reconoció aceptar y garantizar el derecho a la verdad y se comprometió a tomar diversas medidas para remediar las violaciones alegadas.

---

1027. Ver al respecto: [https://www.oas.org/es/cidh/soluciones\\_amistosas/FT/2020/FT\\_SA\\_ARG\\_Case\\_11.012\\_SPA.PDF](https://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/FT/2020/FT_SA_ARG_Case_11.012_SPA.PDF)

1028. Abuelas de Plaza de Mayo, la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos (APDH), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Familiares de Detenidos Desaparecidos por Razones Políticas, la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, Madres de la Plaza de Mayo –Línea Fundadora–, Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos (MEDH), y el Servicio de Paz y Justicia (Serpaj).

1029. Para consultar los antecedentes locales del reclamo internacional, ver CELS, «La lucha por el derecho», p. 223, 2008, disponible en [https://www.cels.org.ar/common/documentos/la\\_lucha.pdf](https://www.cels.org.ar/common/documentos/la_lucha.pdf)

1030. *Idem*.

En concreto, en un acuerdo histórico el gobierno aceptó que el derecho a la verdad «consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas (...) en forma imprescriptible...» y determinó que gestionaría la normativa para que las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país, tengan competencia exclusiva en todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las personas desaparecidas con anterioridad al 10 de diciembre de 1983..., así como que destinaría un cuerpo de fiscales *ad hoc* para que en todas las causas de averiguación de verdad y destino final de personas desaparecidas se alcance una especialización en la búsqueda e interpretación de datos y una mejor centralización y circulación de información entre las causas dispersas<sup>1031</sup>.

Así, se generaron las bases para el desarrollo de los juicios por la verdad en la Argentina<sup>1032</sup>, proceso único para mantener en la agenda pública los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico militar y antecedente clave para la reapertura de los juicios a partir de 2001.

Por otra parte, en 1999, Inocencia Leca de Pegoraro y Angélica Chimeno de Bauer formularon querella contra Luis Vázquez y Ana María Ferrá por la sustracción de su nieta, hija de Susana Beatriz Pegoraro, luego de que ésta hubiera sido secuestrada por agentes del Estado el 18 de junio de 1977 mientras se hallaba embarazada de cinco meses y medio y diera a luz en el centro clandestino de detención ubicado en la Escuela de Mecánica de la Armada. En el marco de las declaraciones indagatorias recibidas a los imputados, ambos confesaron que Evelin Karina no era su hija, pero negaron conocer su origen. En consecuencia, la jueza a cargo de la investigación ordenó la obtención de una muestra hemática de Evelin a los fines de determinar su identidad por medio de un análisis de ADN en el Banco Nacional de Datos Genéticos. Sin embargo, Evelin se opuso a dicha medida –y específicamente a que de ella se obtuviera prueba de cargo contra Vázquez y Ferrá– y el caso llegó a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En su sentencia, los jueces de la Corte Suprema concluyeron que de producirse la medida podría verse afectado el derecho a la intimidad de Evelin.

Luego del fallo de la Corte, las peticionarias acudieron a la Comisión, en carácter de Presidenta y Vicepresidenta de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo. Allí sostuvieron que «la sentencia de la Corte cierra (...) la posibilidad de investigación de los delitos cometidos en la República Argentina con motivo de la desaparición de menores cuyo objetivo es la restitución de su identidad» y que en el caso concreto de Evelin no se habían restablecido los derechos afectados, pues no se había determinado su identidad. En 2007, el Estado ofreció a las peticionarias iniciar un

1031. CIDH, Informe n.º 21/00, Caso 12.059, Carmen Aguiar de Lapacó c. Argentina, 29 de febrero de 2000, disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Soluci%C3%B3n%20Amistosa/Argentina12059.htm>

1032. Ver al respecto [https://www.oas.org/es/cidh/soluciones\\_amistosas/FT/2020/ft\\_sa\\_arg\\_case\\_12.059\\_spa.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/FT/2020/ft_sa_arg_case_12.059_spa.pdf)

proceso de solución amistosa. El acuerdo de solución amistosa se firmó el 11 de septiembre de 2009.

En el acuerdo, se reconocieron los hechos expuestos en la petición y se indicó que el Estado coincidía con Abuelas de Plaza de Mayo en la necesidad de adoptar medidas hábiles que pudieran contribuir eficazmente en la obtención de justicia en aquellos casos en los que sea necesaria la identificación de personas mediante métodos científicos que requieran la obtención de muestras para su realización.

La ejecución de este acuerdo ha implicado importantísimas medidas para mejorar las condiciones institucionales para la investigación eficaz de los casos de apropiación de niños y niñas durante el terrorismo de Estado y, respaldar así la incansable e increíble lucha de las Abuelas de Plaza de Mayo. Así, en el marco de la implementación de este acuerdo, el Estado argentino logró: a) sancionar una ley para establecer un procedimiento para la obtención de muestras de ADN que resulte eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura militar; b) modificar la legislación que regula el funcionamiento del Banco Nacional de Datos Genéticos, a fin de adecuarla a los avances de la ciencia en la materia; c) reformar el código procesal penal para garantizar de un modo más eficaz la participación judicial de las víctimas y de las asociaciones intermedias conformadas para la defensa de sus derechos en los procesos en los que se investiga la apropiación de niños. También ha redundado, entre otras varias medidas, en la creación de la Unidad Especializada para Casos de Apropiación de Niños durante el Terrorismo de Estado en el marco de la Procuración General de la Nación.

Durante 2020 y 2021, me tocó trabajar para lograr la implementación de la única medida pendiente del acuerdo, relativa a la capacitación de juezas y jueces en materia de investigación de casos de apropiación. Así trabajamos más de un año con el equipo de abogados de Abuelas de Plaza de Mayo y el Consejo de la Magistratura de la Nación para desarrollar un programa a la altura del desafío. Finalmente, el 11 de agosto de 2021 se presentó formalmente el curso «La investigación en casos de apropiación de niños y niñas durante el terrorismo de Estado», con participación de la entonces Presidenta de la CIDH, Antonia Urrejola y de la Comisionada y Relatora para la Argentina, Julissa Mantilla Falcón<sup>1033</sup>. Desde entonces, ya han tenido lugar tres ediciones de esta materia. De este modo, y tras la venia de la parte peticionaria, la CIDH notificó al Estado argentino que el acuerdo había sido cumplido en su totalidad.

#### 4.3. LA REFORMA DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Otro ejemplo que parece relevante mencionar es el conocido como «Correa Belisle». Este caso también demuestra la potencialidad de la herramienta de la solución amistosa en aquellas situaciones en las que un Estado tiene la voluntad

---

1033. Ver al respecto: <https://consejomagistratura.gov.ar/index.php/2021/08/11/se-inauguro-el-curso-la-investigacion-en-casos-de-apropiacion-de-ninos-y-ninas-durante-el-terrorismo-de-estado/>

política de avanzar en una respuesta. A la vez, vuelve a demostrar la relevancia del mecanismo pues no solo se lograron medidas reparatorias clave para la víctima, sino que incluso permitió la reforma del Código de Justicia militar argentino.

Rodolfo Correa Belisle presentó una petición a la CIDH, con la representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), tras haber sido condenado por la justicia militar argentina a tres meses de arresto por la llamada infracción militar de «irrespetuosidad». Esa condena respondió a la declaración que Correa Belisle entonces capitán del ejército argentino realizó ante un tribunal civil por la investigación de la muerte de un soldado en el marco de un caso muy resonado en mi país que determinó el fin del servicio militar obligatorio. En esa declaración, en virtud de su intervención en el rastrillaje del cuerpo del soldado realizó afirmaciones sobre el reprochable proceder del ejército en el caso. En respuesta a haber cuestionado a sus superiores, se le inició un proceso ante el Consejo de Guerra Permanente que terminó con su condena. El proceso militar al que debió enfrentarse determinó violaciones a su derecho de defensa y al debido proceso legal en general.

Luego del informe de admisibilidad de la CIDH en el caso, ambas partes acordaron iniciar un proceso de conversaciones para intentar arribar a un acuerdo de solución amistosa. Al informarle a la CIDH del inicio del proceso las partes transmitieron también los puntos principales de la agenda de trabajo acordada.

Luego de dos años de trabajo, las partes decidieron suscribir un acuerdo. Este acuerdo incluyó diversos puntos. Por un lado, el expreso reconocimiento de la Argentina de su responsabilidad por las violaciones sufridas por Rodolfo Correa Belisle. En particular, por la violación de los derechos consagrados en los artículos 7, 8, 13, 24 y 25 de la CADH. A su vez, Argentina realizó un pedido de disculpas al capitán por el proceso militar al que fue sometido como consecuencia de la aplicación de una normativa incompatible con los estándares internacionales exigibles.

Al mismo tiempo, en el marco del acuerdo se convino la reforma integral del sistema de Justicia Militar. Al efecto, Argentina se comprometió a trabajar para reemplazar el código de justicia militar por el que se había juzgado a Correa Belisle, por uno que fuera respetuoso de los estándares internacionales de derechos humanos.

En este punto, es importante remarcar que el Acuerdo fue firmado ad referendum de la efectiva sanción legislativa de un nuevo Código de Justicia Militar en los términos acordados durante el proceso.

En el marco del proceso de ejecución del acuerdo fue derogado el antiguo Código y se adoptó un nuevo sistema bajo el cual los delitos de los que se acuse a militares serán juzgados por la justicia ordinaria. Se eliminó así el fuero militar y se estableció un nuevo régimen disciplinario en el que, además, se suprimen sanciones discriminatorias. Solo después de comprobada esta reforma, la CIDH aprobó, finalmente, el acuerdo de solución amistosa<sup>1034</sup>.

1034. Ver al respecto: [https://www.oas.org/es/cidh/soluciones\\_amistosas/FT/2019/ft\\_sa\\_arg\\_case\\_11.758\\_spa.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/FT/2019/ft_sa_arg_case_11.758_spa.pdf)

#### 4.4. ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES

Para concluir, quisiera compartir dos ejemplos más recientes.

En primer lugar, el acuerdo de cumplimiento de recomendaciones firmado ante la CIDH el 1 de diciembre de 2021, en el caso de «Pedro Troiani».

En marzo de 1976, Pedro Troiani fue ilegalmente detenido por fuerzas de seguridad del Poder Ejecutivo Nacional en las dependencias de la empresa «Ford Motor Argentina» (en adelante, «Ford»), su lugar de trabajo, y permaneció ilegalmente privado de su libertad hasta el 23 de mayo de 1977. Troiani y los otros trabajadores también secuestrados, fueron despedidos de «Ford» con base en el artículo 11 de la Ley 21.400, sin derecho a recibir indemnización.

Una vez que recuperó su libertad el 23 de mayo de 1977, se vio impedido de reclamar sus derechos por temor a represalias. Cuando intentó obtener reparación por su despido ilegal, interpuso una demanda en contra de «Ford», que fue desestimada por los tribunales argentinos por prescripción de la acción en sede civil.

Ante ello, el 23 de septiembre de 1992, Pedro Norberto Troiani denunció ante la Comisión la responsabilidad internacional de la República Argentina por la vulneración de sus derechos a la igualdad ante la ley y a la protección judicial. El 23 de marzo de 2021, la Comisión Interamericana adoptó su Informe de Admisibilidad y Fondo en el caso.

Paralelamente, un juicio penal abarcó su caso y el de otros 23 trabajadores de Ford. Así, el 11 de diciembre de 2018, el Tribunal Oral Federal N.º 1 de San Martín condenó al ex Gerente de Manufactura de la empresa Ford Motor Argentina, Pedro Müller, a 10 años de prisión; al ex jefe de Seguridad, Héctor Sibilla, a 12 años de prisión; y a Santiago Riveros, ex titular de Institutos Militares del Ejército, a 15 años de prisión, por su responsabilidad en las detenciones ilegales y tormentos agravados de los trabajadores. El 29 de septiembre de 2021, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal confirmó la sentencia. Este fallo marca un hito muy relevante en el proceso de memoria, verdad y justicia en la Argentina. Se trata de la primera condena a dos altos funcionarios de una empresa multinacional como partícipes necesarios en crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico militar.

En el acuerdo, el Estado argentino asumió su responsabilidad por la violación de los derechos a la integridad y libertad personal, garantías judiciales, igualdad, protección judicial, y desarrollo progresivo en materia de derechos laborales, establecidos en los artículos I, XIV, XVIII y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 5.1, 8.1, 24, 25.1 y 26 de la CADH en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Pedro Norberto Troiani. A la vez, el Estado se compromete a realizar acciones de difusión y publicación del acuerdo de cumplimiento de recomendaciones y de las partes pertinentes del Informe N.º 22/21 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; a llevar

a cabo un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; a la señalización del lugar en el que ocurrieron los hechos. Así, se asume la obligación de instalar los pilares de Memoria, Verdad y Justicia en inmediaciones a la fábrica.

El Poder Ejecutivo Nacional deberá acompañar, a través de presentaciones en sede judicial, el planteo de imprescriptibilidad de las acciones civiles y/o laborales derivadas de la comisión de crímenes de lesa humanidad. También, la Secretaría de Derechos Humanos se obliga a continuar impulsando la búsqueda de justicia por los delitos de lesa humanidad cometidos contra los trabajadores de la empresa Ford Motor Argentina y a realizar gestiones con las máximas autoridades de la empresa Ford Motor Argentina para transmitir las medidas de reparación integral solicitadas por la querella de los trabajadores.

Como garantías de no repetición, se dispone el desarrollo de Políticas de archivo; medidas específicas para la promoción de la investigación de la responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad y actividades de promoción sobre la persecución a delegados gremiales durante la última dictadura, y en particular sobre la causa «Ford».

Finalmente, en abril de 2022 tuvo lugar la firma del primer acuerdo de solución amistosa del Estado argentino ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.

El acuerdo sucedió en el marco de la denuncia interpuesta por la Defensoría General de la Nación, en representación del señor Raúl Roberto Cardozo Subía, quien fuera víctima de violaciones a sus derechos en diferentes etapas del proceso penal seguido en su contra, dado que no se identificó su discapacidad intelectual de modo adecuado y oportuno, y como consecuencia, se concretó una clara falta de implementación de los apoyos y ajustes razonables requeridos durante la privación de su libertad. En particular, la denuncia consideró que las deficientes actuaciones estatales configuraron una violación de los artículos 9, 13, 14, 17 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debido a la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación en diferentes estadios del proceso penal seguido en su contra.

Con motivo del traslado de la denuncia al Estado, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación propuso la apertura de un espacio de diálogo para explorar la posibilidad de arribar a una solución amistosa. En consecuencia, se convocó a participar a las/os representantes del peticionario, así como también a las autoridades de la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; del Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia; de la Dirección de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; de la Agencia Nacional de Discapacidad; de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio Público Fiscal de la Nación; del Consejo de la Magistratura de la Nación y del Cuerpo Médico Forense.

En el acuerdo, el Estado argentino reconoce su responsabilidad en el caso y asume una serie de medidas de reparación que incluyen:

*i) Identificación temprana.* La implementación en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal del «Cuestionario para identificar posibles limitaciones o dificultades de carácter intelectual», que se incluye en el acuerdo como Anexo. El cuestionario deberá aplicarse dentro de las 72 hs. del ingreso de la persona a la unidad penitenciaria por parte de personal idóneo del Servicio Penitenciario Federal en la instancia de evaluación de salud mental. La finalidad del cuestionario será la de identificar posibles limitaciones o dificultades de carácter intelectual que exijan un abordaje específico para la adecuada garantía de los derechos de las personas que las poseen. Una vez realizado el cuestionario, el Servicio Penitenciario Federal comunicará inmediatamente al Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS) aquellos casos en que se hayan identificado limitaciones o dificultades, a los fines de que en el plazo de 72 hs intervenga y ofrezca asistencia interdisciplinaria.

*ii) Protocolo de actuación.* La Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios, en coordinación con el Servicio Penitenciario Federal, y con la colaboración de la Secretaría de Derechos Humanos, el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia y la Agencia Nacional de Discapacidad, elaborarán, en consulta con la parte peticionaria, un protocolo de actuación para personas privadas de libertad con discapacidad intelectual en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal. El protocolo contendrá principios de actuación y herramientas prácticas dirigidas a superar las barreras que, en el ámbito penitenciario, limitan a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones.

*iii) Capacitación del Servicio Penitenciario Federal.* Se asume el compromiso de implementar programas de capacitación permanentes y regulares para integrantes del Servicio Penitenciario Federal sobre estándares internacionales de protección de derechos humanos de personas con discapacidad, con énfasis en discapacidad intelectual, en especial aquellos referidos al deber de identificar las barreras para el ejercicio de sus derechos en el ámbito penitenciario y el de proveer los ajustes, apoyos y atención necesaria para abordarlos.

*iv) Capacitación del sistema de justicia.* El Estado argentino se compromete a implementar programas de capacitación permanentes y regulares destinados a magistrados/as y operadores/as jurídicos con competencia penal relativos a los estándares internacionales de protección de derechos humanos de personas con discapacidad.

En todo lo que resulte pertinente, estos programas deberán extenderse a los cuerpos médicos del sistema de administración de justicia y a cualquier otro actor con competencia sanitaria que intervenga en el marco de los procesos penales.

## 5. CONCLUSIONES

Hasta aquí he compartido algunas consideraciones generales sobre la viabilidad efectiva de los procesos de solución amistosa ante mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. En particular, algunas lecciones a partir de casos específicos que podrán servir de guía para otras experiencias. Los casos seleccionados tienen relevancia específica en tanto posibilitaron la reparación particular de las víctimas de violaciones de derechos humanos, así como la adopción e implementación de importantes medidas de política pública.

Los casos relatados evidencian que estos procesos pueden permitir catalizar respuestas frente a problemáticas estructurales de violación de derechos. Así, pueden contribuir a generar marcos para avanzar en respuestas individuales y colectivas frente a asuntos sensibles que afectan el ejercicio de derechos fundamentales.

En el caso de la Argentina muchos procesos de solución amistosa han servido para cristalizar reclamos que víctimas y organizaciones sociales ya estaban planteando por otras vías, permitiéndoles conseguir, por fin, un canal de respuesta institucional que condujo a la reparación integral.

## *Capítulo 16*

# La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

YURIA SAAVEDRA ÁLVAREZ<sup>1035</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 3. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN DE REPARACIÓN. 4. ACREDITADORES Y ACREDITADORAS DE LAS REPARACIONES. 5. MODALIDADES DE REPARACIÓN. 5.1. *Obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables.* 5.2. Restitución. 5.3. Satisfacción. 5.4. Rehabilitación. 5.5. Garantías de no repetición. 5.6. Indemnizaciones compensatorias. 5.7. Costas y gastos. 6. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El término «reparación» en Derecho comprende la enmienda, corrección, remedio, satisfacción de la parte agraviada y la restitución<sup>1036</sup>. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte o Corte Interamericana) señala reiteradamente que «es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente»<sup>1037</sup>. La «reparación» es un «término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido»<sup>1038</sup>.

1035. Abogada y criminóloga especialista en derechos humanos. Ex abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1036. Cf. NOVAK, F., «The System of Reparations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights», en Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 392, 2018, [http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096\\_pplrdc\\_A9789004392731\\_01](http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004392731_01), p. 40.

1037. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7., párrs. 24 y 25; Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C No. 446; párr. 164.

1038. Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39, párr. 41.

Es ampliamente aceptado que las formas de reparación pueden ser la *restitutio in integrum*, en primer lugar, y si ésta no es posible, la compensación, la satisfacción y las garantías de no repetición<sup>1039</sup>. En el DIDH estas formas de reparación tienen un sentido particular porque son obligaciones de los Estados hacia los individuos. Es decir, los Estados, actuando soberanamente, reconocen derechos humanos a las personas y adquiere determinadas obligaciones hacia ellas. Por lo tanto, es una relación que no se rige por la reciprocidad como las obligaciones entre Estados. Además, en el DIDH, la reparación no sólo es una obligación que los Estados deben satisfacer, sino que, a su vez, configura un derecho humano de las personas.

El derecho a la reparación tiene dos significados operativos: uno procesal y otro sustantivo<sup>1040</sup>. Conforme al primero, los Estados tienen el deber de proveer o garantizar recursos efectivos en el ámbito doméstico. Se trata, esencialmente, del derecho de acceso a la justicia mediante el que toda demanda o reclamo por la violación de derechos humanos debe ser atendido y decidido por las instancias estatales pertinentes<sup>1041</sup>. Este aspecto o dimensión de la reparación está reconocido por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1042</sup> (en adelante, Convención o Convención Americana). El aspecto sustantivo se refiere a la consecuencia de la demanda o reclamo, es decir, en sentido estricto, al remedio o reparación, de ser procedente<sup>1043</sup>. Precisamente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, Sistema Interamericano o SIDH), particularmente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia, es el ámbito en el que la teoría de las reparaciones y su aplicación se ha desarrollado de forma importante. Como se afirma, «la Corte pugna por acercarse al ideal de ofrecer reparaciones plenas para las violaciones a los derechos humanos en la medida en que el derecho internacional lo permite»<sup>1044</sup>.

Además, los daños causados por violaciones a los derechos humanos tienen una doble dimensión en cuanto a sus consecuencias, es decir, una dimensión individual,

---

1039. Sobre el deber de reparar y sus diversas formas puede consultarse el *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, particularmente, el artículo 42. *Cfr.* Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 53.<sup>º</sup> período de sesiones (23 de abril a 1.<sup>º</sup> de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General de las Naciones Unidas, 56.<sup>º</sup> período de sesiones, Suplemento N.<sup>º</sup> 10 (A/56/10).

1040. *Cfr.* SHELTON, D., Remedies in International Human Rights Law, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 7.

1041. *Ibidem*.

1042. Suscrita durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

1043. *Cfr.* SHELTON, D., Remedies in International Human Rights Law, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 7.

1044. DOUGLASS C., «El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en VON BOGDANDY, A *et al.*, comps., La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un jus constitutionale commune en América Latina?, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (2010), p. 245.

relacionada con los daños causados a la víctima y su familia, y una dimensión colectiva, referida a los daños causados a la sociedad en su conjunto y a su tejido social<sup>1045</sup>. En tal sentido, la obligación de reparar integralmente debe considerar que en el DIDH existen tanto víctimas individuales como colectivas, básicamente, la sociedad en general<sup>1046</sup>. Por ello, como los daños causados por la violación a derechos humanos comúnmente son múltiples y sus consecuencias pueden ser inmediatas y futuras, su reparación implica un enfoque integral y complejo<sup>1047</sup> como, de hecho, se refleja a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De esta manera, la Corte toma en cuenta, de la forma más amplia, las consecuencias que una violación de derechos humanos genera en las víctimas, dando sentido, por lo tanto, al concepto de «reparación integral del daño». Además, la reparación integral comprende no sólo los aspectos pecuniarios para las víctimas, sino que cubren todo tipo de daño<sup>1048</sup>. Por ello, existen diversas formas de reparación que son complementarias y no se excluyen entre sí porque en la mayoría de los casos ante la Corte Interamericana una reparación integral para la víctima requiere más de una medida con ese fin.

En este texto me referiré a la obligación de reparar integralmente las violaciones a derechos humanos a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El desarrollo del tema es muy vasto y comprende varias temáticas. Por la naturaleza de este trabajo sólo abordaré los temas más generales como la obligación de reparar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los elementos de la obligación de reparar, los acreedores y acreedoras de la reparación, y las modalidades de reparación. En este último retomaré cada uno de los tipos de reparación que ordena la Corte Interamericana y los clasificaré conforme a su jurisprudencia. Para ello, mencionaré varios casos ejemplares, pero no debo dejar de mencionar que las posibilidades de reparación son múltiples y que depende del caso concreto. Finalmente, elaboraré algunas conclusiones generales.

## 2. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que:

- 
1045. *Cfr.* SAAVEDRA ALESSANDRI, P., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones ordenadas and el acatamiento de los Estados», en Los instrumentos de protección regional e internacional de los derechos humanos. Memorias del Seminario, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México: Comisión Europea y Secretaría de Relaciones Internacionales, (2004), p. 188.
1046. *Cfr.* BECERRA, Z., «Algunas consideraciones en torno al modelo de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Dereito, España, vol. 23, no. 2, (2014), p. 61.
1047. *Cfr.* SAAVEDRA ALESSANDRI, P., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones ordenadas and el acatamiento de los Estados», *op. cit.*, p. 188.
1048. *Cfr.* BERISTAIN, C., Diálogos sobre la reparación. En Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, vol. 2, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (2008), pp. 20 y ss.

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

Para García Ramírez, las complicaciones que genera esta disposición «han suscitado una constante reflexión jurisprudencial que permita hacer luz donde hay algunas sombras y construir, a fuerza de sentencias, un *corpus* sobre las reparaciones»<sup>1049</sup>. Así, aunque en sus primeras sentencias la Corte Interamericana interpretó dicho artículo como dirigido sólo a indemnizar a la parte lesionada como única forma de reparación<sup>1050</sup>, con el paso de los años dicha disposición es una de las más desarrolladas por la Corte y, además, una de las más complejas, pues requiere el análisis de diversos elementos para determinar las reparaciones correspondientes más allá de la sola indemnización.

La Corte Interamericana señala que el texto del artículo 63.1 de la Convención Americana contiene una norma de derecho consuetudinario que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional en materia de responsabilidad de los Estados<sup>1051</sup>. Por lo tanto, esa obligación de reparar se rige por el Derecho Internacional en todos sus aspectos: su alcance, su naturaleza, sus modalidades, y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su Derecho interno<sup>1052</sup>. En opinión de la Corte, «ninguna parte [del artículo 63.1] hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo»<sup>1053</sup>. Por lo tanto, la obligación de reparar por la violación a derechos humanos subsiste aun si a nivel nacional no existen las previsiones y/o mecanismos necesarios para cumplirla.

La Corte puede ordenar a los Estados la adopción de medidas de reparación que van más allá del pago de una mera indemnización. De su jurisprudencia se desprende que «[l]a reparación es el término genérico que comprende las diferentes

1049. GARCÍA RAMÍREZ, S., «Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos», en Memoria del Seminario El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, tomo I, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2005), p. 131.

1050. Como en las primeras decisiones de la Corte Interamericana: Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párrs. 38 a 52; Corte IDH, Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, párrs. 36 a 50.

1051. Cfr. Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, párr. 43.

1052. Cfr. Corte IDH, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996, Serie C No. 29, párr. 37; Corte IDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42, párr. 86.

1053. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, *cit.*, párr. 30.

formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)»<sup>1054</sup>. Si bien para la Corte Interamericana una sentencia condenatoria puede ser por «sí misma una forma de reparación y satisfacción moral»<sup>1055</sup>, siempre ordena el pago de indemnizaciones y/o la adopción de otras medidas tanto pecuniarias como no pecuniarias. De hecho, el gran desarrollo del derecho a la reparación por la violación a derechos humanos se debe en gran medida a la amplia competencia que le otorga la Convención Americana a la Corte Interamericana<sup>1056</sup>, además de otros factores, entre otros, el impulso de las propias víctimas y de algunos jueces de la Corte, el relativo alto nivel de cumplimiento de los Estados, el consenso en la academia, y la propia experiencia de la Corte Interamericana<sup>1057</sup>.

### 3. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN DE REPARACIÓN

Al analizar la obligación de reparación por la violación a derechos humanos, la Corte Interamericana verifica el nexo causal entre los hechos, las violaciones de derechos humanos declaradas en el fallo, los daños acreditados<sup>1058</sup> y las medidas solicitadas por las víctimas y/o sus representantes para reparar los daños.<sup>1059</sup> En particular, los daños se agrupan en dos rubros generales: daño material y daño inmaterial. El daño material se refiere a «la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso»<sup>1060</sup>. Por otro lado, el daño inmaterial comprende «tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia»<sup>1061</sup>.

- 
- 1054. Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 31.
  - 1055. Corte IDH, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999, Serie C No. 44, párrs. 72.
  - 1056. Cf. NOVAK, F., «The System of Reparations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights», *op. cit.*, p. 75.
  - 1057. Cf. DOUGLASS, C., «El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 242-245.
  - 1058. Cf. Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 281.
  - 1059. Cf. Corte IDH, Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372, párr. 104; Corte IDH. Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párr. 120.
  - 1060. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002, serie C No. 91, párr. 43.
  - 1061. Corte IDH, Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C No. 77, párr. 84.

Para el daño material, la Corte normalmente toma en cuenta el daño emergente y el lucro cesante o la pérdida de ingresos. En ambos casos, la reparación puede consistir en el otorgamiento de una determinada cantidad de dinero por concepto de indemnización. Sin embargo, en algunas ocasiones, la Corte ordena otro tipo de medidas como, por ejemplo, de restitución o de satisfacción<sup>1062</sup>. Asimismo, también dispone la reparación por daño al patrimonio familiar, para el que normalmente corresponde una compensación pecuniaria<sup>1063</sup>.

En cambio, para la determinación del daño inmaterial la Corte Interamericana evalúa los perjuicios de carácter psicológico o físico para los que comúnmente se ordena a los Estados adoptar medidas de rehabilitación, como atención psicológica, psiquiátrica o física, aunque también medidas de satisfacción o indemnización excepcionalmente. Particularmente tratándose de daños de carácter físico, la investigación, proceso y sanción de los responsables puede ser otra forma de reparación, por ejemplo, en casos de tortura<sup>1064</sup>. Otro tipo de perjuicio que se enmarca en el daño inmaterial es el daño moral, que es una categoría más genérica pues incluye perjuicios a la honra, así como el dolor y sufrimiento a causa de las violaciones de derechos humanos cometidas. El daño moral normalmente es reparado mediante una indemnización, aunque también puede ser resarcido mediante medidas de satisfacción, rehabilitación y de restitución, dependiendo de las características del caso. En este sentido, la mayoría de las veces, sobre todo tratándose de violaciones graves y masivas a los derechos humanos, la investigación, proceso y eventual sanción de los responsables también tiene un papel importante como reparación del daño moral<sup>1065</sup>. Otro tipo de daño considerado, aunque en menor medida, es el daño al proyecto de vida que consiste en el perjuicio a la realización personal de la víctima o víctimas y comporta una merma o la pérdida total de opciones para la realización de su vida conforme a sus opciones personales. Por su naturaleza, este tipo de daño se repara a través de medidas restitutorias, de satisfacción y de rehabilitación. Más adelante explicaré cada una de este tipo de medidas.

#### 4. ACREDITORES Y ACREDITADORAS DE LAS REPARACIONES

En el DIDH, el deber de reparar debe ser analizado desde la perspectiva de la víctima, es decir, debe considerarse cómo pueden restituirse los derechos de la

- 
- 1062. *Cfr.* Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 375; Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, párr. 307.
  - 1063. *Cfr.* Corte IDH, Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Setiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 88; Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de setiembre de 2005, Serie C No. 132, párr. 78.
  - 1064. *Cfr.* Corte IDH, Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C No. 187, párr. 175.
  - 1065. *Cfr.* Corte IDH, Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párr. 185.

víctima y cómo se puede reparar no sólo desde un enfoque monetario, sino integral, considerando a la persona como un todo<sup>1066</sup>. Un primer punto que debo mencionar es que el término «victima» comprende tanto a las denominadas víctimas «directas» como a las «indirectas», aunque en las sentencias de los últimos años no se hace esta distinción pues, en opinión de la Corte, ambas son simplemente «victimas». Así, el artículo 2.33 del Reglamento la Corte Interamericana<sup>1067</sup> define el término «víctima» como «la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte». Al respecto, es importante tener presente que, en casos de violación a derechos humanos, sobre todo cuando los hechos revisten una especial gravedad, no sólo las víctimas «directas» son acreedoras a reparaciones, sino que algunas personas, principalmente los «familiares», también pueden recibir algún tipo de reparación, como comúnmente sucede en caso de desaparición forzada de personas<sup>1068</sup>. Los familiares de una víctima directa pueden ser acreedores a alguna reparación sin que, necesariamente, sean sus «derechohabitantes». Es decir, puede haber familiares que, sin tener esa calidad, deban recibir algún tipo de reparación, dependiendo del tipo de relación o lazo filial que tuvieron con la víctima directa y del impacto que les haya causado lo sucedido a ésta,<sup>1069</sup> siempre y cuando se haya configurado alguna violación a derechos humanos adicional que sea también atribuible al Estado.

Ahora bien, el artículo 63.1 de la Convención no menciona a la «victima», sino que se refiere a la parte lesionada como beneficiaria de la reparación. En tal sentido, toda persona declarada como víctima de una violación de derechos humanos por la Corte Interamericana será considerada como «parte lesionada» y, por ello, como acreedora a reparaciones por parte del Estado<sup>1070</sup>.

## 5. MODALIDADES DE REPARACIÓN

Existen diversos «modos específicos» de reparar que «varían según la lesión producida»<sup>1071</sup>. Por ello, si no es posible la *restitutio in integrum*, como en una gran parte de los

- 
- 1066. *Cfr.* NASH, C., Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2007), Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2009, p. 36.
  - 1067. Reglamento aprobado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, en vigor desde el 1 de enero de 2010.
  - 1068. *Cfr.* Corte IDH, Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012, Serie C No. 240, párr. 270.
  - 1069. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, Voto concurrente razonado, Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C No. 101, párr. 61.
  - 1070. *Cfr.* BURGORGUE-LARSEN, L., «The Right to Determine Reparations», en BURGORGUE-LARSEN, L. /ÚBEDA DE TORRES, A., The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 225-226.
  - 1071. Corte IDH, Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, párr. 89; Corte IDH, Caso Castillo

casos no lo es, la Corte Interamericana ordena al Estado la adopción de otras medidas para reparar «las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada», como indica el artículo 63.1 de la Convención. Estas medidas son: la investigación, proceso y eventual sanción de los responsables; la restitución; la rehabilitación; la satisfacción; las garantías de no repetición y la indemnización compensatoria, además del pago de costas y gastos que la Corte entiende también como parte de las reparaciones. A continuación, me referiré de forma sucinta a estas medidas.

### 5.1. OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LOS HECHOS E IDENTIFICAR, JUZGAR Y, EN SU CASO, SANCIONAR A LOS RESPONSABLES

La obligación de investigar las violaciones a derechos humanos es una de las más importantes medidas de reparación ordenadas por la Corte. En la mayoría de sus sentencias es la primera medida que la Corte Interamericana aborda, lo que refleja la importancia que le otorga. Además, se trata de una de las reparaciones más complejas. Anteriormente mencioné que una de las dimensiones de la reparación es la procesal conforme a la que los Estados deben garantizar el derecho de acceso a la justicia en sí, es decir, que cualquier demanda o reclamo por la violación de derechos humanos sea atendido y decidido por las instancias nacionales pertinentes. Evidentemente, para ello los Estados deben generar y garantizar los recursos efectivos para ese efecto.

Comúnmente la Corte Interamericana ordena la investigación, proceso y sanción de los responsables como una forma de reparación autónoma cuando el Estado ha cometido violaciones a derechos humanos, especialmente, cuando éstas configuran o pueden configurar delitos<sup>1072</sup>, o conductas que deban ser sancionadas administrativa o disciplinariamente en el ámbito interno<sup>1073</sup>. Sin embargo, no en todos los casos será necesaria esta forma de reparación, por ejemplo, en casos que plantean situaciones de mero derecho que no requieren investigación, proceso y sanción alguna por parte de los Estados<sup>1074</sup>.

Particularmente en materia penal, la investigación, proceso y sanción abarca no sólo a los autores materiales e intelectuales sino también a cómplices, encubridores

Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 48.

1072. *Cfr.* Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 331.

1073. *Cfr.* Corte IDH, Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242, párr. 172.

1074. *Cfr.* Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C No. 126; Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 179; Corte IDH, Caso Profesores de Chañaral y otras municipalidades Vs. Chile. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2021. Serie C No. 443.

y a todos aquellos que hubieren tenido participación en los hechos que generaron la violación de los derechos<sup>1075</sup>. Además, en el marco de esta obligación, la Corte también ha ordenado que las víctimas y sus familiares tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de las investigaciones, de acuerdo con la normativa interna y la Convención Americana<sup>1076</sup>.

El deber de sanción abarca medidas tanto de carácter administrativo como penal, según corresponda<sup>1077</sup>, y no se limita a la sanción de funcionarios públicos sino también de cualquier particular que entorpezca, desvíe o dilate indebidamente las investigaciones tendientes a aclarar la verdad de los hechos.<sup>1078</sup> Es decir, el deber de sanción se extiende no solamente a aquellos responsables de los hechos generadores de las violaciones alegadas, sino también a cualquier persona que obstruya su efectiva investigación, proceso y sanción.

Por otro lado, al ordenar la investigación de los hechos, la Corte Interamericana establece que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno para incumplir con sus obligaciones internacionales y, por lo tanto, las que se derivan de la Convención Americana. Por ejemplo, para la Corte, las leyes de amnistía o similares obstaculizan la investigación y el acceso a la justicia. En este sentido, los Estados deben adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación<sup>1079</sup>. Entre otras limitantes también se encuentran figuras e instituciones internas como la prescripción y las excluyentes de responsabilidad, así como otras medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria, por lo tanto, el Estado debe abstenerse de aplicarlas<sup>1080</sup>. Por otro lado, la Corte reitera que los responsables, sobre todo, cuando se trata de funcionarios públicos, deben ser juzgados y sancionados por tribunales competentes, como cuando existen conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la militar<sup>1081</sup>.

La Corte también dispone que, aunque existan dificultades de orden interno que impiden la identificación de los responsables, subsiste el derecho de los familiares

1075. *Cfr.* Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, *cit.*, párr. 74.

1076. *Cfr.* Corte IDH, Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C No. 95, párr. 118.

1077. *Ibidem*.

1078. *Idem*, párr. 119.

1079. *Cfr.* Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001, Serie C No. 87, párr. 42; Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 226.

1080. *Cfr.* Corte IDH, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004, Serie C No. 108, párr. 83; Corte IDH., Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 259.

1081. *Cfr.* Corte IDH, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrs. 256 y 257; Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit.*, párr. 402.

de conocer la verdad, por lo que la obligación de investigar, juzgar y sancionar persiste hasta su total cumplimiento<sup>1082</sup>. De hecho, la investigación no solamente es ordenada por la Corte como medida de reparación en casos donde existe una situación de impunidad total, de hecho, en varios casos donde, no obstante que existen investigaciones en curso al momento de dictar la sentencia interamericana, la Corte ordena al Estado debe continuar con la investigación de los hechos, y el proceso y sanción de los responsables.<sup>1083</sup> En casos donde existen indicios o evidencia de violencia de género y, particularmente, violencia sexual, la Corte ordena que la investigación y proceso penales deban guiarse con una perspectiva de género<sup>1084</sup>.

En la mayoría de los casos, la Corte Interamericana dispone que el Estado divulgue públicamente los resultados de la investigación y sanción a los responsables<sup>1085</sup> pues el conocimiento de la verdad, además de ser un medio de reparación para la víctima y sus familiares, tiene un alcance mayor como una forma de esclarecimiento fundamental para que la sociedad pueda desarrollar sus mecanismos propios de reproche y prevención de violaciones a los derechos humanos<sup>1086</sup>. En este sentido, la divulgación de los resultados de la investigación es ordenada, sobre todo, tratándose de casos sobre violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos<sup>1087</sup>, violaciones cometidas en el pasado en el marco de contextos particulares, como dictaduras o gobiernos autoritarios<sup>1088</sup>, o de casos que reflejan algún problema estructural en relación con determinados derechos humanos o grupos de personas<sup>1089</sup>.

- 
1082. *Cfr.* Corte IDH, Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C No. 34, párr. 90.
1083. *Cfr.* Corte IDH, Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28, párr. 61; Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 267.
1084. *Cfr.* Corte IDH, Caso González y otras («Campillo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 455, ii); Corte IDH, Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 309.
1085. *Cfr.* Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, resolutivo cuarto.
1086. *Cfr.* Corte IDH, Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párr. 196, Corte IDH, Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 136, párr. 78, Corte IDH, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párr. 245.
1087. *Cfr.* Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, párr. 236.
1088. *Cfr.* Corte IDH, Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 165.
1089. *Cfr.* Corte IDH, Caso González y otras («Campillo Algodonero») Vs. México, *cit.*, párr. 455, inciso iv).

## 5.2. RESTITUCIÓN

La restitución tiene como objetivo procurar que la víctima vuelva a la situación anterior a la violación de derechos humanos. Por lo tanto, la restitución no solamente se refiere al aspecto material, sino también al ejercicio de derechos. Comúnmente, como medidas de restitución, la Corte ha ordenado que se dejen sin efecto sentencias internas, tanto penales como civiles,<sup>1090</sup> la eliminación de antecedentes penales o disciplinarios,<sup>1091</sup> el restablecimiento de la libertad de una persona<sup>1092</sup>, la reincorporación al cargo que ostentaba la víctima previamente a la violación de derechos humanos sufrida<sup>1093</sup>, así como la restitución de ciertos bienes o valores a la víctima.<sup>1094</sup>

En casos que involucran los derechos de comunidades indígenas, la Corte solicita a los Estados medidas de restitución relacionadas con la tenencia o propiedad de territorios originarios o ancestrales, así como con su uso y goce, por ejemplo, la devolución de tierras, la demarcación y titulación como una manera de asegurar el derecho de propiedad<sup>1095</sup>, y si la restitución no fuera posible, la entrega de tierras o territorios alternativos<sup>1096</sup>. La Corte Interamericana también ordena medidas de restitución innovadoras. En un caso sobre la entrega de una menor en adopción sin el consentimiento de su padre biológico, entre otros temas, la Corte Interamericana ordenó «establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el [padre] y su hija. Ello implica un proceso de acercamiento progresivo de manera de comenzar a construir un vínculo entre padre e hija [...]»<sup>1097</sup>.

Además, en cuanto al concepto de plena restitución, la Corte dispone medidas con vocación «transformadora» de una determinada situación disfuncional preexistente a la comisión de la violación de derechos humanos, «de tal forma que

---

1090. Cfr. Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 195; Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, párr. 195; Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238, párr. 105.

1091. Cfr. Corte IDH, Caso Bayarri Vs. Argentina, *cit.*, párr. 161.

1092. Cfr. Corte IDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 84.

1093. Cfr. Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C No. 197, párr. 163.

1094. Cfr. Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador, *cit.*, párr. 237.

1095. Cfr. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 164; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 210; Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 259.

1096. Cfr. Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 217.

1097. Corte IDH, Caso Forneron e hija Vs. Argentina, *cit.*, párr. 160.

las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo»<sup>1098</sup>. En un caso, con base en la existencia de una situación de discriminación estructural, la Corte Interamericana ordenó medidas que no solamente abarcaban cambios en ámbito público sino también en el privado, teniendo en cuenta los estereotipos que sustentaban conductas de violencia contra la mujer y su impunidad en la población en general. Entre otras medidas, la Corte ordenó que el Estado continuara implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en temas de derechos humanos y género, y perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de las investigaciones y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, entre otras medidas<sup>1099</sup>.

### 5.3. SATISFACCIÓN

Las medidas de satisfacción están «dirigidas a reparar el daño inmaterial (sufimientos y las aflicciones causados por la violación, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas)»<sup>1100</sup>. La Corte Interamericana señala que este tipo de medidas también pueden comprender «actos u obras de alcance o repercusión pública, como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata, pretendiendo de esta manera la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos»<sup>1101</sup>. Es decir, estas medidas «buscan reparar el daño inmaterial», pero «no tienen alcance pecuniario, sino que tienen una repercusión pública»<sup>1102</sup>. Por tratarse de medidas de satisfacción para las víctimas, la orden de la Corte Interamericana para que el Estado las lleve a cabo depende, en gran medida, de lo que aquéllas hayan solicitado, siempre y cuando las pretensiones tengan nexo causal con los hechos establecidos, las violaciones de derechos humanos declaradas y los daños causados<sup>1103</sup>.

Entre las principales medidas de satisfacción que ordena la Corte se encuentran la publicación de su sentencia y la realización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad internacional. En cuanto a la primera, durante varios años la

1098. Corte IDH, Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México, *cit.*, párr. 450.

1099. *Idem*, párrs. 541 y 543.

1100. *Idem*, párr. 579.

1101. *Ibidem*.

1102. Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 208.

1103. Por ejemplo, la Corte Interamericana comúnmente ordena la publicación de sus sentencias en diarios oficiales y de amplia circulación nacional. Sin embargo, en el caso *Torres Millacura Vs. Argentina*, las víctimas expresamente indicaron que no deseaban este tipo de medida de reparación. Por lo tanto, la Corte no la ordenó. *Cfr.* Corte IDH, Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 172.

Corte ordenó la publicación de la sentencia<sup>1104</sup> tanto en el diario o gaceta oficial del Estado responsable como en uno o dos diarios de circulación nacional. Actualmente, la publicación de la sentencia completa o un resumen de la misma elaborado por la Corte, dependiendo del caso, se dispone sólo en el diario oficial, mientras que para los diarios de circulación nacional se ordena la publicación del resumen de la misma<sup>1105</sup>. Estos resúmenes hacen más accesible y comprensible el contenido de las sentencias al público en general pues se elaboran con un lenguaje menos técnico, aunque no por ello menos riguroso, cumpliendo con ello el propósito de la medida de satisfacción que es el de divulgar la sentencia en la sociedad. Además, en ocasiones la Corte también ordena que la sentencia íntegra esté disponible en alguna página o sitio web oficial del Estado durante determinado tiempo<sup>1106</sup>.

Particularmente en casos que involucran los derechos de comunidades indígenas, la Corte Interamericana decide que la sentencia o el resumen sean traducidos por el Estado al idioma de dichas comunidades previamente a su publicación y difusión<sup>1107</sup>. Además, en este tipo de casos, en ocasiones también se estima conveniente que la difusión de la sentencia se haga no sólo de forma escrita sino también radial en español y en el idioma de la comunidad indígena respectiva porque ello puede hacer más accesible el contenido de la misma<sup>1108</sup>. En casos que involucran hechos sensibles para las víctimas, la Corte Interamericana condiciona la publicación de la sentencia o su resumen a la autorización que aquéllas eventualmente otorguen<sup>1109</sup>.

Por otro lado, para la realización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad, generalmente, la Corte establece ciertas pautas mínimas que el Estado debe cumplir para que se logre su propósito como medida resarcitoria de satisfacción<sup>1110</sup>. Esto no quiere decir que, posteriormente, las víctimas y/o sus representantes acuerden otro tipo de elementos adicionales a los ordenados por la Corte, siempre y cuando tengan relación con los hechos del caso y las violaciones a derechos humanos pertinentes. Entre las pautas indicadas normalmente por la Corte Interamericana se

---

1104. Las notas al pie de página y determinados párrafos o secciones no son publicadas por orden de la Corte por no ser necesarios para la difusión de la sentencia.

1105. *Cfr.* Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, *cit.*, párr. 108.

1106. *Cfr.* Corte IDH, Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 241, párr. 120; Corte IDH, Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410, párr. 114.

1107. *Cfr.* Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 253.

1108. *Cfr.* Corte IDH, Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 108.

1109. *Cfr.* Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 247; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 229.

1110. Aunque en ocasiones el reconocimiento público de responsabilidad también puede tener un efecto como «garantía de no repetición».

encuentran: que el Estado haga referencia a los hechos propios del caso, incluyendo el contexto general dentro del cual tuvieron lugar, y a las violaciones de derechos humanos declaradas; que exista la participación y acuerdo, en la mayor medida posible, de las víctimas y/o sus representantes por lo que respecta al lugar, fecha y hora para su realización; que durante el acto estén presentes, además de las víctimas, altos funcionarios del Estado, particularmente de las directamente involucradas, y que el acto se difunda a través de medios de comunicación<sup>1111</sup>.

Existen otro tipo de medidas de reparación que pueden ordenarse dependiendo de la gravedad particular de los hechos y las violaciones de derechos humanos, del contexto general en el que ocurrieron y de las víctimas mismas. Por ejemplo, el levantamiento de monumentos en conmemoración de éstas, que su develación se haga mediante una ceremonia pública en presencia de aquéllas y, normalmente, que se coloque una placa en donde se haga constar que el monumento fue construido como una forma de reparación para las víctimas en cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte Interamericana<sup>1112</sup>. También se dispone que el Estado otorgue becas de estudio, incluyendo gastos de manutención u otros gastos correspondientes a eventuales matrículas y material educativo, a favor de las víctimas y/o sus familiares<sup>1113</sup>, o en beneficio de otras personas como una forma de conmemorar a la víctima o víctimas<sup>1114</sup>.

Por otro lado, la Corte también ha considerado procedente que el Estado nombre una calle, plaza o escuela en memoria de las víctimas<sup>1115</sup>, realice un video documental sobre la vida de la víctima o víctimas, o sobre alguna temática relacionada con el caso concreto<sup>1116</sup>, o lleve a cabo otras medidas de alcance colectivo, particularmente, programas sociales o la creación de fondos de desarrollo. Esto último es relevante en casos que involucran derechos de miembros de comunidades indígenas<sup>1117</sup>.

- 
- 1111. *Cfr.* Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 266; Corte IDH, Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 264.
  - 1112. *Cfr.* Corte IDH, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, *cit.*, párr. 273; Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, *cit.*, párr. 278.
  - 1113. *Cfr.* Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C No. 88, párr. 80; Corte IDH, Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Serie C No. 237, párr. 336.
  - 1114. *Cfr.* Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213, párr. 233.
  - 1115. *Cfr.* Corte IDH, Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, *cit.*, párr. 103; Corte IDH, Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 199.
  - 1116. *Cfr.* Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, *cit.*, párr. 210.
  - 1117. *Cfr.* Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrs. 213 a 215.

#### 5.4. REHABILITACIÓN

Esta medida implica, básicamente, la atención médica y/o psicológica o psiquiátrica que debe garantizar el Estado a las víctimas. Aunque en algunos casos la Corte Interamericana interpreta la rehabilitación como una forma de satisfacción, en los últimos años se observa una reafirmación de su carácter como una reparación independiente<sup>1118</sup>. La provisión de atención médica y/o psicológica o psiquiátrica normalmente se ordena de manera tal que sea el Estado el que, a través de sus instituciones públicas, brinde de forma inmediata y gratuita el tratamiento especializado pertinente por el tiempo que sea necesario a favor de las víctimas que así lo requieran y soliciten, preferentemente en los lugares o sitios más cercanos a su lugar de residencia. Esto incluye también el suministro gratuito de medicamentos. No obstante, el Estado podrá brindar esta medida de reparación a través de instituciones especializadas privadas o de la sociedad civil, siempre y cuando ello sea gratuito para las víctimas y previo consentimiento informado del beneficiario o beneficiaria<sup>1119</sup>. La Corte Interamericana también ordena que el Estado pague determinada suma de dinero a favor de la víctima para cubrir tratamientos médicos y/o psiquiátricos si, por ejemplo, ésta no residiera en el territorio del Estado responsable a consecuencia de las violaciones a derechos humanos sufridas, además de otras circunstancias, y si no tuviera intenciones de regresar al mismo<sup>1120</sup>.

Además, los tratamientos pueden ser individuales o colectivos, dependiendo de las circunstancias y necesidades particulares de las víctimas y del tipo de daño sufrido<sup>1121</sup>. Los tratamientos psicológicos o psiquiátricos que se realizan de forma colectiva son particularmente importantes en casos que implican a varios miembros de una o más familias,<sup>1122</sup> así como a integrantes de una comunidad indígena<sup>1123</sup>.

Por otro lado, como ejemplo del otorgamiento de medidas consistentes en servicios y suministros de bienes, podemos mencionar que la Corte Interamericana dispone el abastecimiento de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de una comunidad indígena, la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación que respeten sus usos y costumbres, la entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes para asegurar una alimentación ade-

---

1118. *Cfr.* CALDERÓN, J., La evolución de la «reparación integral» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013, p. 52.

1119. *Cfr.* Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párrs. 255 y 256; Corte IDH, Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, *cit.*, párr. 330; Corte IDH, Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párr. 130.

1120. *Cfr.* Corte IDH, Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, *cit.*, párr. 201.

1121. *Idem*, párr. 200.

1122. *Cfr.* Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, *cit.*, párr. 235.

1123. *Cfr.* Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, *cit.*, párr. 270.

cuada, la instalación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado, y la dotación de los materiales y recursos humanos necesarios para garantizar el acceso a la educación básica para los niños y niñas, de conformidad con sus tradiciones culturales y garantizando la protección de la lengua indígena<sup>1124</sup>.

## 5.5. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Se trata de medidas de alcance general, es decir, tienen un efecto más allá del caso concreto, aunque estrictamente se derivan de éste pues deben tener un nexo causal. Las garantías de no repetición tienen como propósito prevenir o evitar que los hechos que dieron origen a las violaciones declaradas vuelvan a suceder. Estas medidas son importantes, sobre todo, cuando en los Estados existen patrones recurrentes de hechos similares y violaciones de derechos humanos<sup>1125</sup>. Hay una gran variedad de garantías de no repetición. Enseguida haré mención sólo a las medidas ordenadas con más frecuencia por la Corte Interamericana.

Por un lado, la Corte considera necesaria la adopción o reforma de legislación interna, o la adopción de medidas administrativas o de otro tipo, cuando el caso presenta alguna cuestión que, por ausencia o por aplicación de determinadas normas, se haya generado la violación o violaciones de derechos humanos alegadas. Por ejemplo, en algunos casos la Corte Interamericana ordena a los Estados que tipifiquen el delito de desaparición forzada de personas cuando son Partes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que impone dicha obligación en su artículo III, y si la falta de tipificación ha impedido la correcta investigación, proceso y sanción de los responsables de dicha conducta<sup>1126</sup>. La Corte también solicita a los Estados que modifiquen la tipificación del delito de desaparición forzada de personas si no cumple con todos los elementos señalados en el artículo II de la Convención mencionada y si ello tiene efectos adversos para su debida investigación<sup>1127</sup>. La Corte Interamericana considera pertinente que los Estados adopten las medidas necesarias para tipificar penalmente determinadas conductas, por ejemplo, la «venta» de niños y niñas<sup>1128</sup>.

En aspectos procesales, también se dispone que el Estado acomode su ordenamiento interno a efecto de cumplir con las «garantías judiciales» reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana<sup>1129</sup> o con la «protección judicial» prevista en el artículo 25 de dicho instrumento<sup>1130</sup>. Por el contrario, la Corte ordena la derogación

1124. *Cfr.* Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 301.

1125. *Cfr.* Corte IDH, Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, *cit.*, párr. 92.

1126. *Cfr.* Corte IDH, Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C No. 92, párrs. 97 y 98.

1127. *Cfr.* Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, *cit.*, párr. 344.

1128. *Cfr.* Corte IDH, Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, *cit.*, párr. 177.

1129. *Cfr.* Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, *cit.*, párr. 198.

1130. *Cfr.* Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, *cit.*, párrs. 238 y 242.

y reforma de normas incompatibles con los estándares internacionales de derechos humanos, como tratándose de la libertad de pensamiento y de expresión<sup>1131</sup>.

En cuanto a medidas que involucran actos preponderantemente de carácter administrativo, en casos que involucran derechos de miembros de comunidades indígenas, la Corte Interamericana considera necesario que el Estado adopte las medidas necesarias, particularmente de carácter administrativo, para crear y establecer registros de nacimiento y defunción cercanos al lugar de residencia de las comunidades<sup>1132</sup>, e instituir sistemas o procedimientos eficaces de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales<sup>1133</sup> para hacer efectivo su derecho de propiedad, tomando en cuenta el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres<sup>1134</sup>. En casos relativos a los derechos de las personas privadas de la libertad, se ordena la adopción de las medidas pertinentes para «fortalecer los mecanismos de control existentes en los centros estatales de detención, con el propósito de garantizar condiciones de detención adecuadas y el respeto a las garantías judiciales»<sup>1135</sup>. En similar sentido, la Corte también estima necesario que el Estado realice las acciones pertinentes para mejorar las condiciones carcelarias de manera tal que sean compatibles con los derechos reconocidos por las normas internacionales de derechos humanos<sup>1136</sup>.

Las garantías de no repetición no sólo están relacionadas con cambios o reformas legislativos o administrativos. En algunas sentencias, la Corte considera necesario que la judicatura lleve a cabo un control de convencionalidad para que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen de conformidad con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pues ésta es intérprete última de aquélla. A manera de ejemplo, esto se ordena tratándose de la aplicación excepcional de la justicia militar<sup>1137</sup> y de la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de las personas<sup>1138</sup>.

Otra medida comúnmente ordenada por la Corte Interamericana como garantía de no repetición es la capacitación o programa de formación para funcionarios estatales como «una manera de brindar al funcionario público nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades, permitir su especialización en determinadas áreas novedosas, prepararlo para desempeñar posiciones distintas y adaptar sus capacidades para desempeñar mejor las tareas asignadas»<sup>1139</sup>. La capacitación puede

1131. *Cfr.* Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 254.

1132. *Cfr.* Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay, *cit.*, párr. 308.

1133. *Ibid.*, párr. 310.

1134. *Cfr.* Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay, *cit.*, párr. 225.

1135. Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, *cit.*, párr. 112.

1136. *Cfr.* Corte IDH, Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 180, párr. 183.

1137. *Cfr.* Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, *cit.*, párr. 340; Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, *cit.*, párr. 231.

1138. *Cfr.* Corte IDH, Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile, *cit.*, párr. 284.

1139. Corte IDH, Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, Serie C No. 200, párr. 251.

incluir que la sentencia dictada en el caso respectivo sea estudiada como «lección aprendida» por la corporación o institución estatal directamente involucrada en los hechos, o ser incorporada como «elemento pedagógico»<sup>1140</sup>. En otros casos, la Corte Interamericana dispone que el Estado implemente programas de educación, campañas nacionales de concientización y sensibilización, o jornadas de información dirigidos, entre otros, a la población en general, sobre derechos de las mujeres, género y estereotipos<sup>1141</sup>, la importancia de la protección a los niños y jóvenes, sobre todo aquellos en situación de riesgo social<sup>1142</sup>, la importancia de la labor de los defensores del medio ambiente y sus aportes en la defensa de los derechos humanos<sup>1143</sup> o sobre los derechos humanos en favor de personas privadas de la libertad<sup>1144</sup>. Asimismo, la Corte puede considerar necesario que el Estado instaure o fortalezca mecanismos nacionales ya existentes para atender ciertas problemáticas de derechos humanos, como la violencia sexual y el acceso a la salud sexual y reproductiva<sup>1145</sup>.

## 5.6. INDEMNIZACIONES COMPENSATORIAS

Ésta es la medida de reparación más común ordenada por la Corte Interamericana. Como mencioné anteriormente, se encuentra expresamente prevista en el artículo 63.1 de la Convención Americana. La indemnización comprende tanto los daños materiales como los inmateriales. Respecto al primero, la Corte Interamericana considera las consecuencias patrimoniales de las violaciones de derechos humanos que hayan sido declaradas, la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. Todo esto, normalmente, la Corte lo analiza en dos rubros principales: el daño emergente y el lucro cesante o pérdida de ingresos. Por otro lado, el daño inmaterial comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas, el menoscabo de valores muy significativos para ellas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas o sus familiares.

Un aspecto importante es que la Corte Interamericana puntualiza que las indemnizaciones tienen un carácter compensatorio y no sancionatorio,<sup>1146</sup> es decir, su naturaleza y monto dependen del daño ocasionado, por lo que «no pueden signi-

1140. Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, *cit.*, párrs. 106 y 107.

1141. *Cfr.* Corte IDH, Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México, *op. cit.*, párr. 541.

1142. *Cfr.* Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, *cit.*, párr. 201.

1143. *Cfr.* Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párr. 214.

1144. *Cfr.* Corte IDH, Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 275.

1145. *Cfr.* Corte IDH, Caso I. V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párrs. 340-341; Corte IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 360.

1146. *Cfr.* Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, *cit.*, párr. 38.

ficar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para las víctimas o sus sucesores». <sup>1147</sup> Por la misma razón, la Corte ha desestimado «pretensiones de indemnizaciones ejemplarizantes o disuasivas» <sup>1148</sup>.

El cálculo de la indemnización por daño material se realiza tomando en cuenta las pretensiones de las víctimas y la prueba aportada para ello. Sin embargo, si por algún motivo las víctimas no pueden presentar evidencia de los gastos reclamados por este rubro como, por ejemplo, cuando ha transcurrido mucho tiempo luego de la comisión de los hechos y las víctimas no han podido conservar todos los comprobantes necesarios <sup>1149</sup>, la Corte puede calcular con base en la equidad el monto que el Estado deberá pagar por este concepto <sup>1150</sup>, tomando en cuenta también los gastos que estén debidamente acreditados. Para el daño inmaterial no es posible asignar un equivalente monetario fijo o exacto por lo que el cálculo de su monto es realizado, asimismo, con base en la equidad, en aplicación razonable del arbitrio judicial, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero <sup>1151</sup>. Aun así, aunque las víctimas o sus representantes no hayan solicitado montos específicos o identificado los elementos concretos para evaluar los daños sufridos, dada la naturaleza de los hechos y las violaciones a derechos humanos en el caso concreto, la Corte Interamericana entiende que los daños materiales e inmateriales deben ser compensados, y ello será calculado también con base en la equidad <sup>1152</sup>.

Ahora bien, la Corte puede llegar a determinar que el cálculo de las indemnizaciones correspondientes se haga en el ámbito interno si considera que es lo más adecuado dependiendo de las características del caso, por ejemplo, tratándose de salarios caídos de trabajadores arbitrariamente despedidos <sup>1153</sup>, indemnización por expropiación <sup>1154</sup>, salarios <sup>1155</sup> y pensiones <sup>1156</sup>. En otras ocasiones, la Corte Interamericana puede tomar en cuenta que a nivel interno ya se ha otorgado algún

1147. Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, *cit.*, párr. 202.

1148. Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, *cit.*, párr. 44.

1149. Cfr. Corte IDH, Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226, párrs. 143 y 145.

1150. Cfr. Corte IDH, Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, *cit.*, párr. 313.

1151. Cfr. Corte IDH, Caso Del Caracazo Vs. Venezuela, *cit.*, párr. 94.

1152. Cfr. Corte IDH, Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2020. Serie C No. 417, párr. 169.

1153. Cfr. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párr. 205.

1154. Cfr. Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, *cit.*, párr. 134. No obstante, posteriormente la Corte Interamericana tuvo que realizar el cálculo de la indemnización debido a que las partes no pudieron llegar a un común acuerdo al respecto, tal como había sido determinado por la Corte. Cfr. Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011, Serie C No. 222, párrs. 91 a 101.

1155. Cfr. Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, *cit.*, párr. 304.

1156. Cfr. Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párr. 178.

tipo de reparación de carácter pecuniario por los mismos hechos y violaciones, por lo que puede ya no ordenar indemnización en el ámbito interamericano. Al respecto, la Corte señala que «de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, esos procedimientos y resultados pueden ser valorados [...]»<sup>1157</sup>. Sin embargo, esos mecanismos deben satisfacer criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones a los derechos humanos declaradas por la Corte Interamericana<sup>1158</sup>.

También hay casos en los que, durante el proceso, las víctimas o sus representantes y el Estado llegaron a un acuerdo que incluyó, entre otros, la determinación de diversos montos por concepto de reparación por daño material e inmaterial. En tales situaciones, la Corte puede ya no ordenar indemnizaciones en su sentencia si considera que tales montos acordados previamente son adecuados en el caso concreto<sup>1159</sup>. Finalmente, en otros casos las víctimas pueden renunciar expresamente a la reparación de tipo pecuniaria. En tal sentido, y dado que el otorgamiento de indemnización se concede expresamente a petición de las víctimas o sus representantes, la Corte Interamericana no la ordena<sup>1160</sup>.

## 5.7. COSTAS Y GASTOS

Este rubro no se encuentra expresamente señalado en el artículo 63.1 de la Convención Americana. Sin embargo, la Corte Interamericana interpreta que las costas y gastos están comprendidos en el concepto de reparación que se desprende de dicha disposición, «puesto que la actividad desplegada por la o las víctimas, sus derechohabientes o sus representantes para acceder a la justicia internacional implica erogaciones y compromisos de carácter económico que deben ser compensados al dictar sentencia condenatoria»<sup>1161</sup>. Las costas y gastos abarcan aquellos generados tanto en el ámbito interno como en el sistema interamericano, es decir, también ante la Comisión y Corte Interamericanas. Para su cálculo debe tomarse en cuenta «la acreditación de los gastos hechos, las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable»<sup>1162</sup>.

---

1157. Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, *cit.*, párr. 246.

1158. *Ibidem*.

1159. Cfr. Corte IDH, Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38, párrs. 55 y 56; Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, *cit.*, párr. 281.

1160. Cfr. Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, *cit.*, párr. 297.

1161. Corte IDH, Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C No. 76, párr. 212.

1162. Corte IDH, Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, Serie C No. 236, párr. 150.

Al respecto, la Corte considera sólo los gastos realizados por las víctimas o sus representantes que estén estrictamente relacionados con la tramitación del caso concreto<sup>1163</sup>. Además, al igual que con las indemnizaciones, si las víctimas no pueden presentar prueba para todos los gastos reclamados, la Corte puede calcular con base en la equidad el monto que el Estado debe reintegrar por este concepto, «siempre que los montos respondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad»<sup>1164</sup>. Cuando existen acuerdos entre las víctimas y sus representantes en los cuales se haya fijado una *cuota litis* como honorario, la Corte Interamericana no ordenará al Estado el pago de costas y gastos<sup>1165</sup>.

Finalmente, ha sido una práctica relativamente reciente el que la Corte Interamericana también fije montos por gastos futuros a favor de las víctimas y/o sus representantes para la supervisión del cumplimiento del fallo. Esto tiene su lógica en el hecho de que la ejecución total de la sentencia puede tomar varios años, como casi siempre sucede, durante los que las víctimas y/o sus representantes deberán realizar diversas erogaciones con ese fin. Así, la Corte Interamericana puede disponer posteriormente al fallo que el Estado reembolse a las víctimas o sus representantes los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal<sup>1166</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

La reparación por la violación de una obligación internacional es un principio del Derecho Internacional. Sin embargo, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene un sentido diferente porque dicha obligación se encuentra a cargo de los Estados, pero a favor de las personas, no de otros Estados. Particularmente, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha desarrollado ampliamente una teoría de las reparaciones por la violación a derechos humanos que agrega un nuevo significado a la reparación, es decir, el de su integralidad. En materia de derechos humanos, la reparación debe ser integral y, por lo tanto, comprende no sólo los aspectos pecuniarios que los daños hayan causado a las víctimas, sino que cubren todo tipo de daño. Por ello, cuando se habla de reparaciones se entiende sólo como un término genérico que comprende diferentes formas en que los Estados hacen frente a la responsabilidad internacional en que han incurrido por la violación a derechos humanos que va más allá del pago de indemnizaciones compensatorias.

- 
1163. *Cfr.* Por ejemplo, en el caso Torres Millacura Vs. Argentina, la Corte Interamericana señaló que había gastos reclamados por los representantes que no guardaban relación alguna con el litigio de dicho caso como, por ejemplo, la compra de un disco compacto de música, orquídeas, objetos de arte, etc. *Cfr.* Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina, *cit.*, párr. 199.
1164. Corte IDH, Caso Ibsen Cárdenes e Ibsen Peña Vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 289.
1165. *Cfr.* Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, *cit.*, párr. 289.
1166. *Cfr.* Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenes e Ibsen Peña Vs. Bolivia, *cit.*, párr. 29; Corte IDH, Caso Digna Ochoa y familiares Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2021. Serie C No. 447, párr. 193.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la obligación de reparar surge del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estrictamente, esta disposición habla expresamente de la indemnización como forma de reparación. Sin embargo, en términos genéricos, se refiere a que la Corte Interamericana garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y que se reparen las consecuencias de la medida o situación que dio lugar a la violación a derechos humanos. Es precisamente esta amplia competencia lo que permite a la Corte Interamericana ordenar diversas medidas tendientes a reparar los daños a las víctimas más allá de la indemnización compensatoria.

Para ordenar reparaciones, la Corte Interamericana analiza el nexo causal entre los hechos, las violaciones de derechos humanos declaradas en el fallo, los daños acreditados y las medidas solicitadas por las víctimas y/o sus representantes para reparar los daños. Estos daños se agrupan en dos tipos: daño material y daño inmaterial. Toda persona declarada como «victima» en el caso concreto será considerada como «parte lesionada» y, por lo tanto, acreedora a reparaciones. Las reparaciones o remedios serán de diverso tipo. Sin embargo, pueden agruparse en: la investigación, proceso y eventual sanción de los responsables; la restitución; la rehabilitación; la satisfacción; las garantías de no repetición y la indemnización compensatoria, además del pago de costas y gastos. Cada una de estas modalidades de reparación van dirigidas a reparar ciertos daños y, por ello, dependen en gran medida no sólo de las solicitudes de las víctimas, sino también de los hechos, las violaciones y los daños generados que la Corte haya analizado y declarado en su fallo.

## *Capítulo 17*

# Naturaleza, efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

LORENZO M. BUJOSA VADELL<sup>1167</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL TEDH COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL SUPRANACIONAL. 3. LA FUERZA DE OBLIGAR DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH. 4. LA APARENTE NATURALEZA HETEROGÉNEA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH. 5. LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH. 5.1. *La larga problemática de la obtención de eficacia de las sentencias del TEDH.* 5.2. *El Comité de Ministros del Consejo de Europa como garante de la eficacia de las sentencias del TEDH.* 5.3. *Las sentencias del TEDH y el proceso de revisión de sentencias firmes.*

### 1. INTRODUCCIÓN

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) es considerado el más efectivo sistema de protección de los derechos humanos del mundo<sup>1168</sup>, que es una muestra significativa de un rasgo fundamental de la evolución del Derecho en el siglo XX<sup>1169</sup> y que supuso un paso certero hacia la concreción de formulación más amplias y menos coercitivas, al tiempo que ha sido modelo de otros sistemas de protección que también buscan su efectividad.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue un paradójico fruto de los grandes estragos de las guerras mundiales que confrontaron, de

1167. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca (España).

1168. Cf. SWEET, A. S., KELLER, H., «The reception of the ECHR in National Legal Orders», en A Europe of Rights. The impact of the ECHR in National Legal Systems, Oxford University Press, Oxford, (2008), p. 3.

1169. Precisamente CAPPELLETTI, M., «Appunti per una fenomenologia della giustizia nel secolo XX», Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1978, no. 4, pp. 1413-1414, al trazar las características principales de la fenomenología del Derecho Procesal en el siglo XX, destaca sus pasos avanzados hacia la internacionalización: «La dimensione internazionale della giustizia implica infatti, prima di ogni altra cosa, abbandono della concezione esclusivistica e monopolistica della sovranità dello Stato; essa implica, com'è eloquentemente proclamato dalla costituzione italiana del 1948, volontà dello Stato di consentire le "limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni"».

manera particular y muy dramática, en primera línea, a sucesivas generaciones de jóvenes europeos, especialmente franceses y alemanes, pero además a millones de personas que sufrieron en sus propias carnes las funestas consecuencias de políticas que menosprecian radicalmente la idea central de dignidad humana<sup>1170</sup>. La proclamación de una serie de derechos como fundamento universal de la convivencia supuso un cambio radical: el Estado ya no se debía limitar a proteger –en su caso– a sus ciudadanos a través de la protección diplomática, sino que era visto como una potencial amenaza respecto a su propia población. La inmediata experiencia histórica era clara. Por ello, se consideraba imprescindible la creación de instrumentos de protección los sujetos jurídicos frente al poder público de sus propios países.

Sin embargo, un planteamiento realista no podía detenerse en proclamaciones programáticas o de excelentes deseos, por muy oportunas que fueran. Se tuvo la suficiente visión práctica para conseguir acompañar esas declaraciones de un conjunto orgánico dirigido a asegurar la interpretación y la aplicación concreta de los derechos humanos enumerados en los textos internacionales. Tales innovaciones, no obstante, suponían alteraciones en los equilibrios jurídico-constitucionales que no han sido fáciles de resolver, como son, sin ningún ánimo exhaustivo, la justificación de la potestad jurisdiccional ejercida por estos nuevos órganos, la incardinación del proceso supranacional en el *iter* de resolución de un caso concreto iniciado, naturalmente, en el ámbito interno o el problema en el que nos deberemos centrar en las páginas siguientes y que tiene que ver, nada menos, que con la eficacia de las sentencias en todo el ámbito espacial de incidencia de estos órganos.

Para un procesalista resulta evidente la insuficiencia de las enumeraciones dogmáticas, si no van acompañadas de los instrumentos necesarios para hacerlas valer<sup>1171</sup>. Pero, aún con la configuración de cauces procesales en los que se puedan constatar las vulneraciones en los supuestos concretos que se sometan a –y logren ser admitidos por– los órganos competentes, es también claro que no nos podemos quedar satisfechos con la mera declaración contenida en la sentencia, que puede ser valiosa en sí misma, pero que debe producir los efectos propios derivados de su contenido. En todo ello está implicado un análisis sobre la verdadera naturaleza de las sentencias dictadas en el sistema europeo de protección de los derechos humanos y sobre las consiguientes consecuencias en los ordenamientos de los Estados parte del CEDH.

- 
1170. Justamente en la famosa Declaración Schuman, de 9 de mayo de 1950, el ministro de Asuntos Exteriores francés declaraba: «Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho. La agrupación de las naciones europeas exige que la oposición secular entre Francia y Alemania quede superada...».
1171. Recuérdese la concepción de ALMAGRO NOSETE, J., Constitución y Proceso, Barcelona, 1984, pp. 153-155, por la que el Derecho procesal se entiende como un conjunto institucional que sirve a la efectividad de todo el Derecho, y que, por tanto, instrumenta la efectividad judicial de todas las normas jurídicas.

## 2. EL TEDH COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL SUPRANACIONAL

En el esquema orgánico originario del CEDH se crearon dos órganos destinados a asegurar la observancia de los compromisos contraídos por las Altas Partes Contratantes: La Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 19 CEDH); mientras que se asignaban atribuciones en este contexto a dos órganos preexistentes en el conjunto orgánico del Consejo de Europa: el Secretario General y el Comité de Ministros, órgano este último, como veremos, con un creciente protagonismo para el control de la eficacia de las sentencias emitidas por el TEDH.

El carácter novedoso de esta configuración implicaba lo que ahora consideramos como una excesiva prudencia desde el punto de vista del procedimiento: La recepción de reclamaciones de cualquier persona, de organizaciones no gubernamentales o de grupos de individuos se condicionaba a declaraciones facultativas emitidas por cada uno de los Estados parte (art. 25 CEDH), que se emitían para un período determinado y se iban prorrogando. Y, por otro lado, se preveía otra declaración facultativa a efectos de reconocer la jurisdicción del TEDH respecto a todos los asuntos relativos a la interpretación y a la jurisdicción del Convenio (art. 46 CEDH).

Estas salvaguardas adicionales posiblemente estuvieran justificadas en los primeros años de funcionamiento del sistema europeo, pero en los años noventa se pretendió reforzar la posición del Tribunal y, en definitiva, reestructurar los mecanismos de control del sistema europeo, ante la masiva abundancia de casos presentados y con el fin de aumentar la eficiencia en su gestión procesal. Conviene recordar que, además, en esos años, la incorporación de los países del Este supuso una inflexión importante en la vertiente práctica de la protección europea de los derechos humanos, que debía sus consecuencias estructurales.

De este modo, el Protocolo núm. 11, de 11 de mayo de 1994<sup>1172</sup>, consolidó el sistema de protección al hacer desaparecer la Comisión, como filtro previo a la fase propiamente jurisdiccional, y al establecer un Tribunal, con una mayor permanencia, pero también con una más elevada complejidad, pues los magistrados –tantos como Estados parte del CEDH– se agrupan en Comités, Salas y Gran Sala (art. 27 CEDH), aunque también caben reuniones plenarias a efectos organizativos. Ahora, por el simple hecho de la vinculación con el sistema de protección hay un sometimiento de los Estados a estos órganos del Tribunal y las reclamaciones pueden presentarse directamente por los sujetos privados (personas físicas, organizaciones

---

1172. Cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de noviembre de 1998. *Vide* BONET I PÉREZ, J., «El Protocolo núm. 11 y la reforma del sistema europeo de protección de los derechos humanos», Revista Española de Derecho Internacional, vol. XLVI, (1994), núm. 1, pp. 474-485; MARÍN LÓPEZ, A., «La reforma del sistema de protección de los derechos del hombre en el Consejo de Europa: El protocolo n.º 11 al Convenio Europeo de 1950», Anuario de Derecho Internacional, XI, (1995), pp. 169-202; SALINAS ALCEGA, S., El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo, Iustel, Madrid, 2009, pp. 28-38.

no gubernamentales y grupos de individuos), por tanto, desaparecen las declaraciones facultativas anteriores.

Los Comités, con tres miembros, pueden, por unanimidad, declarar inadmisible o eliminar del orden del día una demanda individual presentada en virtud del art. 34, en ciertas circunstancias. Pero son las Salas y la Gran Sala las que dictan resoluciones sobre el fondo, una vez tramitado el proceso supranacional, aunque las Salas deben realizar inicialmente una nueva valoración de admisibilidad. Ordinariamente estos órganos, compuestos por siete magistrados, conocen en primera instancia de las pretensiones presentadas por los reclamantes y, naturalmente, se pronuncian a través de sentencias de primera instancia.

En casos excepcionales, en los que se planteen cuestiones graves relativas a la interpretación del Convenio o de sus protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá inhibirse en favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia, salvo que una de las partes se oponga a ello (art. 30 CEDH). A su vez, en el plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia de la Sala, cualquier parte puede pedir la remisión del asunto a la Gran Sala, que lo admitirá si se aprecia una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general (art. 43 CEDH). Por supuesto, la Gran Sala no tiene una instancia superior, por tanto, sus sentencias gozarán de firmeza.

Posteriores protocolos han ido ajustando este esquema. Así el Protocolo núm. 14, de 13 de mayo de 2004, constatando de nuevo la urgente necesidad de modificar algunas previsiones del Convenio, y con el reiterado propósito de perfeccionar la eficiencia del sistema de control a largo plazo, en el contexto del crecimiento exponencial de asuntos<sup>1173</sup>, añadió la posibilidad de que los magistrados, individualmente, puedan considerar la inadmisibilidad de la reclamación o su exclusión del orden del día (art. 27 CEDH). Pero a su vez, otorgó competencias sobre el fondo a los Comités, de modo que, si se trata de asuntos para los que el tribunal tiene ya una jurisprudencia consolidada, el asunto es resuelto sobre el fondo, y por tanto con una sentencia que goza de firmeza<sup>1174</sup> (art. 28 CEDH). Por otra parte, con idéntica finalidad de restringir el número de casos que ingresen en el sistema, aumentan los

- 
1173. No está de más señalar que el problema del elevado número de reclamaciones lleva directamente al asombro. Conforme a las estadísticas publicadas por el propio TEDH, eran 70.150 las reclamaciones pendientes de resolución el 31 de diciembre de 2021, la mayor parte de ellas contra la Federación Rusa (24,20 %) y Turquía (21,70 %). Solo en el año 2021 fueron presentadas 44.250. Y desde que se puso en funcionamiento el Tribunal hasta finales de 2021 fueron 24.511 las sentencias dictadas, más de un tercio de las cuales respecta a tres países: Turquía (3.820), Federación Rusa (3.116) e Italia (2.466).
1174. La posición de los magistrados componentes del respectivo Comité se ve muy fortalecida, pues su determinación sobre si la cuestión planteada en el caso concreto, acerca de la interpretación o la aplicación de la Convención y sus Protocolos, ha sido objeto de jurisprudencia consolidada por el Tribunal, queda como indiscutible, o lo que es lo mismo en terminología jurídico-procesal: irrecusable, al ser firme (art. 28.2 CEDH).

criterios que permiten inadmitir una reclamación con criterios de difícil concreción y de imposible control<sup>1175</sup>.

Es importante resaltar la exigencia general del previo agotamiento de las vías internas, como dispone el art. 35.1 CEDH: «Al Tribunal no podrá recurirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva». Esta aplicación del principio de subsidiariedad es lógica y va en la misma dirección de restringir las funciones de estos tribunales supranacionales a los estrictamente necesario y cuando la pretensión que se ejercite no pueda haber obtenido satisfacción previamente en el ámbito interno. En este sentido, el Protocolo núm. 15, ha añadido un nuevo párrafo al preámbulo de la Convención, en el que se viene a destacar que los Estados parte tienen la responsabilidad principal de garantizar los derechos y libertades definidos en el Convenio y sus Protocolos, y que al hacerlo disfrutan de un margen de apreciación, bajo el control del TEDH.

Pero esta prioridad de las vías internas no es absoluta, ya que el Protocolo núm. 16, de 2 de octubre de 2013<sup>1176</sup>, prevé que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados parte podrán solicitar al tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos, siempre respecto a un asunto del que estén conociendo. Se permite de este modo una profundización del diálogo entre el Tribunal Europeo y los Altos tribunales internos<sup>1177</sup> a través de esta técnica de cuestiones prejudiciales que ya había sido propuesta hace años<sup>1178</sup>. Pero la resolución de estas cuestiones prejudiciales, aunque debe ser motivada no tiene forma de sentencia, sino una forma específica a la que el protocolo denomina

- 
1175. Así, el art. 35.3 CEDH, tras la reforma, mantiene la redacción anterior, de modo que el Tribunal considerará inadmisible cualquier demanda individual presentada en aplicación del art. 34 cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva. Pero se añade un nuevo criterio relativo a que el reclamante no haya sufrido un perjuicio significativo, a menos que en relación con la protección de los derechos humanos tal y como se definen en el Convenio y sus Protocolos exija un examen sobre el fondo. No obstante, ningún asunto podrá ser rechazado por este motivo si no ha sido debidamente considerado por un tribunal nacional.
1176. Como señala el preámbulo de este Protocolo núm. 16: «la ampliación de la competencia del tribunal para emitir opiniones consultivas reforzará la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidará así la implementación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad».
1177. *Vide GONZÁLEZ HERRERA, D., El diálogo judicial en el Espacio Jurídico Europeo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 289-368.*
1178. Así, CARRILLO SALCEDO, J. A., «En favor de la atribución al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la competencia de estatuir, a título prejudicial, sobre la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en Problemas actuales de la Justicia (Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario), Tirant lo Blanch, Valencia (1988), pp. 777-780. Asimismo, BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M., El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, p. 109.

simplemente «opiniones consultivas», que deberán ser motivadas, serán comunicadas al órgano que realizó la consulta y, especialmente importante para nuestro análisis: «no serán vinculantes», conforme al art. 5 del Protocolo<sup>1179</sup>.

### 3. LA FUERZA DE OBLIGAR DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

Como ocurre con cualquier convenio internacional, los Estados que han firmado y se han adherido o han ratificado el texto acordado están vinculados por él. Como dispone el art. 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>1180</sup>: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Por tanto, es claro que las normas contenidas en el Convenio Europeo también tienen fuerza vinculante.

La peculiar naturaleza de este tratado internacional multilateral hace que no sólo debamos tener en cuenta la obligación de los Estados parte de vincularse a sus disposiciones, sino que la creación de órganos específicos para la interpretación y la aplicación de tales normas, extiende notablemente el acervo jurídico a aplicar. Estas consideraciones afectan notablemente a la cláusula de apertura supranacional de la Constitución española de 1978, pues el art. 10.2 exige que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, pues a través del CEDH encuentra una indudable vía de expansión y de actualización<sup>1181</sup>.

---

1179. Ciertamente, ni el Convenio, ni el Protocolo núm. 16, ni el Reglamento de Procedimiento del TEDH (arts. 91 a 95) hablan de sentencia al referirse a estos trámites, sino simplemente «opiniones consultivas».

1180. Firmado en Viena el 23 de mayo de 1969. U. N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U. N. T. S. 331, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

1181. El TC en sentencia núm. 91/2000, de 30 de marzo, se afirma que: «Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 C. E. remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esta decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 78/1982, de 20 de diciembre, y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de 14 de marzo, y 49/1999, de 5 de abril)».

Pero no es exactamente lo mismo el texto del convenio que el texto de las sentencias emanadas de un órgano creado por el convenio. Por si hubiera dudas acerca de la fuerza vinculante de estas resoluciones, el propio CEDH establece que «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias firmes<sup>1182</sup> del Tribunal en los litigios en que sean partes» (art. 46.1 CEDH), por lo tanto, es claro que los Estados miembros están obligados a acatar las sentencias que se dicten en los casos en que aparezcan como parte reclamada en el sistema de protección del CEDH. Tan simple como que las partes de un proceso quedan vinculadas al resultado de ese proceso en forma de sentencia firme<sup>1183</sup>.

Sin embargo, surge de inmediato la pregunta acerca de qué sentencias estamos hablando. Desde luego no todas las que dictan los diversos órganos del TEDH, sino sólo de algunas de ellas. El articulado del Convenio nos da una respuesta pormenorizada: Las sentencias de la Gran Sala serán firmes; las sentencias de una Sala lo serán cuando las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala, cuando no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala durante los tres meses posteriores a la fecha de la sentencia o cuando el colegio de la Gran Sala inadmita la remisión que se haya planteado, aplicando el apartado segundo del art. 43 CEDH (art. 44 CEDH)<sup>1184</sup>.

Aparte de estas referencias normativas, tanto valor o más tiene otra perspectiva derivada de las sentencias del TEDH más allá de las partes del proceso supranacional que se haya tramitado. Por tanto, por un lado, tenemos el efecto de cosa juzgada propio de la actividad jurisdiccional, en algún momento determinado de cualquier procedimiento, por el que se impide la posibilidad de ulteriores decisiones en el mismo proceso y, asimismo, la prohibición de entrar de nuevo, a través de un proceso distinto, en el asunto que ya ha sido enjuiciado<sup>1185</sup>.

- 
1182. La traducción española del texto del convenio, reflejada en el propio texto publicado en el BOE, utiliza el término «definitiva», pero en realidad se ajustan mejor al concepto de «sentencia firme», entendida como aquella contra la que no cabe recurso alguno (art. 245.3 LOPJ). Téngase en cuenta que el adjetivo que se utiliza en la versión inglesa es de «final», por tanto: «final judgments».
1183. Lo cual no implica, como en el Derecho interno, que en caso de que la justicia material lo exija, pueda haber una rescisión de la firmeza de estas sentencias. El art. 80 del Reglamento de procedimiento del TEDH permite la presentación de solicitudes de revisión de sentencias «en caso de que se descubriera un hecho que, por su naturaleza, hubiera podido tener una influencia decisiva en el resultado de un asunto ya resuelto y que, en el momento de la sentencia, fuera desconocido por parte del TEDH y no podía ser razonablemente conocido por una de las partes». Para ello se tienen seis meses desde que se tuvo conocimiento del hecho descubierto a fin de solicitar al TEDH la revisión de la sentencia de que se trate.
1184. El tercer apartado del art. 44 CEDH añade que «La sentencia firme será hecha pública».
1185. Nos parecen asimismo indudables los efectos prejudiciales de la sentencia o de cosa juzgada en sentido positivo, pues es obligado que su contenido sea tenido en cuenta en el ámbito interno del Estado parte que hubiera sido parte reclamada en el proceso supranacional. En este sentido ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Nota a la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 4 de abril de 1990 y al ATC (Sala 2.<sup>a</sup>) de 18 de julio de 1990», Revista Española de Derecho Internacional, (1990),

Pero, por otro lado, hay otro aspecto que ha tenido una mucho mayor influencia para la conformación continental de un orden público de los derechos humanos y que ha sido denominado, en contraposición del efecto de cosa juzgada, como «efecto de cosa interpretada *erga omnes*»<sup>1186</sup>. Este efecto se refiere a la fuerza irradiadora que tiene la doctrina desplegada en la multitud de resoluciones del TEDH, que de forma dinámica han ido desmenuzando los derechos humanos y las libertades fundamentales que el Convenio proclama. No es nada extraño que los tribunales internos se apoyen en argumentos construidos en el seno del TEDH y que eso sea en procesos que nada tienen que ver directamente con nuestro país. Un ejemplo clásico –y drástico– de esa utilización argumental en asuntos nacionales fue la aplicación de la doctrina de los casos Piersack y De Cubber, ambos contra Bélgica, por nuestro Tribunal Constitucional al tener que valorar la constitucionalidad del proceso penal de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, y su ajuste al derecho a un juez imparcial<sup>1187</sup>.

De este modo, se consigue un valioso cauce de actualización de los derechos humanos de alcance continental, y aún mucho más allá, teniendo en cuenta el fértil diálogo entre tribunales de diferentes ámbitos regionales que se alimentan de las construcciones jurídicas nacidas en otras latitudes, pero que contribuyen a resolver de manera renovada los complejos asuntos jurídicos que les son sometidos.

#### **4. LA APARENTE NATURALEZA HETEROGÉNEA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH**

De la letra del Convenio no se deduce claramente, por lo menos de manera directa, la existencia de sentencias de diversa naturaleza. Simplemente, como hemos visto, tenemos sentencias que han adquirido firmeza y otras que, por lo menos durante un tiempo, aún no la han adquirido. Y también hemos visto que podemos tener sentencias dictadas por la Gran Sala, y otras dictadas por las Salas, o incluso, más recientemente, por los propios Comités.

---

vol. XLII, p. 554, afirma que obliga al Estado a reconocer como válida la interpretación del Convenio contenida en la misma».

1186. CARRILLO SALCEDO, J. A., El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tecnos, Madrid, 2003, p. 63: «El efecto de cosa interpretada de las sentencias del Tribunal tiene, por consiguiente, alcance general, esto es, respecto de todos los Estados parte en el Convenio; las autoridades nacionales, por tanto, incluidas las judiciales, deben tomar en consideración la interpretación del Convenio por el tribunal de Estrasburgo a través de su jurisprudencia ya que dicha interpretación les vincula jurídicamente».
1187. Así, la STC 145/1988, de 12 de julio, afirma literalmente: «en su citada Sentencia “De Cubber”, el TEDH entendió que la actuación como Juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido Juez Instructor de la causa suponía, por las razones ya expuestas, una infracción del derecho al Juez imparcial consagrado en el citado artículo del Convenio. De todo lo que antecede resulta que el párrafo segundo del apartado segundo de la Ley Orgánica 10/1980, que prohíbe en todo caso la recusación (y consiguientemente la abstención) del Juez sentenciador que ha sido instructor de la causa es inconstitucional por vulnerar el derecho al Juez imparcial que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución».

Pero el art. 41 nos da una pista hacia otras valoraciones, pues se refiere al caso en que el Tribunal declare que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y el Derecho interno del Estado parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, y en ese supuesto, permite la concesión a la parte perjudicada, si así procede, lo que se conoce como una «satisfacción equitativa»<sup>1188</sup>. Por tanto, en principio podemos tener sentencias que declaran la vulneración de alguno o algunos derechos proclamados en el Convenio, aunque si hay dificultades para reparar las consecuencias de esa vulneración, el contenido del fallo será distinto, pues puede condenar al demandado a esa satisfacción fundada en términos de equidad.

Son varias las consecuencias que podemos extraer de estas consideraciones iniciales. Está claro que estamos ante procesos de declaración: la pretensión ejercitada plantea si determinadas actuaciones del Estado han vulnerado o no alguno de los derechos y libertades del Convenio, y eso es lo que tiene que resolver el órgano competente del organigrama del TEDH. Por tanto, podrá resultar que hay vulneración de todos los derechos alegados, que hay vulneración solo de parte de ello o que no hay vulneración alguna. Y todo ello son meras declaraciones. Esa es la apariencia, por lo menos. Pero justamente la colocación orgánica del TEDH, como institución supranacional, hace que tenga unas atribuciones limitadas e incompletas, si las comparamos con las resoluciones dictadas en los ordenamientos internos y de ello también emanan asimismo consecuencias.

Vemos que hay supuestos en que los propios órganos del Tribunal deben ir más allá de la mera declaración y fijar directamente alguna medida, pues las circunstancias específicas nos muestran la imposibilidad de una completa reparación de las consecuencias de la vulneración. Fijémonos que hay un salto lógico: aparece aquí una reparación que expresamente nadie ha exigido, pero entonces la aparente mera declaración, en realidad en el fondo tiene otra naturaleza. El dar, el hacer o el no hacer son prestaciones de condena, no meras declaraciones<sup>1189</sup>. Es verdad que,

---

1188. El TEDH, en su sentencia del *caso De Wilde, Ooms y Versyp*, de 10 de marzo de 1972 (§ 21), determinó que, en el supuesto de que las consecuencias de una vulneración solo puedan ser eliminadas parcialmente, la concesión de una «satisfacción justa» en aplicación del art. 50 CEDH requiere que:

i) El Tribunal haya declarado que «una decisión o medida adoptada» por una autoridad de un Estado parte está «en conflicto con las obligaciones derivadas del... Convenio»;  
 ii) hay una «parte vulnerada»;  
 iii) el tribunal lo considera «necesario» para brindar una justa satisfacción.

1189. Como nos explica FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina general del Derecho procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 91, al referirse a las pretensiones declarativas de condena afirma: «Se trata de obtener mediante ellas, una “declaración” judicial, que precisa ser puesta en práctica, mediante una ejecución, también judicial, de diferente tipo, según se trate de condena civil, a hacer, deshacer, no hacer, entregar dinero o cosa específica; o penal, de condena a una pena, a ejecutar bajo la autoridad jurisdiccional». Y es especialmente clarificador el siguiente párrafo, cuando dice: «Dan, pues, lugar a un proceso integrado por dos estadios; el primero, “declarativo”, y el segundo –siempre es la misma fuerza la que lo mueve, la misma pretensión– “ejecutivo”».

de ordinario, las sentencias del TEDH se limitan a declarar la infracción, pero si no pueden adoptarse las consecuencias requeridas en el plano interno, el art. 41 nos permite sustituir la satisfacción plena y directa –que resulta en estos casos imposible o incompleta– por una satisfacción equitativa, con lo que sale a la luz la verdadera naturaleza de la sentencia.

La complejidad del sistema enturbia la calificación de la naturaleza de la sentencia. Pero tratemos de aclararlo. No hay duda de que estamos ante un proceso de cognición, y por ello las sentencias resultantes serán en todo caso declarativas: declararán si ha habido o no vulneración, en qué medida y por qué razones. De todo ello se deduce una evidente valoración de la actividad pública que se ha estado enjuiciando. Si no se detecta violación de ningún derecho ni libertad fundamental, no se plantea problema alguno en el sentido que estamos considerando. Pero si se declara la vulneración y las razones por las que ésta se ha producido, debería ser fácil deducir que alguna norma interna –o quizás también la ausencia de ella– o una interpretación o aplicación de determinado precepto son contrarias al Convenio y, por consiguiente, se derivan obligaciones indirectas de derogar –o tal vez también promulgar– esa concreta norma o de corregir la interpretación o aplicación que se ha estimado infringe el Convenio.

Pero todo ello opera en un doble plano: la declaración y la necesidad de realizar la determinada prestación corresponde a contextos distintos. Los dos estadios de los que habla Fairén. La declaración corresponde al órgano supranacional, pero la ejecución es competencia de los órganos del Estado implicado. Y decimos bien «ejecución», porque se trata de sentencias una verdadera naturaleza es de condena. No lo dicen directamente, pero la finalidad de la declaración, unida a la obligación de acatar las sentencias (art. 46 CEDH), exige al Estado reclamado que ha obtenido una sentencia en su contra a adoptar las medidas necesarias para reparar la vulneración cometida, restituyendo la situación al momento previo, si eso fuera posible, y si no lo es, tratando de compensar de alguna manera esa infracción<sup>1190</sup>.

Nos movemos por tanto ante la exigencia de un concurso de actividades jurisdiccionales, supranacional e interna<sup>1191</sup>, que opera como una obligación implícita de resultado<sup>1192</sup>. Aunque sea una innegable instancia de protección, el TEDH no puede considerarse en sentido pleno una ulterior instancia supraordenada a las nacionales<sup>1193</sup>, por lo menos en el sentido de poder anular o corregir directamente

- 
1190. Es preocupante que esta satisfacción equitativa pueda implicar una monetarización de los derechos humanos. Es cierto que, en ocasiones, no habrá otra manera de restituir el derecho vulnerado que a través de una indemnización económica.
1191. LIÑÁN NOGUERAS, D., «Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Español», Revista Española de Derecho Internacional, vol. XXXVII, pp. 355 y ss., habla de una colaboración de efectividades, interna e internacional.
1192. Víde FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia, Madrid (1987), pp. 77-80.
1193. REQUEJO PAGÉS, J. L., «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91 “Caso Bultó”»), Revista Española de Derecho Constitucional, (1992), núm. 35, p. 187.

los actos contrarios al Convenio, sin embargo, sus decisiones firmes tienen consecuencias que deben ser propiciadas por los Estados, que son quienes deben poner los medios para llegar al resultado que se deduce de la sentencia firme del tribunal supranacional.

La mera existencia de una sentencia desfavorable, en un contexto favorable, ya puede conllevar cambios interpretativos en el plano interno. Así ha ocurrido, por ejemplo, respecto a la reciente sentencia contra España, de 18 de enero de 2022, confirmada por la Gran Sala el 9 de mayo de 2022, acerca de la necesidad de motivación específica para la limitación del derecho a la defensa por abogado de libre elección en casos de investigados por terrorismo (caso Atristain Gorosabel contra España), que ha sido tenida en cuenta por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional<sup>1194</sup>, aplicando más bien el efecto de cosa interpretada y no los efectos derivados del caso concreto que se tramitó en Estrasburgo. Los problemas, sin embargo, se plantearon en relación con la necesidad de obtener efectos en el ámbito interno respecto a la situación específica que está en la base de la reclamación que ha sido estimada por el TEDH.

## 5. LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

La exigencia de agotamiento de las vías internas para que pueda ser admitida la reclamación por el TEDH implica la culminación de la vía jurisdiccional interna y con ello el intentar obtener la eficacia de la sentencia de Estrasburgo choca con el efecto de cosa juzgada interno. Así quedan afectados principios fundamentales del ordenamiento procesal como el de la inmodificación de las sentencias firmes, el cual precisamente ha sido considerado como parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>1195</sup> y, de hecho la irrevocabilidad ha sido considerado una

---

1194. Cfr. [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1222480](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1222480) (Consultado el 27 de mayo de 2022).

1195. Como dijo el TC en la sentencia 304/1993, de 25 de octubre, y en otras muchas: «Debe tenerse en cuenta, al respecto, la doctrina sentada por este Tribunal en sus SSTC 119/1998 y 16/9. Decíamos en la STC 119/1988 que la inmodificación de la Sentencia integra también el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que si, fuera del cauce del correspondiente recurso, el órgano judicial modificase una Sentencia, vulneraría el derecho fundamental del justiciable a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme. De este modo el derecho fundamental del justiciable a la tutela judicial efectiva actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las Sentencias y demás resoluciones firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley. La protección constitucional de la no modificación de las Sentencias definitivas y firmes tiene su base en el derecho a la tutela judicial efectiva del que aquélla sería manifestación, y no en el art. 9.3 de la Constitución. Ello significa que esa inmodificabilidad no es un fin en sí misma, sino un instrumento para el derecho a la tutela judicial. No integra el derecho a la tutela judicial el beneficiarse de simples errores materiales, o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo, que pueden deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia».

característica esencial de la jurisdicción<sup>1196</sup>, pues las exigencias de seguridad jurídica conllevan un determinado momento en el procedimiento en el que no va a poder seguir discutiendo el objeto del proceso y la resolución recaída zanja el pleito.

De nuevo, la superposición de un órgano supranacional interfiere en la dogmática clásica, basada en la concepción cerrada de la soberanía, por la que no habría nada más allá del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado. Es, por tanto, imprescindible una adaptación conceptual y, si se nos permite la expresión, una relativización de la cosa juzgada interna, pues de lo contrario es imposible encontrar vías adecuadas para obtener la eficacia en el ámbito interno de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales supranacionales.

La creación de estos órganos debe ir acompañada de las necesarias flexibilizaciones, pues de lo contrario nos quedaríamos a medio camino, sin conseguir alcanzar el propósito fijado precisamente por quienes tuvieron el atrevimiento y la fortuna de conseguir tal creación. Si se cede el ejercicio de la soberanía para la constitución de órganos supranacionales con unas atribuciones determinadas, debe completarse esa cesión permitiendo que el resultado del ejercicio de las potestades de estos tribunales pueda alcanzar el ámbito interno, pues a él se refieren las constataciones de vulneraciones que les corresponde declarar. Para ello es preciso contar con el concurso de las autoridades correspondientes del Estado parte implicado, y por tanto puede considerarse razonablemente que la obligación de acatar esas sentencias debe ir acompañada siempre de las actuaciones necesarias para obtener la reparación de las violaciones constatadas, incluidas reformas legislativas que adecuen el ordenamiento nacional a las prescripciones del CEDH.

### 5.1. LA LARGA PROBLEMÁTICA DE LA OBTENCIÓN DE EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

Las flexibilizaciones exigidas por la vinculación al Convenio no han sido tarea fácil, como no lo ha sido aceptar que órganos integrados por juristas extranjeros puedan decirnos que alguna actuación de un órgano público ha vulnerado el núcleo central de derechos, de modo que debe modificar ese proceder y adecuar su conducta a los parámetros que fijan los órganos jurisdiccionales supranacionales.

Por un lado, los efectos indirectos de las resoluciones del TEDH –por tanto no respecto al caso concreto que resuelven, sino por el efecto de cosa interpretada del

1196. Así, PEDRAZ PENALVA, E., «Sobre el “poder” judicial y la ley orgánica del poder judicial», *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid (1990), p. 185, define la jurisdicción como: «aquella potestad constitucional ejercida, exclusiva y excluyentemente, por Tribunales independientes, previa y legalmente establecidos, funcionalmente desarrollada de modo imparcial en el proceso, dirigida a la satisfacción irrevocable de los intereses jurídicos socialmente relevantes». Y aún de manera más destacada, SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 53, cuando sintetiza su concepto: «entendemos por jurisdicción la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguido, en su caso, por su actuación práctica».

Convenio– se han extendido a lo largo y a lo ancho de los Estados parte, con un efecto armonizador mínimo<sup>1197</sup>, que ha tenido mayor o menor efectividad según la mayor o menor apertura del ordenamiento concreto a las exigencias supranacionales. De este modo, la profundización interpretativa que a través de su abundantisima jurisprudencia han llevado a cabo los órganos de Estrasburgo ha supuesto una destacada vía de renovación de las declaraciones de derechos contenidos en los respectivos textos constitucionales, con un llamativo activismo que ha llevado a la incorporación de nuevos derechos no explícitamente previstos en el documento fundacional ni siquiera en los protocolos adicionales –como es el caso al derecho al ambiente adecuado– y con una vertebración del contenido de derechos que estaban formulados como conceptos jurídicos indeterminados.

Por otro lado, las mayores dificultades se han dado respecto a los efectos directos de las sentencias firmes de Estrasburgo, cuando declaran una vulneración del Convenio o de sus Protocolos y se busca una reparación pretendidamente integral en el ámbito interno, y si no es posible, se complementaría o se sustituiría por una satisfacción equitativa, ya determinada en la propia sentencia sobre el fondo del TEDH, o en una resolución posterior específica.

Aunque no es descartable iniciar un proceso supranacional por la vigencia de una norma objetivamente contraria a las disposiciones del Convenio esta posibilidad se limita a las interposiciones de demandadas interestatales, ejercitando una suerte de acción popular internacional. Sin embargo, por cuanto se refiere a las llamadas demandas individuales (las interpuestas por personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de individuos) es necesario recordar que exigen la previa alegación de la condición de víctima («que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos» art. 34 CEDH). Se exige, por tanto, la concreción de la violación, con lo cual no se trata de un control abstracto de la legislación de un determinado Estado parte.

Sin embargo, como hemos visto, esta evidencia no obsta para que se deriven consecuencias más amplias de la constatación de una vulneración concreta en la sentencia firme que resulte de los órganos del TEDH<sup>1198</sup>. De lo contrario, el Estado que no atienda estas exigencias indirectas se expone a un aluvión de demandas basadas en cada una de las situaciones particulares que sean sustancialmente idénticas a la que ha sido declarada contraria al Convenio a o sus protocolos<sup>1199</sup>. Aunque sea por

1197. El TEDH en su sentencia de 23 de marzo de 1995, en el *caso Loizidou contra Turquía* (Excepciones preliminares) alude a la efectividad del Convenio como instrumento constitucional de orden público (§ 75).

1198. Así, lo afirmaba ya el Tribunal, en la sentencia de 13 de junio de 1979, en el *caso Marckx contra Bélgica*: «es evidente que la decisión del Tribunal producirá efectos que excedan los límites de este caso concreto, sobre todo si se tiene en cuenta que las supuestas violaciones de derechos que aquí se plantean derivaron de preceptos jurídicos generales y no de medidas concretas de ejecución».

1199. Sobre la dimensión colectiva de los procesos supranacionales del TEDH, *vide* CUCARELLA GALIANA, L. A., Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción. Espe-

elemental prudencia, parece que en estos supuestos el efecto debería ser la promoción de un cambio legislativo o, como mínimo, un cambio interpretativo, si las técnicas jurídicas aplicables lo permitieran. Conviene añadir que en estos casos no es probable que estemos ante el supuesto previsto en el art. 41 CEDH, no porque no existan impedimentos de Derecho interno, sino porque éstos deben considerarse superables en un tiempo prudencia a través de la reforma normativa que corresponda<sup>1200</sup>. Una cuestión adicional que puede resultar polémica se refiere al alcance temporal de la reforma, es decir, si debe tener efectos retroactivos desde la promulgación de la norma del derecho o la libertad fundamental vulneradora del derecho humano o libertad fundamental o si las exigencias de seguridad jurídica obligan a un alcance más limitado (*ex nunc*).

Por cuanto se refiere a las infracciones derivadas de actos administrativos, vías de hecho o inactividades administrativas, la necesidad de agotar las vías internas nos lleva a exigir la culminación del proceso jurisdiccional administrativo, a través de pretensiones contra actos administrativos, expresos o presuntos, contra la inactividad de la administración o contra actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho<sup>1201</sup>. Si se considera que hay actos discrecionales o políticos exentos de control jurisdiccional<sup>1202</sup>, entonces sí que podríamos estar ante el caso de sentencias del TEDH de las que se deducirían vulneraciones a los derechos del Convenio y sus protocolos, pero probablemente la principal vulneración en esos casos sería la de del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del sujeto que hubiera sufrido el perjuicio concreto por estas actividades excluidas de ella<sup>1203</sup>.

En esos supuestos en que no ha habido control jurisdiccional interno, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para la reparación de la vulneración acaecida. Pero por la misma razón no concurrirá ningún impedimento de cosa juzgada y, por tanto, la administración afectada debería iniciar el correspondiente procedimiento para la reintegración de la situación jurídica previa a la violación del derecho o libertad fundamental<sup>1204</sup>.

---

cialidades en los procesos por discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 173-296.

1200. Como señala COHEN-JONATHAN, G., *Aspects européens des droits fondamentaux*, Libertés et droits fondamentaux, Montchrestien, Paris, 1996, p. 50, la adaptación del derecho interno a las enseñanzas del TEDH es la única forma de evitar violaciones similares en el futuro respecto a víctimas potenciales.
1201. CASTILLEJO MANZANARES, R.; Loredo Colunga, M., «El objeto del recurso», en Derecho Procesal Contencioso-Administrativo, (Dirs. R. Castillejo Manzanares y L. Martín Contreras), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, (2021), pp. 70-74.
1202. *Vide OLIVÁN DEL CACHO*, J., «La jurisdicción contencioso-administrativa (I). Ámbito, planta, partes, objeto y pretensiones», en Lecciones de Derecho Administrativo (Dirs. P. Menéndez y A. Ezquerro), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, (2019), p. 482.
1203. Como afirma SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho Administrativo. Parte General, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 541-544: «la idea de Estado de Derecho se compagina mal con la ausencia de todo control de algunas decisiones del poder público».
1204. La vigente ley federal suiza de procedimiento administrativo contempla expresamente en su art. 66 esta posibilidad: «1. L'autorité de recours procède, d'office ou à la demande d'une partie, à la révision de sa décision lorsqu'un crime ou un délit l'a influencée.

Las complejidades mayores se han dado respecto a los actos jurisdiccionales internos, pues cuando una sentencia del TEDH declara una vulneración tienen que haberse agotado las vías internas, dada la subsidiariedad de la jurisdicción supranacional: los órganos del Estado deben haber tratado de constatar esa vulneración, pero no lo han hecho, por lo que la víctima ha acudido a Estrasburgo<sup>1205</sup>, donde se le ha dado la razón. Ahora pretende obtener las consecuencias de ello en el ámbito interno frente a la autoridad de la cosa juzgada derivada de la firmeza que puso fin a los cauces nacionales.

Desde luego es imprescindible interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la adecuada protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (STC 185/1990, de 15 de noviembre), pero esta preponderancia de los derechos fundamentales debe encontrar su cauce procesal por elementales exigencias de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de concreción de las garantías procesales (art. 24.2 CE). Las contradicciones e incoherencias entre los distintos órganos jurisdiccionales ante los que se pretendieron respuestas concretas respecto a esa necesidad fueron muchas y trataremos de resumirlas en las líneas que siguen.

Antes de 2 de octubre de 2015 ninguna disposición normativa preveía en España la ejecución de sentencias materialmente condenatorias del TEDH, se plantearon distintas posibilidades y con resultados desiguales. El proceso de revisión (aún denominado indebidamente «recurso de revisión» en algunos casos, entre ellos en la LECrim) es una vía para la rescisión de sentencias en las que la seguridad pueda chocar o degradar

- 2. Elle procède en outre, à la demande d'une partie, à la révision de sa décision:
  - a. si la partie allège des faits nouveaux importants ou produit de nouveaux moyens de preuve;
  - b. si la partie prouve que l'autorité de recours n'a pas tenu compte de faits importants établis par pièces ou n'a pas statué sur certaines conclusions;
  - c. si la partie prouve que l'autorité de recours a violé les art. 10, 59 ou 76 sur la récusation, les art. 26 à 28 sur le droit de consulter les pièces ou les art. 29 à 33 sur le droit d'être entendu,
  - ou d. si la Cour européenne des droits de l'homme a constaté, dans un arrêt définitif, une violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950<sup>116</sup> ou de ses protocoles<sup>117</sup>, pour autant qu'une indemnité ne soit pas de nature à remédier aux effets de la violation et que la révision soit nécessaire pour y remédier.
- 3. Les motifs mentionnés à l'al. 2, let. a à c, n'ouvrent pas la révision s'ils pouvaient être invoqués dans la procédure précédant la décision sur recours ou par la voie du recours contre cette décision».

1205. Y como señaló la sala Primera (De lo Civil) del Tribunal, en su sentencia de 22 de julio de 1994: «tales impugnaciones no suspenden en ningún caso la firmeza y ejecutoriedad de las resoluciones dictadas en los Estados de las Altas Partes Contratantes, en donde supuestamente se haya producido la violación del derecho reconocido en el convenio; antes al contrario, el art. 26 del citado convenio exige como requisito de admisibilidad, que se hayan agotado todos los recursos internos, y la resolución haya adquirido definitivamente firmeza».

la justicia y el Derecho<sup>1206</sup>, por tanto, podría servir para dejar sin efecto un estado jurídico no sólo existente, sino consolidado<sup>1207</sup>. Se ataca la cosa juzgada de una sentencia firme por razones eminentemente de justicia material, por tanto, en principio podría servir como vía de acceso al ordenamiento español de las sentencias del TEDH. Pero el problema está en el carácter excepcional de la revisión, que solo puede admitirse en los motivos taxativos contemplados por la ley y, además, de interpretación estricta, precisamente por sus consecuencias contrarias a los efectos esenciales y ordinarios de las sentencias firmes. En el corto elenco de supuestos no había ninguno que permitiera la asimilación con los resultados derivados de una sentencia de Estrasburgo y por ello mismo, esta vía apareció ya como infructuosa de entrada<sup>1208</sup>.

Otros procedimientos dirigidos a la rescisión de sentencias firmes son la audiencia al rebelde en el proceso civil y el llamado «recurso» de anulación en el proceso penal. Pero tampoco son útiles como cauces para dar eficacia a las sentencias del TEDH. Es cierto que se dirigen a la protección del derecho de defensa para los casos en que no ha habido oportunidad de contradicción por razones no imputables al reclamante o por incumplimiento de los límites legalmente establecidos. Podría ser una solución para los casos en que el TEDH hubiera declarado la vulneración del derecho a un proceso equitativo por indefensión equiparable a los supuestos en que caben estos trámites de la LEC y de la LECrim, es decir por desconocer la garantía de la contradicción. Sin embargo, los presupuestos específicos de sendas figuras procesales y sus límites temporales hacen patente la inviabilidad práctica de estos medios de sentencias firmes para servir de vía de entrada al ordenamiento español a las sentencias del TEDH.

Podría pensarse en un cauce más tradicional como es el *exequatur*, es decir, el procedimiento de cooperación internacional por el que se obtiene el reconocimiento u homologación en España de resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales extranjeros o incluso de otros órganos, como los arbitrales. Todo ello para otorgar eficacia a resoluciones recaídas en procedimientos tramitados fuera de nuestras fronteras, pero relativos a elementos subjetivos u objetivos de nuestro país. Existe, como es sabido, un amplio desarrollo normativo, tanto por vía convencional, como de normativa de la Unión Europea, como de desarrollo articulado interno. Pero, como afirma Velu<sup>1209</sup>, existen diversas posiciones doctrina es acerca de la producción de efectos en el orden interno de las resoluciones de órganos jurisdiccionales internacionales. La doctrina española se ha manifestado razonablemente en contra de la utilización de esta vía respecto a la eficacia de las sentencias del TEDH<sup>1210</sup> por

1206. Así, CALVO SÁNCHEZ, M. C., *La revisión civil*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 23.

1207. CALVO SÁNCHEZ, M. C., *La revisión...*, *op. cit.*, p. 64.

1208. En cambio, otros ordenamientos sí preveían expresamente vías específicas para la eficacia interna de estas sentencias.

1209. VELU, J., «Les effects directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme», *Revue Belge de Droit International*, vol. XV, (1980), pp. 293-316.

1210. *Vide* SORIA JIMÉNEZ, A., «La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Análisis de la STC 245/1991. Asunto Barberà, Messegú y Jabardo)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (1992), núm. 36, p. 328.

considerar que estas últimas son resoluciones cualitativamente diferentes, porque proceden de un órgano creado por un convenio en el que España es miembro, por consiguiente, no son en puridad sentencias extranjeras. La obligación de propiciar la reparación como consecuencia de la declaración de vulneración opera en un contexto normativo muy distinto, enmarcado en la obligación establecida en el art. 46.1 del CEDH, y eso se comprueba fácilmente cuando hacemos notar que la autoridad de cosa juzgada también se opondría a los intentos de *exequatur* y pondría en marcha la cláusula de orden público como límite para dar entrada a sentencias emitidas en el exterior.

Otra solución práctica que ha sido propugnada en nuestro ordenamiento ha sido la concesión caso por caso del indulto. Esa es la vía a la que aludió la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990 –en el complejo *caso Barberá, Messegué y Jabardo*– como cauce aplicable «en el caso de cumplimiento de penas privativas de libertad o pecuniarias por cumplir», si acaso acompañada por una reparación pecuniaria complementaria. Sin perjuicio de que no era descabellado proponer este cauce conforme al Derecho vigente en ese momento, el indulto no deja de ser una vía muy limitada y en absoluto adecuada para ser considerado el trámite ideal para la ejecución de las sentencias de Estrasburgo. Obviamente, opera en el ámbito penal, y por tanto quedan fuera todos los asuntos no penales, pero además no rescinde la firmeza de la sentencia, por mucho que haya sido dictada con vulneración de derechos<sup>1211</sup>. Es una vía para alcanzar soluciones prácticas, pero por esa misma razón no puede propugnarse como un cauce universal de solución de esta problemática.

Cuando hablamos de infracciones procesales, si la intensidad de la vulneración es suficiente la consecuencia es la nulidad<sup>1212</sup>. Como sabemos, la firmeza convalida las nulidades que no han sido alegadas por los cauces oportunos<sup>1213</sup>. Pero, aun así, nuestro ordenamiento regula la posibilidad de hacer valer la nulidad de sentencias firmes. De este modo podemos contar con un instrumento privilegiado por el cual los órganos jurisdiccionales tengan ocasión de corregir defectos o vicios procesales que afecten a garantías constitucionales o derechos fundamentales. Por tanto, las abundantes vulneraciones de derechos humanos de contenido procesal podrían considerarse supuestos de nulidad y podrían tratar de conseguir efectos en el ordenamiento interno por la vía del llamado incidente de nulidad de sentencias firmes. La reparación de la vulneración del derecho se obtiene a través de la nulidad de los actos procesales que hayan dado lugar a ella, purgando así infracciones que el legislador y la jurisprudencia hayan considerado especialmente relevantes. También

- 
1211. Como añade FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., «La responsabilidad internacional de España en el llamado caso Bultó», Poder Judicial, núm. 17, (1990), p. 128, el indulto no repara el daño moral que supone una condena.
1212. Sigue siendo convincente la concepción de HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ, Forum, Oviedo, 1995, pp. 44-52, de la nulidad como técnica de protección del ordenamiento jurídico y como manifestación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (pp. 114-129).
1213. HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., La nueva regulación..., *op. cit.*, p. 324.

aquí, no obstante, nos encontramos con dificultades, pues la existencia de cauces procesales determinados limita la posibilidad de alegación de estas violaciones. Precisamente, por afectar también a la seguridad jurídica, la nulidad no es imprescriptible, y por ello el art. 241 LOPJ, en todas sus modificaciones, no ha dejado de contener límites temporales que dificultan el encauzamiento de las sentencias de Estrasburgo<sup>1214</sup>.

Con la primera condena a España, en el *caso Barberá, Messegué y Jabardo*<sup>1215</sup>, se plantearon con una extraordinaria viveza estas cuestiones, pues el TEDH había declarado que los tres condenados en un proceso penal no habían gozado de su derecho a un proceso equitativo<sup>1216</sup>, y por ello intentaron hacer valer ese rotundo pronunciamiento ante los órganos jurisdiccionales internos. Si bien el órgano jurisdiccional en el que se había producido la vulneración del Convenio, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se declaró en primer lugar incompetente en favor del Tribunal Supremo, acordó la suspensión de la ejecución de la condena, y al resolver la súplica, modificó su resolución anterior en el sentido de imponer ciertas conductas a los dos condenados que hasta ese momento seguían privados de libertad. El Tribunal Supremo<sup>1217</sup> destacó la falta de fundamento, legalidad y el exceso competencial en que había incurrido la Sala de la Audiencia Nacional, concluyendo la imposibilidad de conceder efectos anulatorios a las sentencias de Estrasburgo en nuestro ordenamiento, mientras no tuvieran lugar reformas legislativas<sup>1218</sup>.

- 
1214. En efecto, la regulación de la LOPJ no pensó en esta finalidad al promulgar el art. 241. En la regulación vigente en estos momentos, el trámite se refiere a «cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución», lo cual sí combina perfectamente con los fines a los que nos referimos en el texto, (la reparación de la vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales previstos en el CEDH); sin embargo, el plazo para pedir la nulidad es el de veinte días desde la notificación de la resolución o desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución. Sin embargo, con las adaptaciones consiguientes, esta vía pudiera ser técnicamente más adecuada que la de la revisión, que ha sido, como veremos, la que finalmente ha prosperado.
1215. STEDH de 6 de diciembre de 1988.
1216. En el parágrafo 89, el TEDH afirma: «Teniendo en cuenta el traslado tardío de los peticionarios de Barcelona a Madrid, el cambio inopinado en la composición del Tribunal inmediatamente antes de la apertura del debate, la brevedad de la vista y, sobre todo, la circunstancia de que elementos de prueba muy importantes no fueron presentados ni discutidos de manera adecuada en la vista, en presencia de los acusados y bajo la mirada del público, el Tribunal concluye que no ha respondido a las exigencias de un proceso equitativo y público. Por tanto, ha habido violación del artículo 6. § 1».
1217. En sentencia de la Sala Segunda (De lo Penal), de 4 de abril de 1990.
1218. Con razón Escobar Hernández, C., «Nota a la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) ...», *op. cit.*, p. 556, resalta la contradicción en la que cae la Sala Segunda cuando, por un lado, afirma que la configuración del Convenio prohíbe colateralmente dar naturaleza de última instancia definitiva al TEDH y, por otro, propugna reformas legislativas internas en este sentido.

De este modo, se planteó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el que se partía de la ausencia de carácter ejecutivo directo de la sentencia del TEDH, pero se solicitaba que se extrajeran las consecuencias jurídicas correspondientes dirigidas a obtener la nulidad del acto que había producido la violación. El Tribunal Constitucional reconoció no ser el competente para dar eficacia a las resoluciones de Estrasburgo, pero sí consideró que debía valorar si la sentencia impugnada, la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, había provocado vulneración de derechos fundamentales. Es clave destacar que dos de los recurrentes en ese momento seguían privados de libertad, lo que dio pie a la constatación por parte del Tribunal Constitucional de la existencia de una violación actual de derechos fundamentales, ante la que era absolutamente insuficiente una simple reparación sustitutoria de índole económica.

Ya en alguna sentencia anterior, a pesar de confirmar la regularidad técnica del acto impugnado, dio lugar a un salto argumentativo para permitir la nulidad reclamada, basándose en que de la sentencia recurrida se derivaba la consolidación de una situación actual de vulneración de derechos fundamentales procedente de resoluciones anteriores que debían ser también anuladas, retrotrayendo las actuaciones al momento justamente previo a la producción del acto vulnerador del convenio. Por tanto, el Tribunal Constitucional, en consideraciones de justicia del caso concreto, consideró que el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que recayera una sentencia firme, siguiendo su argumentación de la STC 185/1990, era la vía del recurso de amparo<sup>1219</sup>.

Pero esta solución jurisprudencial, al apuntar la vía del amparo como cauce de eficacia interna de la sentencia del caso *Barberá, Messegué y Jabardo*, no era más que una respuesta parcial a esta problemática, como pronto se pudo comprobar. La doctrina de la situación lesiva actual no resuelve genéricamente la cuestión, solo el caso concreto basado en la privación actual de libertad de dos de los recurrentes, pero si bien se observa la vulneración del Convenio declarada por el TEDH persistiría aun en el caso en que no hubiera privación de libertad, todavía seguiría pendiente la necesidad de reparar la vulneración del proceso equitativo, que era lo efectivamente constatado por la jurisdicción de Estrasburgo.

Pero, en realidad, el amparo constitucional, tras la interpretación constitucional que hemos recordado, tampoco se convirtió en vía legítima para que los particulares pudieran hacer valer en nuestro ordenamiento las declaraciones de vulneración de derechos humanos y libertades fundamentales emitidas en las sentencias del TEDH. Como decíamos, por un lado, esta vía no contempla todas las posibilidades y, por otro, es técnicamente muy discutible por introducir por la puerta falsa un medio adicional de rescisión de sentencias firmes.

---

1219. «La nulidad de actuaciones que no le está permitida pronunciar al Tribunal Supremo ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal, en supuestos como el presente, existiendo Sentencia firme, sí le está dado pronunciarla a este Tribunal por la vía del recurso de amparo» (FJ 5).

Pocos años después la familia Ruiz-Mateos, basándose en la sentencia favorable que habían obtenido ante el TEDH (STEDH de 23 de junio de 1993) intentó la vía del amparo y su pretensión fue inadmitida de plano por dos providencias en las que se defendió que el Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para revisar sus propias decisiones, las cuales gozan del efecto de cosa juzgada -como las resoluciones del Constitucional en el caso Barberá, Messegué y Jabardo, podemos añadir nosotros- y, como argumento adicional, se afirmó que el recurso planteado carece manifiestamente de contenido que justifique una resolución sobre el fondo del asunto.

Tampoco tuvieron éxito los amparos intentados tras otras condenas a nuestro país. El argumento común fue que no había en ninguno de estos casos un proceso penal en que los demandantes de amparo estaban sometido a penas privativas de libertad que se estuvieran ejecutando en ese momento, como consecuencia de un proceso que, observado en su conjunto, hubiera vulnerado el art. 6 del CEDH. Pero debería ser evidente que en ellos persistía la vulneración de su derecho a un proceso equitativo, y esa vulneración seguía si ser reparada<sup>1220</sup>. El Tribunal Constitucional, sin embargo, en la STC 197/2006, de 3 de julio reconoció «la notoria incertidumbre procesal a la que se enfrentan los justiciables favorecidos por una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de escoger la vía procesal para hacer valer a efectos internos esa Sentencia, cuando entienden que persiste una lesión actual de sus derechos fundamentales». Y cabe reconocer, que ha habido interpretaciones flexibilizadoras respecto a la aplicación de las normas de la revisión penal<sup>1221</sup>.

---

1220. Así fue en el ATC 96/2001, de 24 de abril, relativo al *caso Castillo Algar* y en las SsTC 240/2005, de 10 de octubre relativa al *caso Riera Blume y otros*; la 313/2005, de 12 de diciembre, en el *caso Perote Pellón*; la 197/2006, de 3 de julio, en el *caso Fuentes Bobo* y en la 70/2007, de 16 de abril, en el *caso Prado Bugallo*.

1221. Así, la STS, Sala 2.<sup>a</sup> (De lo Penal), de 19 de mayo de 2015: «Como ya se decía en el Auto de 24 de noviembre de 2014, en estas mismas actuaciones, esta Sala ha entendido que en los casos en los que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo dicte sentencia en la que aprecie que a un condenado por los Tribunales españoles se le ha vulnerado con la condena un derecho reconocido en el Convenio, e igualmente en la Constitución como un derecho fundamental, es posible acudir al llamado recurso de revisión de los artículos 954 y siguientes de la LECrim con la finalidad de hacer efectiva la mencionada resolución en la medida procedente, evitando una lesión actual de los derechos del ciudadano. No se ha de interpretar esta posibilidad en el sentido de que en todo caso, si el TEDH ha apreciado la vulneración de un derecho reconocido en el CEDH, haya de estimarse directamente la demanda y deba acordarse mecánica e ineludiblemente la nulidad de la sentencia cuya revisión se pretende. Pues la sentencia estimatoria del TEDH no acuerda la nulidad o la revocación de la sentencia interna, sino que se limita a declarar la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, aunque pueda contener, como ocurre cada vez con más frecuencia, una modalidad concreta de reparación o una satisfacción equitativa, como prevé el artículo 41 del Convenio».

*Vide IBÁÑEZ GARCÍA, I., «La necesaria regulación del cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH», La Ley Penal, LA LEY 7890/2014.*

## 5.2. EL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA COMO GARANTE DE LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

La reforma operada en el CEDH por el Protocolo núm. 14, mantuvo la competencia sobre la vigilancia de la ejecución de las sentencias del TEDH ya prevista en el anterior art. 54, pero introdujo una nueva y más amplia redacción que ahora debemos leer en el art. 46. Tras proclamar el compromiso de acatar las sentencias firmes en los litigios en que sean partes, continúa disponiendo que estas sentencias deben remitirse al Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>1222</sup> para que vele sobre su ejecución<sup>1223</sup>. Aparece de nuevo aquí la naturaleza real de estas resoluciones y la necesidad de que haya una verdadera ejecución.

Por su parte, los apartados tercero, cuarto y quinto prevén dos situaciones distintas que pueden darse en el ejercicio de esta función de garantía de la ejecución de las sentencias del TEDH. En primer lugar, puede suceder que el Comité de Ministros considere que se está obstaculizando la supervisión de la ejecución de una sentencia firme por un problema de interpretación de esa sentencia. Si ello ocurre, se autoriza al Comité a dirigirse al Tribunal con la finalidad de que se pronuncie al respecto de la duda interpretativa. Para adoptar esta decisión de dirigirse al Tribunal son necesarios dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité.

En segundo lugar, puede suceder que un Estado parte se niegue a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto del que es parte. Si ello ocurre el comité, tras notificarlo formalmente a ese Estado, si la decisión se adopta por una mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, podrá plantear al Tribunal el incumplimiento. Si una vez analizada la cuestión, el tribunal concluye que se ha incumplido la obligación de acatar la sentencia, lo declarará así y remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que deben ser adoptadas. Si, por el contrario, el Tribunal considera que no se ha vulnerado la obligación de acatar las sentencias del apartado primero del art. 46, lo declarará así y remitirá el asunto al Comité de Ministros, para que ponga fin al examen del asunto.

Una mención particular merece el procedimiento de sentencias piloto para los casos en que se revele un problema estructural o sistémico u otra disfunción similar que haya dado lugar o sea susceptible de dar lugar a la formulación de otras

---

1222. También se refiere a este órgano el art. 39.3 y 4 CEDH al disponer que, al alcanzarse un acuerdo amistoso el Tribunal dictará una decisión por la que se archiva el asunto y en ella se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada. Esta decisión se trasmite asimismo al Comité de Ministros, que supervisará la ejecución de los términos del acuerdo.

1223. EISSEN, M. A., El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1985, p. 73, lamentaba que fuera un órgano político el encargado de mostrar vigilancia y la diligencia debida en estos asuntos, y consideraba que se trataba de un punto débil del sistema de protección.

demandas análogas<sup>1224</sup>. En el fallo de la sentencia piloto el TEDH debe indicar la naturaleza del problema o de la disfunción y las medidas correctoras que deben ser adoptadas por el Estado implicado y para ello puede fijar un plazo determinado. Podrá aplazar el examen de las demás demandas fundadas en la misma alegación hasta que se adopten las medias correctoras. El Comité de Ministros deberá dar prioridad a la supervisión de la ejecución de este tipo de sentencias, aunque no por delante de otros asuntos importantes, principalmente los relativos a casos en que la vulneración ha causado graves consecuencias.

A fin de disciplinar el ejercicio de estas funciones el Comité de Ministros adoptó unas Reglas para la supervisión de la ejecución de sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos<sup>1225</sup>. En cuanto le sea trasmítido la sentencia o la decisión sin demora deberá inscribir el asunto en el orden del día. El Comité pedirá información al Estado sobre las medidas adoptadas o por adoptar en consecuencia de la sentencia del Tribunal. Debe comprobar si se ha pagado alguna satisfacción equitativa y, de manera discreta, si se han adoptado medidas individuales para hacer cesar la vulneración y si se ha reintegrado a la víctima, en la medida de lo posible, a la situación previa a la infracción, y medidas generales a fin de prevenir nuevas vulneraciones o para la cesación de las que se están cometiendo. Hasta que el Estado comunique el pago de la satisfacción equitativa o la adopción de medidas individuales el asunto permanecerá en la agenda.

Se dispone que en cualquier momento se podrá remitir al Tribunal la cuestión interpretativa suscitada y, en cuanto considere que un Estado rehúsa acatar la sentencia firme del Tribunal, tras una notificación formal al Estado en general por lo menos seis meses antes, y por decisión de por lo menos tres tercios, someter la cuestión del incumplimiento al Tribunal, aunque se matiza que esta última decisión debe tomarse solo en circunstancias excepcionales. Finalmente, el Comité dictará una resolución final en la que se declare que se han tomado todas las medidas necesarias para acatar la sentencia o los términos del acuerdo amistoso y que se han ejercido las funciones del Comité de Ministros como supervisor de la ejecución<sup>1226</sup>. A pesar

---

1224. Está previsto en el art. 61 de Reglamento de procedimiento del TEDH, introducido por este Tribunal el día 21 de febrero de 2011. En desarrollo de lo dispuesto en la Resolución Res(2004)3 del Comité de Ministros sobre sentencias que revelan un problema sistémico subyacente, adoptada el 12 de mayo de 2004, en la sesión 114 del Comité de Ministros.

1225. Adoptadas por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006, en la reunión 964 de los representantes de los Ministros y modificadas el 18 de enero de 2017 en la reunión 1275 de los mismos representantes.  
<https://rm.coe.int/16806eebf0> (Consultado el 27 de mayo de 2022).

1226. Respecto a los casos cerrados, puede comprobarse: <https://www.coe.int/en/web/execution/closed-cases> y sobre los asuntos pendientes:  
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168059ddb0>

Son llamativos los problemas causados por la falta de países como Rusia, el Reino Unido o Ucrania, por la falta de voluntad de adoptar medidas respecto a algunas de las condenas recaídas.

de que la reforma operada por el Protocolo núm. 14, ha aumentado la coercibilidad de la ejecución, sigue siendo criticable que un órgano político como el Comité sea el encargado de la vigilancia de una actividad que debería ser estrictamente jurisdiccional: hacer ejecutar lo juzgado.

### 5.3. LAS SENTENCIAS DEL TEDH Y EL PROCESO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

Fue durante las abundantes reformas legislativas promulgadas durante el año 2015 que se planteó la necesidad de establecer un cauce general para dar eficacia a las sentencias dictadas por el TEDH, que hubieran condenado a España y que implicaran la necesidad de rescindir una -o varias- sentencias que hubieran ganado firmeza. Así, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su preámbulo anuncia la inclusión de «una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos», de modo que esa resolución se considera motivo suficiente para iniciar un proceso de revisión. El legislador sigue sin tener claridad de ideas en este punto y lo vuelve a denominar «recurso de revisión». Destaca, además que, «con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el art. 10.1 de nuestra Constitución». Nos parece que va bastante más allá de incrementar la seguridad jurídica, como pueden entenderse por lo que llevamos dicho en las páginas anteriores.

De este modo, se adiciona un art. 5 bis LOPJ, dirigido, en términos generales, a ofrecer la posibilidad de interponer lo que denomina «recurso de revisión», ante el Tribunal Supremo, contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando haya resultado una declaración del TEDH sobre la violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos. Pero es importante subrayar dos condiciones para la válida opción por este cauce: la violación, por su naturaleza y gravedad, debe entrañar efectos persistentes y, por otro lado, estos efectos no deben poder cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. Es razonable que la rescisión de una sentencia firme se deje como última opción, por su carácter tan excepcional en el sistema procesal.

La disposición final segunda de esta Ley Orgánica 7/2015 incluye en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, una regulación más pormenorizada de la revisión, que incluye, en el apartado segundo del art. 504, una de las modalidades previstas. No estamos ante orden jurisdiccional alguno, sino ante una jurisdicción especial en la que ha habido ya vulneraciones de derechos declaradas por el TEDH, y es correcto que se arbitre la vía para la rescisión de sentencias firmes

dictadas por los órganos de la jurisdicción militar cuando vulneren el Convenio y ninguna instancia interna haya sido capaz de detectar la vulneración.

Por su parte, la Disposición final tercera de esta Ley Orgánica 7/2015 modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y, entre otras numerosas disposiciones nuevas, se incluye el nuevo motivo de revisión en el art. 102, en términos similares a los del art. 5 bis LOPJ, aunque añade otra condición más: la de no perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

Por lo que se refiere al proceso civil, también la Ley Orgánica 7/2015, en su Disposición final cuarta, modifica la LEC, entre otras materias, en cuanto a la regulación del proceso de revisión con una redacción idéntica a la contencioso-administrativo, con lo que en un contexto en que aparecía claramente que la revisión no era considerada recurso y el encabezamiento del título VI del Libro II se hablaba simplemente «De la revisión de sentencias firmes», se introduce indebidamente, en el art. 510.2 la referencia a la posibilidad de «interponer recurso de revisión». Se prevé una legitimación activa limitada a quien hubiera sido demandante ante el TEDH y un plazo de interposición específico, previsto en el art. 512.1.II, es decir, en el período de un año desde firmeza de la sentencia del TEDH<sup>1227</sup>.

En cambio, la reforma de la revisión penal tuvo lugar por otro texto legal posterior: la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Se incluye un motivo nuevo de revisión en el apartado tercero del art. 954, relativo a la resolución firme sobre la que se haya pronunciado el TEDH en el sentido de que fue dictada en violación del CEDH o de sus Protocolos<sup>1228</sup>, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. También aquí se limita la legitimación activa a quien haya sido el demandante ante el TEDH y se limita a un año desde la firmeza de la sentencia supranacional el plazo para iniciar el proceso de revisión.

Nos parece correcta la posibilidad de reabrir procesos ya cerrados por sentencias firmes cuando ello se derive de la constatación de una vulneración de un derecho o libertad previstos en el CEDH o sus Protocolos. Desde luego, el proceso de revisión

1227. No se reforma expresamente el apartado primero del art. 236 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, porque a nuestros efectos se remite al art. 510 LEC, con lo que también queda integrada la posibilidad de revisión derivada de sentencias del TEDH en el orden social.

1228. NIÑO ESTÉBANEZ, R., *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España: El procedimiento de revisión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 227-228, destaca que «la reapertura de procedimientos judiciales ya concluidos parece, en particular, una técnica idónea para obtener el restablecimiento del statu quo ante cuando la violación tiene su origen en un proceso penal», pero se muestra mucho más escéptico cuando la lesión convencional procede de un procedimiento civil «en el que de ordinario la reapertura del proceso judicial podría perjudicar los derechos de terceras personas».

es una vía adecuada para la rescisión de resoluciones firmes, pero tal vez no sea la más coherente con el fundamento y la concepción subyacentes en la revisión. La iniciación de este tipo de procesos tradicionalmente se deriva de cuestiones de hecho: se trata de hechos que no se conocían en el momento del proceso y el órgano jurisdiccional no pudo tener en cuenta en el momento de fallar, porque no fueron aportados al proceso o porque se ha confirmado su falsedad o su ilicitud, como cuando se han utilizado documentos falsos o cuando la sentencia se ha dictado por medio de coacciones. En definitiva, característica común a todos ellos es la auténtica novedad de estos hechos, ya sean hechos nuevos o de nueva noticia. Pero hasta 2015 la revisión no se daba por errores o vicios de tipo jurídico constatados por órganos jurisdiccionales, sino por situaciones fácticas producidas o conocidas con posterioridad a la resolución que se pretende rescindir<sup>1229</sup>. Por tanto la revisión, en puridad no debería considerarse un medio para la denuncia de nulidades, por eso hubiera sido preferible que el legislador hubiera optado por la configuración de un procedimiento autónomo de nulidad, como vía específica para articular la nulidad derivada de las infracciones procesales, simplemente añadiendo un nuevo apartado al art. 241 LOPJ.

---

1229. Como decía CALVO SÁNCHEZ, M. C., La revisión... *op. cit.*, p. 48: «no existen en los motivos de la revisión vicios *in procedendo*, primero, porque de haberlos cometido se tendrían que haber denunciado en su tiempo y se hubiera tenido para hacerles frente el recurso de casación por quebrantamiento de forma, y de no haberlo interpuesto nuestras posibilidades hubieran decaído. Segundo no existen vicios de esta clase, porque si se hubiera cometido tal error la sentencia no sería válida, adolecería de un defecto formal y como hemos dicho la sentencia revisable es válida procesalmente. Tampoco existen vicios *in iudicando*, porque el Juez ha juzgado con arreglo a derecho y lo ha aplicado rectamente en base a los autos, es decir, el Juez no podía haber juzgado de otra manera el caso con el material fáctico que tenía».



## *Capítulo 18*

# Novedades introducidas en el Sistema Europeo de Derechos Humanos a través de las sentencias piloto

SARA TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS<sup>1230</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS SENTENCIAS PILOTO: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS. 3. ELECCIÓN DE LA DEMANDA. 4. IMPOSICIÓN DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN. 5. LA SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS PILOTO. 6. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora Tribunal Europeo) ha sufrido una grave sobrecarga de trabajo. A este respecto es importante detenernos en los datos: sólo unos pocos Estados del Consejo de Europa son los responsables de generar un gran número de demandas. Además, la mayoría de condenas del Tribunal Europeo se deben a la violación de unos pocos artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora Convenio o CEDH)<sup>1231</sup>.

---

1230. Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional en la Universidad de Alcalá (España). Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá (2020). Su tesis obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado y el Premio de la Sociedad de Condueños a la mejor tesis defendida en el curso 2020-2021 en la Rama de Ciencias Sociales y Jurídicas. Graduada en Derecho por la Universidad de Alcalá con Premio Extraordinario (2013). Máster de Acceso a la Abogacía en la Universidad Autónoma de Madrid (2014). Entre 2016 y 2020 fue investigadora predoctoral FPU del MECD. En ese tiempo, realizó dos estancias de investigación en el *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* de Heidelberg (Alemania) con una duración total de nueve meses. Es autora de una monografía y de varios artículos, capítulos de libro, reseñas y crónicas de jurisprudencias y ha sido ponente, coordinadora y moderadora en varios congresos, jornadas y seminarios nacionales e internacionales.

1231. Estas estadísticas pueden verse en la página web de la ejecución de las sentencias del TEDH en el documento «Overview 1959-2020».

Las violaciones estructurales de estos artículos suponen la llegada de cientos o miles de demandas repetitivas. De hecho, se calcula que alrededor del 60% de las sentencias que dicta Estrasburgo tiene su origen en un problema estructural<sup>1232</sup>. El procedimiento de las sentencias piloto se creó justamente para hacer frente a la llegada de este tipo de demandas.

El Tribunal Europeo dictó su primera sentencia piloto el 22 de junio de 2004 (*Broniowski contra Polonia*). Más tarde, tras la Declaración de Interlaken de 2010 codificó este procedimiento en la Regla 61 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal. Hasta el momento se han dictado alrededor de 35 sentencias piloto. En estas páginas se analizarán todas las novedades que el Tribunal Europeo ha introducido a través de las sentencias piloto. Para ello se realizará un recorrido por todas las fases de este procedimiento: elección de la demanda, imposición de medidas de reparación y supervisión de la ejecución de la sentencia piloto.

## 2. LAS SENTENCIAS PILOTO: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

La sentencia piloto es un mecanismo creado por el Tribunal Europeo para hacer frente a problemas sistémicos o estructurales. A través de este procedimiento el Tribunal Europeo selecciona una única demanda de entre varias demandas repetitivas para que ésta sirva como modelo para la resolución de un gran número de casos idénticos<sup>1233</sup>. La sentencia piloto es una herramienta procesal que sirve para tratar con demandas repetitivas bien fundadas que tengan su origen en un mismo problema estructural<sup>1234</sup>.

A través de las sentencias piloto el Tribunal Europeo concede al Estado condenado un plazo para que adopte ciertas medidas generales. Estas medidas pueden implicar para el Estado condenado cambios estructurales, jurisprudenciales o legislativos. Unas de las medidas que el Tribunal Europeo suele imponer a través de sus sentencias piloto es la creación por parte del Estado condenado de un recurso interno efectivo para poner fin al problema estructural<sup>1235</sup>.

- 
- 1232. SACCUCCI, A., *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Editoriale scientifica, Nápoles, 2018, pp. 54 y 55.
  - 1233. ABRISKETA URIARTE, J., «Las sentencias piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de juez a legislador», *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen 65, Número 1, (2013), p. 80.
  - 1234. CRUZ, L. M., «La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen 62, Número 1, 2010, p. 106. Sin embargo, el Tribunal no aclara que debe entenderse por problema sistémico o estructural: SUSI, M., «The Definition of Structural Problem in the Case-Law of the European Court of Human Rights since 2010», *German Yearbook of International Law*, Número 55, (2012), pp. 385-418.
  - 1235. SAAVEDRA, P.; CANO PALOMARES, G. y HERNÁNDEZ, M., «Reparación y supervisión de sentencias», en García Roca, J. y Carmona Cuenca, E., (Eds.) *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Pamplona (España), (2017), pp. 211-268.

El procedimiento de las sentencias piloto fue una creación jurisprudencial<sup>1236</sup>. En un primer momento, este procedimiento se aplicó sin base en el Convenio Europeo ni en el Reglamento. Sólo tiempo más tarde, la Declaración de Interlaken de 2010 provocó su codificación en la Regla 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal. Ahora bien, antes de que se produjera dicha codificación varias recomendaciones o resoluciones del propio Comité de Ministros impulsaron al Tribunal a crear este mecanismo, lo que revela el consentimiento de los Estados en la nueva técnica<sup>1237</sup>.

La Regla 61 codifica en gran medida la práctica precedente. Así pues, los rasgos principales de las sentencias piloto quedan configurados de la siguiente manera: el Tribunal señala en la propia sentencia de forma explícita que está aplicando el procedimiento de las sentencias piloto, identifica la existencia de un problema sistémico o estructural e impone al Estado condenado la adopción de medidas generales dentro de un plazo determinado.

A esta lista hay que añadir otras dos características fundamentales: el Tribunal Europeo podrá aplazar/congelar el examen de todas las demandas repetitivas fundadas en la misma alegación hasta que el Estado condenado adopte las medidas correctoras indicadas en el fallo de la sentencia piloto. Por último, la supervisión de la ejecución de las sentencias piloto siempre se lleva a cabo por el Comité de Ministros a través del procedimiento de supervisión reforzada. En las siguientes páginas se analizará de forma más detenida todas estas características.

Como puede observarse en la tabla, el Tribunal Europeo ha dictado hasta el momento aproximadamente 35 sentencias piloto. La mayoría de ellas sobre cuatro temas: disfunciones legislativas o malas prácticas en materia de derechos patrimoniales, inejecución prolongada de sentencias internas definitivas, dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales y malas condiciones carcelarias.

---

1236. El primer asunto en el que se usó el procedimiento de las sentencias piloto fue *Broniowski contra Polonia*, de 22 de junio de 2004. En esta sentencia el problema estructural identificado por el Tribunal Europeo era el incumplimiento sistemático por parte de las autoridades polacas de la obligación de indemnizar a alrededor de 80.000 ciudadanos que se habían visto obligados a ceder sus bienes tras la Segunda Guerra Mundial.

1237. En especial la Recomendación (2004)6 «sobre la mejora de los recursos domésticos» y la Resolución (2004)3 «sobre los fallos que revelan un problema sistémico subyacente». Recommendation Rec (2004)6 of the Committee of Ministers to Member States on the Improvement of Domestic Remedies, adoptada el 12 de mayo de 2004 en la sesión 114a. Resolution Rec (2004)3 of the Committee of Ministers on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem, adoptada el 12 de mayo de 2004 en la sesión 114a.

### Sentencias piloto

<b>Disfunciones legislativas o malas prácticas en materia de derechos patrimoniales</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Broniowski contra Polonia</i>, de 22 de junio de 2004</li> <li>- <i>Hutten-Czapska contra Polonia</i>, de 19 junio de 2006</li> <li>- <i>Suljagic contra Bosnia y Herzegovina</i>, de 3 de noviembre de 2009</li> <li>- <i>Maria Atanasiu y Otros contra Rumanía</i>, de 12 de octubre de 2010</li> <li>- <i>Manushaqe Puto y Otros contra Albania</i>, de 31 de julio de 2012</li> <li>- <i>M.C. y Otros contra Italia</i>, de 3 de septiembre de 2013</li> <li>- <i>Ališić and Others contra Bosnia y Herzegovina, Croacia, Repùblica de Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia</i>, de 16 de julio de 2014</li> </ul>
<b>Inejecución prolongada de sentencias internas definitivas</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Burdov contra Rusia (no. 2)</i>, de 15 de enero de 2009</li> <li>- <i>Yuriy Nikalayevich Ivanov contra Ucrania</i>, de 15 de octubre de 2009</li> <li>- <i>Gerasimov y otros contra Rusia</i>, de 1 de julio de 2014</li> </ul>
<b>Dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Rumpf contra Alemania</i>, de 2 de septiembre de 2010</li> <li>- <i>Athanasiou y otros contra Grecia</i>, de 21 de diciembre de 2010</li> <li>- <i>Dimitrov y Hamanov contra Hungría y Finger contra Hungría</i>, de 10 de mayo de 2011</li> <li>- <i>Ümmühan Kaplan contra Turquía</i>, de 20 de marzo de 2012</li> <li>- <i>Michelioudakis contra Grecia y Glykantzi contra Grecia</i>, de 3 de abril de 2012</li> <li>- <i>Rutkowski y otros contra Polonia</i>, de 7 de julio de 2015</li> <li>- <i>Gazsó contra Hungría</i>, de 16 de julio de 2015</li> </ul>
<b>Prohibición del voto para los presos condenados</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Greens y M.T. contra Reino Unido</i>, de 23 de noviembre de 2010</li> </ul>
<b>Malas condiciones carcelarias</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Ananyev y otros contra Rusia</i>, de 10 de enero de 2012</li> <li>- <i>Torreggiani y otros contra Italia</i>, de 8 de enero de 2013</li> <li>- <i>Neshkov y otros contra Bulgaria</i>, de 27 de enero de 2015</li> <li>- <i>Varga y otros contra Hungría</i>, de 10 de marzo de 2015</li> <li>- <i>W.D. contra Bélgica</i>, de 6 de septiembre de 2016</li> <li>- <i>Rezmives y otros contra Rumanía</i>, de 25 de abril de 2017</li> <li>- <i>Sukachov contra Ucrania</i>, de 30 de enero de 2020</li> </ul>
<b>No regularización del estatuto de residencia de las personas ilegalmente dadas de baja en el registro de residentes permanentes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Kurić y Otros contra Eslovenia</i>, de 26 de junio de 2012</li> </ul>

### 3. ELECCIÓN DE LA DEMANDA

El Tribunal Europeo debe decidir de oficio o a instancia de parte tramitar una demanda a través del procedimiento de las sentencias piloto tras haber consultado al Estado condenado. Los demandantes pueden solicitar que su demanda se trate a través de este procedimiento, pero finalmente es el Tribunal el que tiene la última palabra.

En la Regla 61 del Reglamento del Tribunal no se establece como requisito que se haya acumulado un determinado número de demandas repetitivas para que el Tribunal aplique este procedimiento. Actualmente este es un criterio secundario pues el Tribunal otorga en la práctica más importancia al hecho de que otros asuntos que planteen el mismo problema estructural puedan potencialmente llegar a Estrasburgo<sup>1238</sup>.

La codificación del procedimiento de la sentencia piloto no ha supuesto una mayor transparencia<sup>1239</sup>. De hecho, una de las críticas más recurrentes es que el Tribunal Europeo aplica este procedimiento de una forma un tanto arbitraria pues no explica por qué a veces decide condenar al Estado a través de una sentencia piloto y en otros casos similares decide no hacerlo<sup>1240</sup>.

Sin embargo, yo no estoy de acuerdo con esta crítica pues considero que el Tribunal Europeo tiene que disponer de cierta discrecionalidad a la hora de elegir en qué casos es mejor aplicar este procedimiento, pues el éxito de la sentencia piloto depende en gran medida de otros factores como la complejidad del problema y, sobre todo, la buena voluntad del Estado condenado para colaborar en su resolución.

También se ha criticado el hecho de que sea el propio Tribunal Europeo el que seleccione la demanda concreta que debe servir como modelo para la resolución del resto de casos repetitivos. El problema es que se corre el riesgo de que la demanda seleccionada no represente todos los intereses en juego. Ello se debe principalmente a la dificultad de discernir entre la infracción general, por un lado, y su impacto en cada individuo, ya que la infracción siempre tiene múltiples dimensiones y es muy difícil garantizar que se tiene en cuenta todos los intereses en juego<sup>1241</sup>.

---

1238. LAMBERT ABDELGAWAD, E., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: Una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo», Revista de Derecho Político, Número 69, (2007), pp. 372 y ss.

1239. YILDIZ, E., «Judicial Creativity in the Making: The Pilot Judgment Procedure a Decade After Its Inception», Interdisciplinary Journal of Human Rights Law, Volumen 8, Número 1, (2015), pp. 92 y 93.

1240. CACHO SÁNCHEZ, Y., «El procedimiento de sentencia piloto a examen: ¿sus efectos sobre el sistema europeo de protección de derechos humanos son transformadores, beneficiosos o perversos?», Revista de Derecho Comunitario Europeo, Número 65, (2020), p. 136. También GLAS, L. R., «The functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in practice», Netherlands Quarterly of Human Rights, Volumen 34/1, (2016), pp. 41 y ss.

1241. ABRISKETA URIARTE, J., *op. cit.*, 2013, pp. 80 y ss.

Desde el punto de vista de Sainati este problema se superaría si fueran los propios demandantes a través de una ONG los que solicitaran que un determinado caso fuera elegido como sentencia piloto para servir como guía al resto de casos similares. De esta forma se plantea la idea de que las sentencias piloto pueden ser un instrumento útil para llevar a cabo un litigio estratégico<sup>1242</sup>.

Esta misma autora considera que el procedimiento de las sentencias piloto sólo debería aplicarse cuando el problema estructural afecta a un grupo determinado de personas<sup>1243</sup>. La razón se encuentra en que en esos casos es más fácil para el Tribunal identificar las medidas de reparación que los Estados deben adoptar y también es más fácil para el Comité de Ministros hacer un seguimiento sobre el cumplimiento de dichas medidas.

#### 4. IMPOSICIÓN DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN

Tradicionalmente se ha aceptado la idea de que las sentencias del Tribunal Europeo son declarativas. Durante un largo período de tiempo el Tribunal Europeo se limitó a declarar (o no) la violación de uno de los artículos del Convenio y a imponer (en su caso) el pago de una indemnización al Estado condenado. Sin embargo, con el paso del tiempo hemos podido observar un cambio en la jurisprudencia del Tribunal. Esta mutación se ha manifestado especialmente a través de dos fenómenos: el reforzamiento de la obligatoriedad de las sentencias y la reducción de la libertad del Estado condenado para elegir las medidas de reparación<sup>1244</sup>.

Durante muchos años la satisfacción equitativa fue la medida estrella impuesta por el Tribunal en casi todas sus sentencias. En esta primera fase el Tribunal se esforzó por dejar claro que su papel no era el de ser un tribunal de cuarta instancia y daba prioridad a la aplicación del artículo 41 del Convenio<sup>1245</sup> (satisfacción equitativa). Sin embargo, con el paso del tiempo cabe observar una tendencia por parte

- 
- 1242. SAINATI S., «Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights», *Harvard International Law Journal*, Número 56, (2015), pp. 141 y ss.
  - 1243. Sainati distingue entre dos tipos de sentencias piloto: aquellas en las que el problema estructural afecta a un grupo determinado de personas o aquellas en las que existe un problema endémico que afecta a un gran número de personas que no es fácilmente identificable. Así, por ejemplo, las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles pertenecerían al primer grupo, mientras que las sentencias piloto sobre dilaciones procesales indebidas pertenecerían al segundo grupo.
  - 1244. ALMEIDA, S., «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la singularidad y eficacia del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos», *República y Derecho*, Volumen 4, Número 4, (2019), pp. 11 y ss.
  - 1245. En el artículo 41 del CEDH se establece que «Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

del Tribunal a otorgar prioridad al artículo 46 del Convenio<sup>1246</sup> (obligatoriedad de las sentencias) respecto al artículo 41<sup>1247</sup>.

Quizás las sentencias piloto sean la manifestación más clara de esta mutación, pues a través de estas sentencias el Tribunal Europeo utiliza por primera vez el artículo 46 del Convenio en un marco autónomo y diferenciado y elimina cualquier conexión con el artículo 41. El Convenio Europeo se ha transformado en los últimos años y las sentencias piloto son un ejemplo paradigmático de esta transformación<sup>1248</sup>.

Desde hace un tiempo las sentencias del Tribunal Europeo ya no parecen crear obligaciones de resultado con libertad de elección de los medios. En un primer momento este fenómeno se produjo con la imposición de medidas individuales por parte del Tribunal. Especialmente en aquellos casos en los que la violación declarada, por su propia naturaleza, no dejaba una elección real en cuanto a las medidas requeridas para remediarla. Un ejemplo es la puesta en libertad de personas detenidas de manera arbitraria<sup>1249</sup>.

Más adelante, esta reducción de la libertad del Estado condenado para elegir las medidas de reparación también se ha multiplicado con la aplicación por parte del Tribunal Europeo de medidas generales. A través de las sentencias piloto el Tribunal Europeo siempre impone la adopción de medidas generales y además introduce una novedad: por primera vez concede al Estado condenado un plazo límite para adoptar dichas medidas, lo que refuerza ulteriormente la obligatoriedad de este tipo de sentencias.

Las medidas generales impuestas por el Tribunal Europeo pueden suponer para el Estado condenado cambios legislativos, jurisprudenciales o estructurales. Algunos ejemplos de estos cambios los encontramos en los distintos grupos de sentencias piloto. Por ejemplo, para dar cumplimiento a las sentencias piloto sobre malas prácticas en materia patrimonial la mayoría de Estados han adoptado nuevas leyes.

Muchos Estados condenados han puesto en marcha nuevos remedios preventivos y compensatorios para dar cumplimiento a las sentencias piloto sobre dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales internos. En el caso de las sentencias

1246. En el artículo 46.1 del CEDH se establece que «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes».

1247. CRUZ, L. M., *op. cit.*, 2010, pp. 92 y ss.

1248. GARCÍA ROCA, J., La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Civitas-Thomsom-Reuters, Pamplona (España), 2019. QUERALT JIMÉNEZ, A., «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Teoría y Realidad Constitucional, Número 42, (2018), pp. 395-424.

1249. SAAVEDRA, P.; CANO PALOMARES, G. y HERNÁNDEZ, M, *op. cit.*, 2017, pp. 211-268. En este trabajo se enumeran varias sentencias de este tipo, por ejemplo: *Assadnidze contra Giorgia*, de 8 de abril de 2004, *Ilașcu y otros contra Moldavia y Rusia*, de 8 de julio de 2004 y *Del Río de la Prada contra España*, de 21 de octubre de 2013, entre otras.

piloto sobre el mal estado de las cárceles, las medidas adoptadas por los Estados no solo han sido legislativas o jurisprudenciales sino también estructurales: todos los Estados condenados han reformado o construidos nuevas prisiones a partir de la condena impuesta por Estrasburgo<sup>1250</sup>.

A este respecto cabe señalar que parte de la doctrina y de la sociedad civil valora positivamente el hecho de que el Tribunal Europeo establezca de forma más clara qué medidas de reparación tiene que adoptar el Estado condenado<sup>1251</sup>. En principio, cuánto más claras sean las directrices del Tribunal más fácil será para los Estados cumplir con los estándares impuestos por Estrasburgo y más fácil será para el Comité de Ministros determinar si el Estado condenado ha cumplido o no con sus obligaciones<sup>1252</sup>. El procedimiento de la supervisión de la ejecución de las sentencias piloto ofrece publicidad y *accountability* a los ojos de la opinión pública.

## 5. LA SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS PILOTO

De acuerdo con el artículo 46.2 del Convenio Europeo el Comité de Ministros del Consejo de Europa es competente para velar por la ejecución de las sentencias definitivas del Tribunal Europeo. El Comité de Ministros se trata de un órgano político, intergubernamental y diplomático, formado por los Embajadores-representantes permanentes de los 47 Estados miembros ante el Consejo de Europa, aunque también pueden acudir ministros de asuntos exteriores o de otros ramos.

En los últimos años el procedimiento de supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo se ha visto fortalecido. Estos cambios se han llevado a cabo con la modificación de los métodos de trabajo del Comité de Ministros que tuvieron lugar tras la declaración de Interlaken (2010). Con las declaraciones de Izmir, Brighton y Bruselas (2015) también se introdujeron algunas novedades con el fin de reafirmar el principio de subsidiariedad del sistema y alcanzar una mayor cooperación entre las distintas instituciones del Consejo de Europa para la implementación de las sentencias.

Una de las principales novedades de los nuevos métodos de trabajo se encuentra en la Regla de procedimiento número 4 en la que se establece un criterio de prioridad al crear dos procedimientos distintos de supervisión, según el tratamiento que merezca el asunto: ordinaria y reforzada. Es el denominado *twin track supervision system*<sup>1253</sup>. Las sentencias piloto están sujetas a un procedimiento de supervisión

- 
- 1250. TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, S., Los estándares europeos sobre prisiones. El impacto de las sentencias piloto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.
  - 1251. BUYSE, A., «The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges», en Nomiko Vima (Greek Law Journal), (2009), p. 10; DE VOS, C. M., From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions, Open Society Justice Foundation, Nueva York, 2010.
  - 1252. GREER, S., «The European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects», Cambridge University Press (2006), p. 160.
  - 1253. SAAVEDRA, P.; CANO PALOMARES, G. y HERNÁNDEZ, M, *op. cit.*, 2017, p. 147.

reforzada al igual que los casos que requieren medidas individuales urgentes, las sentencias que a juicio del Tribunal o del Comité de Ministros ponen en evidencia problemas importantes estructurales o complejos y las sentencias dictadas en casos interestatales.

Con carácter general el proceso de supervisión consta de las siguientes fases. En primer lugar, el Comité debe clasificar el asunto, a continuación, el Estado condenado debe presentar un plan de acción en el plazo de seis meses. El Comité de Ministros, por su parte, deberá hacer un seguimiento de las medidas comunicadas por el Estado. Más adelante, el Estado condenado debe presentar el informe de ejecución cuando considere que las medidas descritas en el plan de acción ya han sido adoptadas. Finalmente, el Comité de Ministros adoptará una resolución final cerrando la supervisión de la ejecución de la sentencia si considera que se han cumplido todas las medidas de ejecución exigibles.

La principal diferencia entre ambos procedimientos es que en el marco de la supervisión ordinaria el poder de intervención del Comité de Ministros es mucho más limitado, ya que simplemente se limitará a confirmar que el procedimiento ordinario es el correcto para el tipo de caso, y tomará nota del plan de acción y del informe de ejecución que el Estado condenado haya remitido. En este procedimiento las propuestas o decisiones sólo son tratadas de forma escrita<sup>1254</sup>.

Por el contrario, en la supervisión reforzada, el Comité de Ministros hace un seguimiento continuado de las medidas comunicadas por el Estado condenado, debatiéndolas y adoptando decisiones específicas dirigidas al Estado, expresando satisfacción, preocupación o recomendando ciertas medidas. Además, en esta modalidad de supervisión, el Departamento de Ejecución puede dar asistencia técnica en la preparación de planes de acción, o bien participar en programas de cooperación con el país condenado (seminarios, mesas redondas, bilaterales o multilaterales).

Otra de las novedades introducidas a través de las sentencias piloto en una mayor participación del Tribunal Europeo durante la fase de ejecución de la sentencia. Tradicionalmente la supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo ha sido una competencia exclusiva del Comité de Ministros, por lo que el Alto Tribunal quedaba totalmente excluido de esta tarea. Sin embargo, esta afirmación se ha ido matizando con el paso del tiempo. Durante la fase de ejecución de las sentencias piloto se produce un verdadero diálogo entre el Tribunal Europeo y el Comité de Ministros.

Cuando el Tribunal dicta una sentencia piloto, normalmente el Comité lleva ya años exigiendo reformas estructurales al Estado, y dicha sentencia sirve para dar un nuevo impulso al proceso de ejecución casi a modo de ultimátum. Ahora bien, este diálogo durante la fase de ejecución de la sentencia piloto en ciertos casos se

---

1254. SÁNCHEZ DE MIQUEL, L., «Supervisión de la ejecución de sentencias. Un análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Número 24, (2018), p. 282.

inicia a la inversa. Esto sucede cuando la sentencia piloto ya ha sido dictada y es el Tribunal Europeo quien se pronuncia sobre la adecuación o idoneidad de las medidas generales adoptadas por el Estado condenado para dar cumplimiento a la sentencia incluso antes que el Comité<sup>1255</sup>.

Para entender mejor este fenómeno hay que recordar que en las sentencias piloto el Tribunal Europeo impone al Estado condenado la adopción de medidas generales y entre dichas medidas se suele incluir la creación por parte del Estado condenado de un recurso interno efectivo para poner fin al problema estructural.

El Tribunal Europeo pueda decidir congelar la tramitación de demandas repetitivas hasta que el Estado condenado no adopte dichas medidas generales, entre las que se encuentra la creación de un recurso interno. Es por esta razón que el Tribunal de Estrasburgo en ciertos casos valora la eficacia de los recursos internos incluso antes que el Comité de Ministros, pues debe pronunciarse sobre la admisión de nuevas demandas repetitivas.

En el mejor de los casos, si el Estado condenado crea un recurso interno efectivo serán los jueces nacionales los que tengan que resolver las demandas que habían permanecido congeladas en Estrasburgo y, además, evitarán la escalada de nuevos casos<sup>1256</sup>. De esta manera se cumplirá con el principio de subsidiariedad, que es justamente uno de los objetivos de las sentencias piloto.

Por último, cabe señalar que otra de las novedades que se introduce a través de la supervisión de la ejecución de las sentencias piloto es la participación de otros órganos del Consejo de Europa. Especialmente del Departamento para la Ejecución de Sentencias de la Secretaría del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria, las ONGs o las instituciones nacionales de derechos humanos.

La participación de estos órganos es una muestra más de la importancia que otorga el Tribunal a este tipo de sentencias. Prueba de ello es que en el propio artículo 61 del Reglamento se establece que la decisión de tramitar una demanda siguiendo el procedimiento de sentencia piloto, la adopción de una sentencia piloto, su ejecución y el cierre del procedimiento, se darán a conocer a través del sitio web del TEDH. Además, se informará sistemáticamente al Comité de Ministros, a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, al Secretario General del Consejo de Europa y al Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa de la adopción de este procedimiento.

---

1255. GUTIÉRREZ BELTRÁN, A. M., *op. cit.*, 2018, pp. 100 y ss.

1256. KINTDT, E., *The pilot judgment procedure at the European Court of Human Rights: an evaluation in the light of procedural efficiency and access to justice*, tesis doctoral dirigida por los profesores Yves Haeck y Stefaan Voet en la Universidad de Gante (Bélgica), 2018, pp. 5 y ss.

## 6. CONCLUSIONES

Las características principales de las sentencias piloto son las siguientes: En primer lugar, el Tribunal Europeo señala en la propia sentencia de forma explícita que está aplicando el procedimiento de las sentencias piloto e identifica la existencia de un problema estructural. Además, el Tribunal impone al Estado condenado la adopción de medidas generales dentro de un plazo determinado. Este es un cambio muy importante, pues tradicionalmente el Tribunal Europeo a través de sus sentencias se había limitado a declarar (o no) la violación de uno de los artículos del Convenio y a imponer (en su caso) el pago de una indemnización al Estado condenado.

Otra característica importante de las sentencias piloto es que la supervisión de la ejecución de estas sentencias siempre se lleva a cabo por el Comité de Ministros a través del procedimiento de supervisión reforzada. De hecho, las sentencias piloto son un claro ejemplo de cómo el procedimiento de supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo se ha visto fortalecido en los últimos años. El procedimiento de supervisión reforzada se caracteriza principalmente por una mayor implicación del Comité de Ministros y de otros órganos del Consejo de Europa (incluido el propio Tribunal Europeo) durante la fase de supervisión.

Una de las principales finalidades de las sentencias piloto es reducir la sobrecarga de trabajo que ha sufrido el Tribunal Europeo en los últimos tiempos. Las sentencias piloto pueden ser un cauce procesal adecuado para garantizar la viabilidad del Sistema Europeo a medio y largo plazo. Hasta el momento el Tribunal Europeo ha dictado aproximadamente 35 sentencias piloto. La mayoría se centran en los siguientes problemas estructurales que afectan a varios Estados miembros: disfunciones legislativas o malas prácticas en materia de derechos patrimoniales, inejecución prolongada de sentencias internas definitivas, dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales y malas condiciones carcelarias.



## *Capítulo 19*

# Una competencia verdaderamente tutelar en el marco del Sistema IDH: las medidas cautelares, provisionales y urgentes

DANIEL E. RODRÍGUEZ INFANTE<sup>1257</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ACERCAMIENTO Y MARCO NORMATIVO. 3. MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES: DIFERENCIAS INSUSTANCIALES E IDENTIDAD COMÚN. 3.1. *Distinciones*. 4. PARTICULARIDADES EN LAS MEDIDAS URGENTES. 5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Sin dudas, entre las herramientas más relevantes que posee el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos para el cumplimiento de sus funciones se encuentran aquellas que denominamos *medidas tutelares o de protección*<sup>1258</sup>. El presente análisis procura acompañar el profuso desarrollo práctico que han experimentado estos mecanismos con un enfoque teórico –y eminentemente sistémico– dirigido a profundizar aspectos vinculados con su naturaleza y alcance, particularmente a efectos de dilucidar si tales medidas expresan o no diferencias sustanciales entre sí, si delimitan una competencia específica y autónoma por parte de los órganos del Sistema IDH, y si es posible procurar una conceptualización integradora para todas ellas.

Valga aclarar que, en aras de enmarcar adecuadamente aquellos enfoques, este desarrollo contemplará también algunas consideraciones básicas sobre esta temática,

- 
1257. Docente de la Cátedra Derechos Humanos de la Universidad Champagnat y director e integrante de proyectos de investigación en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Argentina). Ex funcionario de la CIDH y del GIEI para Nicaragua. Fiscal Ad Hoc y Auxiliar Fiscal en procesos por delitos de lesa humanidad con estudios en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por American University Washington College of Law.
1258. En lo sucesivo utilizaremos indistintamente estas expresiones para referirnos de modo genérico a las medidas de esta naturaleza previstas en el Sistema IDH, cualquiera sea su denominación concreta o su órgano emisor. Las razones para la adopción de esta terminología serán abordadas más adelante (ver infra. 3.2.1).

definiendo los aspectos esenciales de las *medidas provisionales* que adopta la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1259</sup>, de las *medidas urgentes* –que adopta el presidente de ese Tribunal– y de las *medidas cautelares* que son dispuestas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>1260</sup>.

## 2. ACERCAMIENTO Y MARCO NORMATIVO

El análisis sobre la naturaleza y funcionamiento de esta competencia tutelar de los órganos del Sistema IDH –competencia que, valga adelantarla y conforme luego se precisará, debe ser efectivamente distinguida de la contenciosa (y evidentemente con mayor razón de la consultiva)–, exige previamente aludir en forma sucinta a algunas de las características comunes y elementos distintivos que presentan estas medidas.

Las medidas cautelares son aquellas cuya adopción corresponde a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Han sido «codificadas» a través de los distintos reglamentos que se ha dictado la propia Comisión en su historia institucional<sup>1261</sup>. El reglamento actual –vigente desde el 1 de agosto de 2013– reconoce, en su artículo 25, la facultad que posee la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para solicitar, de oficio o a pedido de parte, que un Estado adopte medidas cautelares frente a situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de

1259. En lo sucesivo Corte Interamericana o Corte IDH.

1260. En adelante Comisión Interamericana o CIDH.

1261. Si bien por primera vez aparecen en el reglamento adoptado en 1980 (en tanto el de 1966 no las receptaba expresamente), lo cierto es que la práctica de disponer medidas de protección –aunque sin recurrir a dicha denominación– existió desde el inicio de las actividades de la CIDH. Así lo indica la propia Comisión en su página web oficial, en la cual –bajo un acápite dedicado a «*(l)a historia y el marco jurídico de las medidas cautelares*»– señala que «*(d)esde su creación, la Comisión ha solicitado medidas de protección a los Estados para que adopten en forma urgente medidas para evitar que la vida o la integridad personal de estos beneficiarios se viesen comprometidas (...); (c)omo parte del desarrollo histórico de esta figura, en el Reglamento de la CIDH del año 1980 se formalizó un procedimiento alrededor de este mecanismo*» –véase en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/sobre-cautelares.asp>. Concordantemente, en el documento que transcribe la presentación realizada por la Secretaría Ejecutiva de la CIDH el 29 de noviembre de 2011 ante el Grupo de Trabajo de Reflexión sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (que claramente sirvió de base para la reseña que actualmente puede observarse en la página de la CIDH), se indica que «*(d)esde el año 1967, la Comisión constató la necesidad de proteger los derechos de las personas y grupos de personas de daño irreparable y comenzó a emitir recomendaciones a los Estados para que adoptaran en forma urgente medidas para evitar que la vida o la integridad personal de estos beneficiarios se viesen comprometidas. Como parte del desarrollo histórico de esta figura, en el Reglamento de la CIDH del año 1980 se formalizó un procedimiento alrededor de este mecanismo. Las medidas cautelares han operado particularmente en las épocas más críticas de conflicto e inestabilidad en el hemisferio, convirtiéndose, en el mecanismo que se destaca por su efectividad en la protección de los derechos fundamentales de la persona y la prevención de graves violaciones a los derechos humanos, en el contexto particular de la región*» –véase en <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=GT/SIDH/INF.&classNum=43&lang=t>

daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano<sup>1262</sup>. Como lo señala expresamente dicha norma, esa potestad puede ejercerse en conexión con una petición o caso o con total independencia de ello.

Valga anticipar que si bien no se encuentran expresamente reguladas en la Convención Americana –como sí lo están las medidas provisionales–, ello no significa que carezcan de base convencional –como han sostenido algunos enfoques críticos a este tipo de medidas–, toda vez que, tal como luego profundizaremos, no sólo deben ser consideradas como un mecanismo implícitamente amparado por la propia CADH, sino que además están expresamente recogidas en otros tratados; y, por sobre todo, son inherentes al funcionamiento y naturaleza de la Comisión. En otras palabras, afirmamos que también las medidas cautelares tienen base convencional, aun cuando, en lo que hace estrictamente a la CADH, dicha recepción tenga carácter implícito. Volveremos sobre esto al examinar las diferencias entre las diversas medidas de protección del sistema IDH.

Las medidas provisionales, por su parte, son aquellas que puede disponer la Corte IDH. Se encuentran expresamente recogidas en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 63 párrafo segundo faculta a dicho Tribunal a adoptar este tipo de medidas en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. A la vez, la propia Corte, en el artículo 27 de su Reglamento, ha precisado los términos convencionales, y definido algunos aspectos operativos vinculados con la adopción de este tipo de medidas.

Si se examina armónicamente el texto reglamentario, podrá advertirse que cuando la adopción de tales medidas resulta necesaria en el marco de un caso en trámite ante ese Tribunal (y en el *trámite* incluimos también aquí la etapa de supervisión de sentencias<sup>1263</sup>) la Corte podrá disponerlas de oficio o a pedido de parte (y por *parte* nos referimos a estos efectos no sólo a la Comisión, sino también a las *víctimas* –así

---

1262. La expresión «reconoce» que aquí utilizamos al describir su recepción reglamentaria, no es fortuita, en tanto sostengamos precisamente que esa competencia de este Órgano de la OEA –de carácter «principal», tal como lo dispone el art. 53 de la Carta– es preexistente a cualquier reglamentación que la propia CIDH se haya dado. Volveremos sobre esto más adelante.

1263. La posibilidad de adoptar medidas provisionales hasta este momento procesal ha sido objeto de controversias en el seno del propio Tribunal. Sin pretensiones de abordar aquí este aspecto, baste con recordar que en el marco del trámite de medidas provisionales adoptadas en el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia [Corte IDH. Resolución del a Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de junio de 2011 – Medidas provisionales respecto de la República de Colombia – Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia], uno de los jueces cuestionó que pudieran adoptarse medidas de esta naturaleza una vez recaída sentencia (v. voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossi), lo cual a su vez generó la enérgica reacción del resto del Tribunal (v. voto concurrente de los jueces Diego García-Sayán, Leonardo A. Franco, Manuel Ventura Robles, Margarette May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet).

corresponde identificarlas si el caso ya ha tenido sentencia–, a las *presuntas víctimas* –cuando el caso aún está en trámite–, o *sus representantes*<sup>1264</sup>).

En lo que hace a la oficiosidad, aun cuando el texto convencional no lo indique en forma expresa, resulta claro que tales medidas, por su propia naturaleza (y al igual que ocurre con las cautelares en el ámbito de la CIDH), pueden ser adoptadas por la propia Corte cuando se tornen necesarias en asuntos que ya estén en su conocimiento. Además, así resulta corroborado explícitamente por el inciso 1 del artículo 27 e incluso ya se han dispuesto medidas provisionales bajo esta premisa (ver, por ejemplo, las medidas provisionales ordenadas oficiosamente al Estado guatemalteco en relación con el Caso Paniagua Morales y otros<sup>1265</sup>).

Naturalmente, siempre en el marco de asuntos ya en trámite ante dicho Tribunal, también podrá actuar a pedido de cualquiera de las partes mencionadas, no obstante, cuando dicha petición provenga de las víctimas, presuntas víctimas o representantes, tales medidas deberán guardar estricta relación con el objeto del caso (de lo contrario, mal podría afirmarse que se vinculen con un asunto que «esté conociendo», tal como exige la Convención). Es por ello que el inc. 3 del artículo 27 del Reglamento del Tribunal, al referirse a la posibilidad de que tales actores presenten directamente una solicitud de esta naturaleza durante el trámite de un caso contencioso, aclara que las medidas «*deberán tener relación con el objeto del caso*». Si así no fuera, no significa que no puedan adoptarse medidas de protección, sino más bien que en dicha hipótesis sólo podrán ser solicitadas por la CIDH (procedimiento previsto en el inc. 2 del referido instrumento).

Y es que, efectivamente, en aquellas hipótesis en que se requiera la adopción de medidas cautelares al margen de cualquier caso en trámite ante dicho Tribunal (lo que hipotéticamente, y conforme lo referido previamente, podría ocurrir incluso respecto de las propias víctimas de un caso, cuando –por ejemplo– la situación de potencial daño irreparable a su respecto tuviere su origen en acontecimientos sin ninguna relación con el objeto o trámite del mismo), la Corte no podrá actuar de oficio ni a solicitud de ningún otro actor distinto de la CIDH.

Este último organismo, claramente, siempre podrá solicitar a la Corte medidas provisionales, aun cuando estas no tengan ningún tipo de anclaje en un caso contencioso ante dicho Tribunal.

Las medidas urgentes son aquellas que pueden ser dispuestas por el presidente del Tribunal y encuentran sustento normativo expreso en el reglamento de la Corte IDH. Así, el Artículo 27 de ese cuerpo legal, que –como vimos– tiene por objeto regular las medidas provisionales dedica parte de su texto a las medidas de protección que puede adoptar el presidente de la Corte. En concreto, el inc. 6 señala que toda vez que la Corte no estuviere reunida, su Presidencia –en consulta con la Comisión

---

1264. Esta es la terminología utilizada por el inc. 3 del artículo 27 del Reglamento.

1265. Corte IDH. Caso *Paniagua Morales y Otros y Vásquez y Otros Vs Guatemala*. Medidas provisionales. Resolución de 29 de enero de 2001.

Permanente (que está integrada por la Presidencia, la Vicepresidencia y demás Jueces que la Presidencia considere conveniente de acuerdo con las necesidades de la Corte<sup>1266</sup>) y, de ser posible, también en consulta con el resto del Tribunal– podrá requerir a los Estados que dicten las providencias urgentes necesarias para asegurar la eficacia de las medidas provisionales que eventualmente pueda disponer la Corte IDH en su próximo período de sesiones.

### **3. MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES: DIFERENCIAS INSUSTANCIALES E IDENTIDAD COMÚN**

Si bien cada una de las categorías enumeradas posee notas distintivas que las definen y les otorgan su propia especificidad, entendemos que ninguna de tales diferencias conduce a constatar una distinción sustancial, al menos entre medidas cautelares y provisionales, en tanto ambas –según se verá– comparten idéntica naturaleza. Distinto es el caso de las medidas urgentes a las que sí corresponde asignar ciertas características que las distinguen de las anteriores, según se señalará oportunamente. En lo que sigue se analizarán primero las diferencias entre estas medidas –procurando definir si efectivamente pueden considerarse insustanciales– (3.1.), para luego examinar sus aspectos comunes que, conforme lo adelantamos, resultan esenciales (3.2.).

#### **3.1. DISTINCIIONES**

Por razones de claridad expositiva, clasificaremos estas distinciones con base en los siguientes parámetros:

##### **i) Segundo el órgano emisor y la base normativa que expresamente las contempla**

Ya se ha hecho referencia al modo en que se distinguen las medidas de protección según el órgano que las adopta: la Comisión Interamericana –medidas cautelares–, la Corte IDH –medidas provisionales– o el presidente de la Corte –medidas urgentes–.

También se consignaron ya las diversas fuentes normativas que explícitamente recogen a unas y otras, lo cual permite clasificarlas entre aquellas de expresa base convencional –medidas provisionales– y las de fuente reglamentaria –medidas cautelares y urgentes–.

So pena de redundancia, y a tenor de lo anticipado al presentar las medidas cautelares, valga enfatizar que esta última clasificación se funda en la existencia o ausencia de una cláusula convencional *expresa* que recoja a unas u otras medidas. Y es que, como ya indicamos, asignar a las medidas de protección que adopta la CIDH una base normativa reglamentaria sólo implica considerar –a estos efectos– que no están *explícitamente* recogidas en la Convención, pero en modo alguno puede de allí extraerse que carezcan de base convencional o que sean una creación pretoriana

---

1266. Ver artículo 6 del Reglamento de la Corte IDH.

o reglamentaria –tal como han sostenido algunos posicionamientos críticos a este tipo de medidas–.

En efecto, recordemos que hace algunos años, en el marco del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema IDH, diversos estados concretaron una serie de cuestionamientos en torno al funcionamiento de dicho sistema de protección, la mayor parte de ellos dirigidos enfáticamente hacia la Comisión Interamericana<sup>1267</sup>. Fue en ese marco que el Consejo Permanente de la OEA dio creación al *Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH*.

Ahora bien, en lo que aquí respecta, valga recordar que muchos de las críticas dirigidas contra la CIDH se concentraron, precisamente, en el sistema de medidas cautelares. No es casual que la reforma reglamentaria que siguió a dicho proceso haya recogido ampliamente diversos aspectos vinculados con el funcionamiento de este tipo de medidas que hasta entonces no aparecían regulados de modo tan preciso y detallado<sup>1268</sup>.

Y si bien los cuestionamientos vinculados con la pretendida carencia de base convencional no formaron parte expresa de los reclamos que finalmente se plasmaron institucionalmente por parte de los Estados, lo cierto es que se trata de un tema que ha estado constantemente presente durante los últimos años, en diversas declaraciones de distintas autoridades de algunos de los Estados miembros. Posiblemente por ello, la Secretaría Ejecutiva de la CIDH se expresó enfáticamente sobre este particular en un documento de liminar relevancia que fue presentado ante el Consejo Permanente y ante el Grupo especial antes aludido, en su reunión de fecha 29 de noviembre de 2011<sup>1269</sup>. Aun cuando escapa al objeto y límites de este artículo una reseña adecuada de los múltiples argumentos que sustentan esta facultad de la CIDH, baste cuanto con menos con señalar que en el citado documento, entre otras cosas, se explicita que la posibilidad de adoptar estas medidas es inherente al mandato de promoción de la observancia y defensa de los DDHH que la Carta de la OEA asigna a la CIDH, se alude al reconocimiento que aquellas han tenido por parte de la Asamblea General, de los Estados miembros y de la Corte IDH, al respaldo que encuentran en la sociedad

- 
1267. Aunque excede el propósito de esta obra, valga referir que gran parte de tales cuestionamientos tuvieron por verdadero objetivo el debilitamiento del Sistema IDH y no su fortalecimiento, como pretendidamente se presentaba dicho proceso. Y en este marco, corresponde advertir que las críticas que válidamente puedan –y deban– formularse tanto a uno como a otro órgano del Sistema con miras a poner en discusión diversos aspectos de su funcionamiento (debate que siempre será bienvenido en tanto tenga por franca finalidad su desarrollo y optimización); deben ser distinguidas de aquellas que –motivadas en coyunturas políticas o desavenencias estatales con ciertas decisiones adoptadas por la Corte IDH o la CIDH– constituyan verdaderos embates dirigidos a su deslegitimación.
1268. En efecto, la respuesta institucional de la CIDH a todo este proceso se plasmó en «Resolución 1/2013» –«Reforma del reglamento, políticas y prácticas», que –junto a otras modificaciones que escapan al interés de esta investigación– introdujo algunas reformas al ya citado artículo 25 del Reglamento de la CIDH (que regula las medidas cautelares).
1269. El documento puede consultarse en: <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=GT/SIDH/INF.&classNum=43&lang=t>.

civil y en los beneficiarios, al hecho de que todos los sistemas de protección de DDHH cuentan con mecanismos similares de protección (en el entendimiento de que estas resultan inherentes al ejercicio de sus funciones y jurisdicción); y al respaldo que tales medidas encuentran en los poderes implícitos establecidos en la Carta de la OEA, en el Estatuto de la CIDH, y en la propia CADH<sup>1270</sup>.

En definitiva, de lo aquí expresado, surge con claridad que, si bien las medidas provisionales y cautelares pueden efectivamente ser distinguidas en función del carácter expreso o implícito de su recepción convencional, tal distinción no resulta sustancial.

### **ii) Requisitos para su adopción**

Son tres los requisitos que deben verificarse para la adopción de las medidas de protección en el marco del Sistema Interamericano y, conforme ha señalado la Corte IDH todos ellos deben constatarse en forma conjunta<sup>1271</sup>: *a)* gravedad –en el caso de las medidas cautelares– o extrema gravedad –en las provisionales y urgentes<sup>1272</sup>; *b)* urgencia; y *c)* necesidad de evitar daños irreparables a las personas. Éstos surgen del ya citado Artículo 63 2do párrafo de la Convención Americana y de las normas pertinentes de los Reglamentos de la Corte IDH y la CIDH –artículos 27 y 25 respectivamente–. Teniendo en cuenta que los dos últimos requisitos no ofrecen mayores matices entre las diversas medidas, resta sólo determinar si la diferencia en la intensidad de la gravedad que parecen exigir, las medidas cautelares, por un lado, y las provisionales y urgentes por el otro, responde o no a diferencias relevantes en la naturaleza de cada una de ellas.

La gravedad ha sido definida por Sergio García Ramírez como «*severidad del daño inminente, profundidad; en otros términos, alcance profundo o intenso de la lesión que puede inferirse al derecho o al bien jurídico que éste ampara*»<sup>1273</sup>. Por su parte, en lo que

1270. Finalmente, no puede soslayarse que, además de lo dicho, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, terminó por dar base convencional expresa a las medidas cautelares –el menos en el ámbito de acción que aquella supone–, en tanto su artículo XIII alude específicamente a este mecanismo.
1271. En efecto, la Corte ha sido constante al señalar que «*[e]stas tres condiciones [i] “extrema gravedad”; ii) “urgencia”, y iii) que se trate de “evitar daños irreparables a las personas”] son coexistentes y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal*». Corte IDH. Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros respecto Panamá. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010; párr. 4.
1272. En efecto, mientras el reglamento de la CIDH exige para la adopción de medidas cautelares la constatación de situaciones de «gravedad», tanto la Convención como el Reglamento de la Corte señalan que las medidas provisionales suponen la verificación de una situación de «extrema gravedad» (en lo que hace a las medidas urgentes, éstas exigen los mismos requisitos que las medidas provisionales, en tanto sólo tienen por objeto asegurar la eventual adopción de estas últimas).
1273. GARCÍA RAMÍREZ, S., La jurisdicción Interamericana (estudios), México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, p. 248.

constituye una novedad respecto de sus anteriores redacciones, la última reforma reglamentaria de la Comisión introdujo sus propias definiciones de los requisitos de admisión para las medidas cautelares, conceptualizando a la «*gravedad de la situación*» como «*el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano*» (inc. 2.a del Artículo 25). Valga mencionar que el requisito de la «*gravedad*» no estaba presente en el Reglamento de la CIDH de 1980 (que fue, como ya se dijo, el que *codificó* estas medidas que en la práctica venían adoptándose desde mucho antes), siendo introducido a partir del Reglamento del año 2000.

Ahora bien, volviendo sobre la diferencia referida a la intensidad de la gravedad (*extrema* o no, según el caso), entendemos relevante dejar asentadas dos ideas centrales: a) en primer término, se trata de una distinción de muy difícil aplicación práctica y escasamente susceptible de responder a parámetros preestablecidos o estándares generales y, b) tal diferencia en todo caso no pasaría de configurar una delimitación de «*grados*» que, precisamente por ello, no arroja en este punto una distinción ontológica entre unas y otras medidas.

El primer postulado resulta de meridiana claridad. No sólo hasta el momento no han sido definidos estándares que permitan delimitar un supuesto de otro, sino que ello resultaría prácticamente inviable atento a que una valoración de ese nivel sólo parece posible casuísticamente. Es cierto que la Corte, a través de las decisiones adoptadas con relación a medidas provisionales ha ido dotando de contenido al requisito de extrema gravedad, pero ello no ha sido realizado sobre la base de distinguir tales hipótesis de aquellas de «*mera*» gravedad.

Ahora bien, si la distinción es difícilmente perceptible, cabe preguntarse cuál es la razón que motivó el parcial apartamiento que la CIDH realizó en su reglamento, al suprimir de la gravedad exigible para la adopción de medidas cautelares la intensidad «*extrema*» que la Convención prevé para las medidas provisionales. Resulta claro que ello no puede tener otro sentido que el de expresar la mayor amplitud de la que goza la CIDH en la adopción de sus propias medidas de protección. En definitiva, se trata más de un posicionamiento político-institucional que de una diferencia científica verificable que permita definir umbrales diversos respecto de la intensidad de la gravedad exigible para la adopción de unas u otras acciones de tutela<sup>1274</sup>.

Este mayor margen de acción de la CIDH encuentra fundamento en el carácter de aquella como órgano principal de la OEA<sup>1275</sup>, lo cual explica que se encuentre dotada de funciones diversas y de mayor amplitud que las de la Corte IDH, en razón de la misión que le fue encomendada de «*promover la observancia y la defensa*

1274. En este mismo sentido, ver GARCÍA RAMÍREZ, S., La jurisdicción Interamericana (estudios), México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, p. 247.

1275. V. artículo 53 de la Carta de la OEA.

*de los derechos humanos»* (artículo 106 de la referida Carta). Por lo demás, esta mayor amplitud de acción en el ámbito tutelar no es la única expresión de las diversas facultades que la CIDH tiene en comparación con la Corte IDH. Como ejemplo de ello valga mencionar que la CIDH posee amplias funciones «políticas»<sup>1276</sup>, de las cuales carece la Corte IDH.

Por último, parece necesario determinar si esta mayor flexibilidad de que goza la CIDH en la adopción de sus propias medidas impacta de algún modo en la intensidad de la protección que aquellas brindan –en relación con la tutela que ofrecen las medidas provisionales dispuestas por la Corte IDH–. Algunos elementos de análisis parecerían indicar que la amplitud de acción de la CIDH en esta materia es inversamente proporcional al nivel de protección que sus medidas otorgan, mientras que las mayores exigencias para la adopción de medidas provisionales se corresponderían con un nivel de protección relativamente mayor que se alcanzaría con éstas. Ello en tanto, primero pretorianamente y luego reglamentariamente, la propia Comisión IDH parece haber aceptado estos diversos «niveles» de protección. En efecto, si así surgía con sólo atender a su práctica frecuente de recurrir a la Corte IDH tras verificar que una medida cautelar no había surtido los efectos de protección buscados<sup>1277</sup>, esa conclusión parece reforzarse al analizar la última reforma reglamentaria, en tanto el Artículo 76 del citado instrumento –norma por medio de la cual la Comisión regula sus propios criterios de acción frente a las solicitudes de medidas provisionales– postula que la CIDH «considerará los siguientes criterios para presentar la solicitud de medidas provisionales: a. cuando el Estado concernido no haya implementado las medidas cautelares otorgadas por la Comisión; b. cuando las medidas cautelares no hayan sido eficaces (...)»<sup>1278</sup>.

No obstante, lo anterior, estimamos que esta aparente distinción entre los niveles de protección que ofrecerían unas y otras medidas tampoco resulta sustancial para asignarles una naturaleza diversa. En primer término, debe señalarse que aún de asumirse que, desde el plano teórico, pudiere reconocerse a unas y otras diversos niveles de protección, ello no sería sino –nuevamente– una cuestión de grados en

---

1276. Al respecto, ver NOLI, M., «Las funciones políticas de la CIDH. Particular enfoque en los mecanismos implementados en ocasión del golpe de Estado en Honduras», en Revista Internacional de Derechos Humanos, (2011), Año 1, número 1.

1277. Por poner un ejemplo, tal fue lo ocurrido en las medidas provisionales adoptadas con relación a la Cárcel de Urso Branco. Ver Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Federativa del Brasil, Caso de la Cárcel de Urso Branco.

1278. Sin perjuicio de ello, valga aclarar que la CIDH puede solicitar medidas provisionales sin haber previamente dispuesto medidas cautelares (así incluso lo indica ahora expresamente el inc. «d» de la norma mencionada (artículo 76 reglamentario), al señalar que aquellas podrán ser requeridas «cuando la Comisión lo estime pertinente al mejor efecto de las medidas solicitadas, para lo cual fundamentará sus motivos») y, por supuesto, la Corte puede adoptar dichas medidas sin existencia previa de un trámite cautelar ante la CIDH –siempre que se den los demás requisitos de procedibilidad.

la intensidad de una tutela sustancialmente idéntica. Pero por, sobre todo, estimamos que esa aparente diferencia carece en realidad de fundamentos teóricos que la respalden, en tanto esos diversos niveles de protección que hoy parecerían verificarse en la práctica no responden más que a la cuestionable respuesta diferenciada que los Estados dan a uno y otro tipo de medidas. No hay entre unas y otras una relación jerárquica. En definitiva, lejos de ser una distinción científica que deba ser atendida, constituye una práctica que resulta imperante corregir.

La aludida recepción reglamentaria del fracaso o ineficacia de las medidas cautelares como criterio de valoración para solicitar medidas provisionales no contradice estas afirmaciones. Así, en el referido artículo 76 no debe leerse la aceptación por parte de la CIDH de una diferencia teórica plausible en los niveles de protección de unas y otras medidas, sino más bien una respuesta pragmática de aquel organismo frente a una realidad que lo compele a ceder terreno en la eficacia de sus propias medidas si ello supone una mayor salvaguarda de los derechos fundamentales<sup>1279</sup>.

### **iii) Sujeto pasivo**

Otra diferencia que debe agregarse a las ya reseñadas, es la vinculada con el sujeto pasivo contra el cual pueden dirigirse unas u otras medidas. Al respecto, entendemos que mientras las medidas cautelares pueden ser adoptadas por la Comisión con respecto a todos los Estados que forman parte de la OEA, las medidas provisionales –y, por tanto, también las urgentes– sólo podrán ser dispuestas respecto de Estados parte de la Convención que, además, hayan *aceptado la competencia de la Corte* –esto último, en los términos y con el alcance que en este apartado se precisará.

Valga aclarar que la delimitación del sujeto pasivo en el caso de las medidas provisionales no ha estado libre de controversias. En tal sentido, pueden constatarse dos posiciones: una que podría denominarse «amplia» –que postula que aquellas pueden adoptarse respecto de todos los Estados parte de la Convención, hayan o no aceptado la competencia de la Corte IDH– y otra «restringida» –que exige esta última condición–. Tal es el debate que sobre este aspecto se ha suscitado entre Felipe González y Héctor Faúndez Ledesma. Y ello resulta de suma relevancia aquí, en tanto esa discusión sobre el sujeto pasivo se ha formulado en estricta vinculación con la cuestión de la autonomía o accesoriiedad de las medidas provisionales respecto del ámbito contencioso, aspecto que resulta determinante para el objeto planteado en este trabajo y sobre el cual volveremos luego.

Para reseñar esta controversia, baste una breve transcripción del análisis que sobre este particular formula el primero de los nombrados en su artículo «Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos» –en el que alude críticamente a la posición de Faúndez Ledesma–. Allí, el ex Comisionado de la CIDH señala: «(....) el criterio que han mantenido la Comisión y la Corte es que sólo se

---

1279. Al respecto, y en tanto excede el propósito de esta obra profundizar sobre este punto, baste aquí con señalar que los diversos principios que rigen una y otra categoría de medidas suponen un carácter vinculante sustancialmente similar.

*pueden solicitar medidas provisionales respecto de aquellos Estados que hayan reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte. Faúndez Ledesma ha afirmado que ello podría hacerse extensivo a todos los Estados que hayan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos», independientemente de si han o no reconocido la mencionada jurisdicción. Al respecto, el autor en análisis resalta el hecho de que «en el sistema interamericano, esta institución [las medidas provisionales] encuentra aplicación no sólo como un incidente en un procedimiento judicial ya en curso ante el tribunal, sino que también puede ser el resultado de una solicitud de la Comisión en un asunto aún no sometido ante la Corte», agregando que «las medidas provisionales no forman parte de la competencia contenciosa de la Corte, sino de sus competencias como órgano de protección de los derechos humanos (...)» (FAÚNDEZ LEDESMA, 2004, p. 520). El argumento no resulta del todo convincente, puesto que la Convención Americana contempla las medidas provisionales en el contexto de casos contenciosos pendientes ante la Corte o susceptibles de llegar a conocimiento de ésta, evento este último que no podrá tener lugar si el Estado respectivo no ha reconocido su jurisdicción contenciosa. Distinta es la situación de las medidas cautelares de la Comisión, concebidas explícitamente en el ámbito más amplio de las diversas funciones de este órgano (...))»<sup>1280</sup>.*

En definitiva, Faúndez Ledesma –para quien la competencia tutelar es independiente de la contenciosa– concluye que bastaría con que el Estado contra el cual se dirijan tales medidas de protección sea parte de la Convención –en tanto el reconocimiento de competencia de la Corte es, para dicho autor, un requisito estrictamente vinculado al plano contencioso; mientras que Felipe González en pos de rehusar que tales medidas puedan adoptarse con relación a Estados que no han reconocido la competencia de la Corte termina por negar la autonomía de las medidas provisionales–.

Ahora bien, sin perjuicio de que concordamos con Felipe González en su postulado final –esto es, que las medidas provisionales sólo pueden adoptarse contra Estados que han reconocido la competencia de la Corte–, disentimos con el razonamiento a partir del cual llega a esa conclusión. En primer término, estimamos desacertado afirmar que las medidas provisionales están contempladas en la Convención «en el contexto de casos contenciosos pendientes ante la Corte o sucesibles de llegar a conocimiento de esta»<sup>1281</sup>, en tanto lo cierto es que pueden adoptarse con total

1280. GONZÁLEZ, F., «Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», Revista Internacional de Derechos Humanos. SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos, p. 52 [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26957.pdf>].

1281. Cabe aclarar que, en este punto vinculado con la autonomía que las medidas provisionales pueden o no tener respecto de asuntos contenciosos, el citado jurista parece haber seguido la antigua posición de la Corte –por la cual exigía al menos la existencia de una petición presentada ante la CIDH–, posición que fue superada por el propio Tribunal ya en el año 2008, a partir del precedente que podemos considerar *«leading case»* en la materia, esto es el asunto: «Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II» (Ver: Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008, Solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Bolivariana de Venezuela, Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II, considerando No. 9). Sin perjuicio de que profundizaremos sobre esto más

independencia de una petición o caso en trámite ante el Sistema<sup>1282</sup> –para el análisis que aquí nos ocupa, vinculado con el sujeto pasivo contra el cual pueden dirigirse, baste con dejar planteada esta autonomía, sin perjuicio de que desarrollaremos este aspecto con mayor profundidad más adelante. Así, y en tanto la autonomía total es posible en ciertos supuestos, o bien se llega a la misma conclusión que Faúndez Ledesma o bien se aborda el análisis desde otras variables que puedan conducir a la solución que el jurista chileno propone– y es que, como se indicará, no es necesario negar la autonomía de las medidas provisionales para llegar a una tesis restrictiva del sujeto pasivo en el plano tutelar.

En cuanto a la posición asumida por Faúndez Ledesma, si bien coincidimos en la autonomía que dicho autor reconoce a las medidas provisionales –en tanto delimita, claramente, una competencia tutelar que debe ser distinguida de la contenciosa–, entendemos que resulta errado derivar de allí una expansión del sujeto pasivo que conduzca a afirmar que aquellas pueden ser adoptadas respecto de Estados que no han reconocido la competencia de la Corte.

Y es que, en definitiva, entendemos que ambas posiciones equivocan las premisas del silogismo en que fundan sus razonamientos, toda vez que la respuesta a dicha interrogante –esto es, la dilucidación de si el Estado respecto del cual se procura adoptar una medida provisional debe haber reconocido o no la competencia de la Corte– no puede ser satisfecha exclusivamente a partir de la autonomía que pueda o no asignarse a este mecanismo de protección respecto de la competencia contenciosa.

En efecto, el error radica, en nuestra opinión, en que ambos autores presuponen que la exigencia de reconocimiento de competencia por parte de los Estados se limita sólo al ámbito contencioso del Tribunal, sin examinar detalladamente si –aun aceptando la autonomía tutelar respecto de la contenciosa– podría ser una condición para el ejercicio de ambos tipos de competencia.

En otras palabras, siguen apreciando ese requisito en forma dual: si se trata del ámbito consultivo no se exigiría el reconocimiento de la competencia de la Corte

---

adelante, adelantamos nuestra opinión en el sentido de que la jurisprudencia anterior de la Corte –y que en este punto parece seguir el autor– resultaba equívoca en tanto el artículo 63 *in fine*, cuando alude a la posibilidad de que la Corte adopte medidas de protección –a solicitud de la CIDH– en «asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento», no exige que esos asuntos sí lo estén ante el otro órgano del Sistema –exigencia que, además, desnaturalizaría su carácter verdaderamente *tutelar*, y que es precisamente en el que se funda la actual posición del Tribunal y que postulamos como acertada en esta obra.

1282. Además del *supra* citado «Asunto del internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II», véanse también, entre otros: Corte IDH. *Asunto B. respecto de El Salvador*. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013; Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de febrero de 2010, Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Venezuela, Asunto Natera Balboa; y Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2009, Medidas provisionales respecto de Venezuela. Asunto Guerrero Larez.

(artículo 64) y si, por el contrario, estamos frente a la competencia contenciosa aquél sí será necesario (artículo 62).

Esto parece explicar la solución a la que llega Felipe González, quien pese a que durante el desarrollo de la obra citada señala diversos elementos que *prima facie* deberían conducirlo a afirmar que se está frente a una competencia verdaderamente independiente de la contenciosa, termina concluyendo que sigue vinculada a esta última. Entendemos que el modo en que se fuerza este último argumento se motiva en que, para dicho autor, sólo siendo parte de la competencia contenciosa podría exigírsela a la adopción de tales medidas el previo reconocimiento de la competencia de la Corte. En otras palabras, si el autor procuraba concluir –en forma intuitivamente correcta y en consonancia con la práctica de la Comisión y la Corte– que las medidas provisionales sólo podían adoptarse respecto de Estados que hubieren realizado el reconocimiento previsto por el Artículo 62, no podía sino afirmar que dicha competencia no se encuentra en realidad separada completamente de la contenciosa –toda vez que, para este autor, sólo la competencia contenciosa de la Corte está limitada por dicho reconocimiento.

A *contrario sensu*, Faúndez Ledesma, que correctamente sostiene la independencia de esta competencia que él denomina «cautelar», concluye afirmando que –en razón de esa autonomía– no le resulta aplicable el requisito del reconocimiento previo del artículo 62 –en tanto, evidentemente y al igual que Felipe González–, entiende que dicha exigencia se aplica «sólo» a la competencia contenciosa.

En definitiva, la posición que aquí asumimos radica en señalar que si bien la competencia «tutelar» de la Corte debe distinguirse de la contenciosa (aspecto que analizaremos en mayor profundidad en los acápite subsiguientes) –y con más razón de la «consultiva»–, lo cierto es que se encuentra también alcanzada por el requisito del previo reconocimiento de la competencia de la Corte contenido en el artículo 62.

Y es que, como podrá advertirse, la citada norma no alude expresamente al plano *contencioso* al exigir el reconocimiento estatal como pauta para la competencia de la Corte. La expresión «competencia contenciosa» ha sido delimitada por la doctrina al interpretar la exigencia que contiene el referido artículo 62, que –en realidad– requiere que los estados reconozcan la competencia de la Corte *para conocer de todos los “casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”*. En definitiva, lo que corresponde determinar es si la referencia convencional a «“casos”» se restringe sólo al ámbito contencioso o si en esa expresión puede –y debe– considerarse comprendida la competencia tutelar<sup>1283</sup>.

---

1283. Tanto Faúndez Ledesma como Felipe González limitan esa expresión al plano contencioso. Es precisamente por ello que el primero –frente a lo que entiende como ausencia de norma expresa que exija idéntico reconocimiento para el plano tutelar (que reconoce como autónomo)– concluye que la Corte puede adoptar medidas provisionales al margen del previo reconocimiento estatal de competencia del Tribunal, asimilándolo a lo que ocurre con la competencia consultiva. Y precisamente también por ello es que Felipe González, para no llegar a idéntica conclusión, termina –en definitiva– por asimilar la competencia tutelar a

Para interpretar adecuadamente la extensión de la exigencia convencional contenida en el artículo 62, entendemos corresponde acudir por un lado la propia naturaleza de estas medidas y, por el otro, al razonamiento trazado por la propia Corte al delimitar las diferencias entre sus competencias consultiva y contenciosa, en tanto de allí podrán desprenderse criterios que permitan arribar a una mejor solución.

En tal sentido, valga recordar que en su opinión consultiva OC-15/97 la Corte, al referirse a las diferencias entre sus facultades consultivas y contenciosas, señaló que en las primeramente mencionadas «*no existen partes involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver*» – luego, en forma aún más determinante indicó: «*consecuentemente (...) el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso*»<sup>1284</sup>. Entendemos que es precisamente en estas características que radica la exigencia del reconocimiento previo de competencia para el ejercicio de su función contenciosa y, si se tiene en cuenta que tales características se encuentran también presentes en la competencia tutelar, será precisamente allí donde deberá fundarse idéntica exigencia para esta «tercera» competencia del Tribunal Interamericano.

En definitiva, de lo expuesto pueden desprenderse dos ideas principales: *a)* la particular naturaleza de la competencia consultiva de la Corte –en concreto su carácter no litigioso y multilateral– es la que define que pueda ser ejercida respecto de todos los Estados partes de la OEA y la que motiva su regulación específica en el artículo 64, con la amplitud que dicha norma prevé; y *b)* las competencias contenciosa y tutelar (términos que surgen de construcciones doctrinarias y pretorianas, en tanto no existen como tales en la Convención) se encuentran supeditadas al previo reconocimiento que el Estado respecto del cual pretendan ejercerse haya hecho de la competencia de la Corte, en tanto ambas comparten –al menos en lo sustancial– las características comunes que las distinguen por igual de la competencia consultiva –ambas tienen partes definidas y carácter litigioso–. En definitiva, una y otra deben entenderse comprendidas por la referencia a «casos» que recepta el ya citado artículo 62.

Es cierto que podría decirse que el carácter litigioso no tiene en las medidas provisionales el mismo tenor que en los casos contenciosos, pero difícilmente pueda negarse que –con sus propias características– sí existen intereses en litigio –el vinculado al beneficiario respecto de quien se procura el amparo internacional y el referido al respectivo Estado que *prima facie* no adoptó debidamente esa protección en su fuero doméstico. En todo caso, lo que está claro, es que el sistema de medidas provisionales tiene efectos concretos sobre individuos determinados o determinables (al igual que los asuntos contenciosos) y determina acciones a cargo

---

la contenciosa, a efectos de exigir para aquella la misma condición que, según entiende, la CADH prevé para esta última.

1284. Corte IDH. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15; párrs. 25 y 26.

de un Estado en concreto (tal como ocurre con aquellos). Ambas competencias se distinguen así de la competencia consultiva cuyo único propósito, según surge de la propia convención y conforme lo ha ratificado el Tribunal Interamericano «*es la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (...)*»; como dijimos este carácter multilateral y no litigioso –en opinión de la corte– *está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo Artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los «Estados Miembros»*<sup>1285</sup> –algo impensable en las competencias contenciosa y tutelar–.

En definitiva, en el ámbito de la Corte el ejercicio de las medidas de protección se limita a aquellos Estados que hayan ratificado la Convención Americana y que hayan aceptado la competencia de la Corte en los términos del art. 62 del citado instrumento; mientras que en el ámbito de la Comisión podrán dirigirse contra todos los Estados parte de la OEA. Por último, y en lo que hace al carácter esencial o insustancial de esta diferencia, resulta evidente que el diverso alcance en torno al sujeto pasivo de unas y otras medidas responde exclusivamente al ámbito de acción –también diverso– que cada uno de esos órganos del Sistema presenta, lo cual en nada commueve la naturaleza sustancialmente idéntica de ambas categorías.

#### **iv) Aspectos comunes – naturaleza compartida**

Como ha sido señalado, las diferencias *supra* apuntadas no arrojan una distinción ontológica entre medidas cautelares y provisionales. Por el contrario, del análisis realizado surge con claridad que ambas categorías de medidas poseen una esencia común (como se dijo, distinto es el caso de las medidas urgentes que sí revisten una naturaleza parcialmente diversa, por lo cual dedicaremos a estas un apartado específico).

#### **v) Conceptualización y la denominación que entendemos corresponde asignarles**

Para comprender a cabalidad la naturaleza esencialmente *tutelar* que estas medidas poseen en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es preciso referirnos –someteramente– a su origen y desarrollo general en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en pos de comprender más acabadamente la especificidad que éstas han adquirido en el citado sistema regional. Cabe insistir en que, lejos de cualquier pretensión de profundidad, se abordarán los aspectos estrictamente elementales de esta evolución, al sólo efecto de enmarcar el planteo sobre su naturaleza que aquí nos ocupa.

Para ello, debemos en primer término recordar que estas medidas –al igual que ocurre, en general, con todo el andamiaje del Sistema de Derecho Internacional– tuvieron su origen en el derecho interno de los Estados y de allí fueron trasladadas primeramente al Derecho Internacional y luego, específicamente, al Derecho

---

1285. *Ibidem*, párr. 26.

Internacional de los Derechos Humanos, siendo este último el ámbito en el cual adquirirían una especificidad propia de carácter eminentemente tutelar<sup>1286</sup>.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado reiteradamente que «(e)n el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas»<sup>1287</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de que la conceptualización transcripta constituye una aproximación hacia la correcta delimitación del carácter tutelar de estas medidas, entendemos que la redacción escogida por el Tribunal puede conducir aún a cierta confusión sobre su verdadera naturaleza. Ello resulta relevante en tanto, si bien en oportunidades posteriores la Corte ha definido esa naturaleza tutelar con expresiones que despejan toda duda, lo cierto es que la frase transcripta continúa siendo mantenida en otras múltiples decisiones (incluso en aquellas que, como hemos señalado, enfatizan la total autonomía que estas medidas pueden tener respecto de casos contenciosos en trámite ante uno y otro órgano del Sistema<sup>1288</sup>). Es la persistencia de esta expresión lo que motiva el análisis que subsiguentemente abordamos.

- 
1286. Esto ha sido profundamente desarrollado por Cançado Trindade, conforme lo reseñan Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya. V. REY CANTOR, E. y REY ANAYA, M., *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Edit. Temis S. A., 2005, pp. 155 y ss.
1287. *Inter alia*, Corte IDH. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 2010 Medidas Provisionales respecto de Honduras, Asunto Gladys Lanza Ochoa, considerando 6.
1288. Tal es el caso de lo ocurrido, por ejemplo, con el ya citado «Asunto B» respecto de El Salvador, medida que pese a ser dispuesta –justamente con base en el carácter tutelar– en forma totalmente independiente de la existencia de algún caso o petición ante el SIDH, preserva la expresión en cuestión. Sin embargo, cabe también decir que en este caso esa conceptualización –que estimamos equívoca– se ve matizada por el desarrollo conceptual introducido inmediatamente después (lo cual no se observa necesariamente en todas las decisiones y, entendemos, tampoco alcanza para subsanar completamente las imprecisiones de las definiciones que la anteceden). En efecto, en el ya citado «Asunto B», respecto del Salvador, se señala: «*Esta Corte ha establecido que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. El carácter cautelar de las medidas provisionales está vinculado al marco de los contenciosos internacionales. En tal sentido, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, y de esta manera evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Las medidas provisionales permiten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, en su caso, proceder a las reparaciones ordenadas. En cuanto al carácter tutelar, esta Corte ha señalado que, siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas.*

### vi) Problemas en su conceptualización

En primer término, corresponde advertir que al indicarse que tales medidas tienen un carácter «no sólo cautelar», pareciera afirmarse que, que aun cuando pudieren tener «además» algún otro, no dejan de revestir aquel. En otras palabras, tal expresión podría conducir a afirmar que, *prima facie*, esa naturaleza «cautelar» es inherente a las medidas.

Pues bien, si ese carácter –aparentemente inherente– de cautela es definido en función de su finalidad de «preservar una situación jurídica», pareciera que –más allá de los esfuerzos de la corte por adjetivar como «fundamental» su naturaleza «tutelar»– lo cierto es que la definición propuesta podría no arrojar una distinción sustancial entre estas medidas y aquellas propias del derecho interno que les dieron origen, en tanto continúan siendo *cautelares*– en el sentido que tradicionalmente se da a este término, es decir en su función preventivo-procesal.

Bajo esta óptica, la naturaleza «tutelar» sólo podría explicarse en tanto tales medidas *cautelan* un proceso que tiene por finalidad la protección de Derechos Humanos, con lo cual la distinción con aquellas que regula el derecho doméstico no sería tal, en tanto la diferencia existiría sólo en el proceso contencioso cuya protección procuran. En otras palabras, la naturaleza tutelar no sería más que una cualidad «aditiva» a la que seguiría siendo su característica principal, esto es, la asegurar los fines de un proceso y, si esto fuere así, debería en realidad concluirse que ese carácter tutelar no corresponde a la medida provisional sino al proceso litigioso cuyos fines aquella procura asegurar. Seguir este razonamiento en forma consecuente, conduciría finalmente a vaciar de contenido al carácter «tutelar» de las medidas provisionales.

No obstante, según ya hemos adelantado, resulta evidente que ese carácter cautelar de tenor preventivo procesal se encuentra manifiestamente ausente en numerosos supuestos, en los cuales se adoptan medidas cautelares o provisionales sin vinculación alguna con un caso ante la Corte o con una petición ante la CIDH<sup>1289</sup>. En estas hipótesis, mal podría decirse que se está «preservando una situación jurídica», en tanto lisa y llanamente se están salvaguardando derechos en forma preventiva. Es cierto que aún en tales supuestos podría decirse que se está preservando una situación jurídica si se entiende por esto la evitación de una vulneración de derechos, sin embargo, no parece ser ese el sentido que ha pretendido darle el Tribunal a dicha expresión. Por el contrario, y pese a que la Corte, al menos en los pronunciamientos adoptados a partir del *leading case* en esta materia (Asunto del

---

*irreparables a las personas*» (Corte IDH. Asunto B. respecto de El Salvador. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013, considerando 5).

1289. Con relación a este tópico en el ámbito de la Corte, véase lo consignado *supra* en notas al pie. En lo que hace al ámbito de la Comisión, y a título meramente ejemplificativo de la autonomía que tales medidas pueden tener respecto de un trámite contencioso, valga mencionar: CIDH MC 196/09-Honduras, de 28 de junio de 2009 y ampliaciones.

Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II del año 2008)<sup>1290</sup>, ha procurado dejar en claro la naturaleza esencialmente tutelar que tales medidas tienen y, con ello, su posible autonomía absoluta de un trámite contencioso, parece claro que la conceptualización consignada continúa impregnada de la noción preventista vinculada al aseguramiento de los fines del proceso.

Observamos que, con algunas salvedades, tampoco la doctrina se ha hecho eco de mayores precisiones. En tal sentido, y como ya hemos señalado, si bien Felipe González en su obra ya citada parece enrolarse en el carácter verdaderamente tutelar de estas medidas, lo cierto es que -al contrastar la posición de Rey Cantor con relación al sujeto pasivo contra el cual pueden dirigirse- termina vinculándolas al plano preventivo procesal. Si bien, como ya dijimos, el citado jurista parece dar este giro para evitar concluir que una medida provisional pueda ser dirigida contra todos los Estados de la OEA –pese a que, como señalamos, entendemos que no era necesario este razonamiento para llegar a idéntica conclusión–, lo cierto es que dicha premisa no logra limitarse a la discusión sobre el sujeto pasivo y termina gravitando sobre su propia conceptualización del carácter tutelar, afirmando que estas medidas están contempladas «en el contexto de casos contenciosos pendientes ante la Corte o susceptibles de llegar a conocimiento de esta». Incluso, entendemos que es esta misma contramarcha sobre sus postulados iniciales la que conduce al autor a dar una respuesta negativa a una de las preguntas que impulsa su trabajo, consistente a dilucidar si las medidas provisionales constituyen o no un verdadero «amparo» interamericano.

También puede aludirse aquí al abordaje que a este respecto formulan Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya<sup>1291</sup>, en tanto si bien coincidimos con el autor y la autora en el análisis que realizan sobre algunos de los aspectos abordados en su obra –tales como la ausencia de motivación científica que permita distinguir entre medidas cautelares y provisionales, la enumeración de muchas de sus características, etc.–, no podemos hacerlo en la conceptualización que aquellos hacen de esta categoría, la que elaboran a partir de los criterios clásicos sostenidos por Piero Calamendrei.

Y es que si bien el concepto de «providencia cautelar» desarrollado por el procesalista italiano –y que Rey Cantor y Rey Anaya siguen– describe satisfactoriamente muchas de las características que toda medida de naturaleza cautelar tiene (incluso aquellas que se enmarcan en el sistema Interamericano) –tales como prevención, urgencia, provisoriedad, etc.–, lo cierto es que trasladar sin más aquella conceptualización para explicar la jurisdicción tutelar de la Comisión y la Corte IDH resulta inviable en tanto, por la autonomía que estas últimas pueden tener en ese ámbito con relación a un caso contencioso, existirán medidas que no podrán ser abarcadas por aquella definición<sup>1292</sup>. Como muestra de ello, baste señalar que cuando el autor

1290. Ver *supra* nota al pie.

1291. V. REY CANTOR, E. y REY ANAYA, M., *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Edit. Temis S. A., 2005, pp. 147 y ss.

1292. Cabe señalar que, pese al déficit conceptual aquí apuntado, al final de su obra los citados autores dedican un acápite a la autonomía de las medidas, en el cual dejan en claro que

y la autora se preguntan por el interés específico en la adopción de estas medidas, responden con palabras de Calamendrei que «*ese interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (periculum in mora)*» – luego, a partir de ese *periculum in mora* construyen toda su conceptualización de esta categoría de medidas. Valga reiterar que la sola posibilidad de que se adopten medidas de protección al margen de cualquier «*providencia jurisdiccional definitiva*», resulta *per se* suficiente para desechar un concepto como el esbozado.

Por el contrario, entendemos que, si se pretende extraer una conceptualización adecuada dentro del esquema teórico del procesalista italiano, habría que recurrir a la distinción que aquél formula entre «*tutela preventiva*» y «*tutela cautelar*», categorías entre las cuales –según señala– existe una relación de género a especie. En efecto, dicho autor define a la primera categoría –*tutela preventiva*– como aquella tutela jurisdiccional que «*en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada*», para luego señalar que en el caso de la *tutela cautelar* no basta ese criterio preventivo ni tampoco la urgencia de tales medidas, sino que resulta necesario que a esos dos elementos «*se añada un tercero, que es en el que propiamente reside el alcance característico del periculum in mora, esto es, hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta*»<sup>1293</sup>.

Es decir, si en el Sistema Interamericano existe la posibilidad de adoptar medidas con total independencia de una sentencia de fondo –que pueda o no demorarse–, resulta evidente que el *periculum in mora* en los términos definidos por Calamendrei para las medidas cautelares clásicas no se verifica en todos los supuestos. Por ello, si se pretende recurrir a esa base teórica, entendemos que, en todo caso, la competencia tutelar del Sitsema IDH sería mejor explicada bajo el concepto de «*tutela preventiva*»<sup>1294</sup>.

A su vez, en desarrollos realizados por otros juristas que se han ocupado de este tópico, advertimos también ciertas dificultades para conceptualizar adecuadamente este tipo de medidas. Así, por ejemplo, si bien Sergio García Ramírez parece postular una competencia específica y autónoma para las medidas cautelares y provisionales

estas medidas pueden ser adoptadas con independencia de un trámite contencioso, siendo llamativo que, precisamente por ello, al inicio de su obra conceptualicen a esta categoría del modo que aquí consignamos. V. REY CANTOR, E. y REY ANAYA, M., *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Edit. Temis S. A., 2005, p. 194.

- 1293. *Cfr.* cita de Piero Calamendrei reseñada por Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya. V. REY CANTOR, E. y REY ANAYA, M., *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Edit. Temis S. A., 2005, p. 149
- 1294. Dicha definición sí comprendería a todas las medidas de protección adoptadas por la Corte y la CIDH, sin perjuicio de que, en algunas hipótesis, esas tutelas preventivas serán, además, cautelares en el sentido tradicional (ya que algunas, pero no todas, sí tendrán por finalidad evitar el peligro implicado en la demora que puede acarrear el proceso sustantivo ante el SIDH).

—competencia que él denomina genéricamente como «preventiva»<sup>1295</sup>—, lo cierto es que tampoco logra desligarla del todo del plano contencioso<sup>1296</sup>.

En definitiva, es para evitar las imprecisiones señaladas que estimamos necesario adoptar una conceptualización que describa con claridad la específica naturaleza que estas medidas tienen en el SIDH.

### vii) Propuestas para una definición integradora

Entendemos que la solución radica en tomar como punto de partida de su conceptualización el carácter tutelar y no a la inversa. Es que, si bien el carácter preventivo procesal seguirá presente en muchas ocasiones, lo cierto es que la sola posibilidad de que en determinados supuestos se adopten estas medidas con total independencia de dicha función «cautelar» es suficiente para que dicha noción deba ser descartada de la definición: si no define a «todos» los casos, no puede ser considerada como una nota esencial.

En otras palabras, si en el estado actual de evolución del SIDH esta categoría de medidas ha llegado a independizarse —al menos en ciertas hipótesis— de la existencia de un proceso, pues entonces no puede continuarse afirmando que tienen inherentemente un carácter *cautelar*; salvo que —conforme se propone a continuación— se despoje a ese concepto de su contenido tradicional y se lo resignifique.

#### Resignificación de lo cautelar en el marco de las medidas de protección del Sistema IDH.

Entendemos que sólo puede afirmarse que estas medidas son cautelares si por ello se entiende, no ya el aseguramiento del eventual resultado de un proceso sino la prevención —y de allí lo cautelar— de potenciales violaciones a derechos humanos. Es

1295. Y que distingue de las competencias contenciosa, consultiva y de una cuarta competencia que él identifica como ejecutiva. V. GARCÍA RAMÍREZ, S. La jurisdicción Interamericana (estudios), México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, p. 246.

1296. En efecto, si bien formula diversas consideraciones inclinadas hacia su autonomía, lo cierto es que paralelamente continúa vinculándolas, en mayor o menor medida, con asuntos contenciosos, tal como ocurre —por ejemplo— cuando se ocupa de sus denominaciones, ocasión en la cual alude a su carácter «provisional» —precisamente en función de su conexión con un asunto de fondo—. Así, señala: «*Ambos medios o medidas [se refiere a las provisionales y cautelares] tienen un sustento común —una racionalidad, unos motivos, un fundamento— y obedecen a una sola intención. De ahí que pudieran recogerse bajo el mismo nombre, aun cuando la identificación y sistematización de aquéllos han sugerido denominaciones diferentes. En rigor, todos son instrumentos “cautelares”, si nos atenemos a la raíz y fundamento, al propósito y sentido del conjunto: protección, preservación, “cautela”.* Y todos son medios o medidas provisionales, si consideramos su conexión con el tema de fondo, ante la Comisión o ante la Corte, y su vigencia: en efecto, se adoptan de manera provisional, precaria, temporal, no definitiva, en espera de que haya decisión de otro carácter: definitiva, firme, duradera, que sólo provendrá de la solución alcanzada en el marco de la Comisión o resuelta bajo la jurisdicción de la Corte

. V. GARCÍA RAMÍREZ, S., La jurisdicción Interamericana (estudios), México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, pp. 244 y ss.

decir, son cautelares –o preventivas– en tanto nunca se dirigen contra una infracción consumada, sino que procuran la «evitación» de posibles violaciones –en todo caso, las infracciones anteriores permitirán fundar el mayor riesgo de futuras violaciones, pero no es a aquellas a las que van destinadas las medidas tutelares, y de ahí su carácter cautelar o preventivo en el sentido aquí asignado (lo mismo cabe decir de las violaciones continuas, en tanto evidentemente la medida cautelar guardará relación con el tramo futuro –hacia el cual se procura el cese de la infracción– y no con aquél ya consumado). Afirmamos que sólo si se asigna este significado a los términos citados, estaremos definiendo correctamente a estas medidas a través de dicha terminología. En ese entendimiento, lo cautelar –entendido como prevención de potenciales violaciones a Derechos Humanos– constituirá sin dudas una característica fundamental de esta categoría de medidas.

### **viii) Su nota definitoria: el carácter tutelar**

Sin perjuicio de que, si se atiende a lo postulado en el punto precedente, el carácter *cautelar* o *preventivo* debe ser considerado una característica esencial de las medidas de protección previstas en el SIDH, lo cierto es que ni aún con dicha significación resulta conveniente considerarlo como su nota distintiva. Y es que dicha terminología –y la tradición semántica que ella tiene– puede dificultar el deslinde entre las medidas que llevan esa denominación en el derecho doméstico de los Estados y las medidas de protección que se adoptan en el marco del Sistema IDH –que, como hemos visto, tienen una naturaleza sustancialmente diversa. En efecto, aún con significados diversos, tanto unas como otras son cautelares– unas previenen potenciales violaciones a Derechos Humanos y las otras la frustración del objeto de un proceso<sup>1297</sup>. En definitiva, siendo una característica que –con las aclaraciones semánticas formuladas– se presenta en unas y otras, no resulta la más óptima para conformar su nota definitoria.

Por su parte, y en lo que hace a las demás características que regularmente se sindican como propias de esta categoría de medidas –urgencia, provisionalidad, etc.–, si bien no presentan aquella ambigüedad, tampoco resultan idóneas para alzarse como las notas distintivas de esta categoría en tanto, como se dijo, se presentan también en las medidas cautelares estaduales y, por lo tanto, no constituyen una pauta adecuada para distinguir a unas y otras.

En suma, entendemos que es su carácter *tutelar* el que debe definirlas y, como anticipamos, aquél sobre el cual resulta más claro cimentar su conceptualización. Para ello es preciso primeramente determinar: a) si dicho carácter se encuentra presente en todas las hipótesis y, b) luego si constituye efectivamente su nota más relevante.

- a) Con relación a lo primero, resulta claro que la naturaleza tutelar de estas medidas se verificará necesariamente en todos los supuestos, en tanto en

---

1297. Ello sin perjuicio de que, como se indicará, las medidas de protección que se adoptan en el Sistema IDH reconocen dos especies: unas que sólo cautelan derechos fundamentales y otras que, además, cautelan también el objeto de un proceso.

este ámbito dichas medidas tienen siempre por fin la protección de derechos humanos, no sólo en las hipótesis en las que esa función es la única y exclusiva que tienen –tal el caso de las medidas adoptadas en forma autónoma y en ausencia de una petición con la cual se relacionen–, sino incluso en aquellos supuestos en que *prima facie* parecerían vincularse más a la función tradicional preventivo-procesal. Claramente, también en estas hipótesis se encuentran tutelando en forma preventiva derechos fundamentales y, *aditivamente* a ello, cautelan además el objeto de un proceso sustantivo.

En todo caso, la existencia o no de un proceso contencioso puede conducir a distinguir entre dos especies dentro del género medidas tutelares: las autónomas y las que se vinculan un asunto contencioso. Valga aclarar que todas serán *tutelares* (o *cautelares*, según la resignificación propuesta en el acápite precedente), en tanto todas tutelan preventivamente derechos fundamentales, pero sólo las últimas podrán ser consideradas *cautelares* en el tradicional sentido preventivo-procesal –ya que sólo las que integran dicha categoría, además de proteger preventivamente derechos fundamentales, procurarán también preservar el objeto de un proceso–.

- b) En segundo término, y estando claro que el carácter tutelar es una nota inherente a estas medidas –en tanto se verifica en todo supuesto que analicemos–, debemos afirmar que constituye además su nota definitoria, en tanto es esta característica la que dota a estas medidas de su propia especificidad. Es que es justamente esta cualidad la que las distinguirá sustancialmente de las medidas cautelares previstas por el derecho doméstico en tanto, si bien tanto unas como otras tendrán carácter urgente, provisional, y también preventivo –aunque esto último, como ya vimos, con un significado muy distinto en uno y otro caso– lo cierto es que sólo las que se adoptan en el SIDH tendrán inherentemente carácter *tutelar*.

En consonancia con lo anterior es que, para definir al género comprehensivo de los distintos mecanismos de esa naturaleza que orbitan en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (medidas provisionales, cautelares y urgentes), preferimos las expresiones medidas «tutelares» o «de protección», por sobre otras utilizadas por distintos autores. Antonio Cancado Trindade las engloba a todas como medidas provisionales<sup>1298</sup>, mientras que Felipe González, como vimos, lo hace bajo la denominación de medidas urgentes. Por su parte Sergio García Ramírez alude a ellas como «cautelares o precautorias», mientras que al definir la competencia que estas delimitan habla de «competencia provisional»<sup>1299</sup>.

1298. Cfr. cita que de dicho autor realizan Rey Cantor y Rey Anaya, en REY CANTOR, E. y REY ANAYA, M., *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Edit. Temis S. A., 2005, Capítulo IV.

1299. GARCÍA RAMÍREZ, S., *La jurisdicción Interamericana (estudios)*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, pp. 145 y 246, respectivamente.

Por último, debemos decir que conceptualizar a estas medidas a partir de este carácter tutelar nos permite afirmar que actualmente su correlato en el derecho interno parece hallarse más en las acciones de amparo que en aquellas medidas cautelares que les dieron origen – repárese que incluso, en algunos países las acciones de amparo se denominan «de tutela» o «de protección», lo cual constituye una muestra aún más clara de que es con dicha categoría jurídica con la cual hoy guardan mayor semejanza las medidas provisionales, urgentes y cautelares del sistema Interamericano.

En conclusión, las medidas tutelares o de protección previstas en el marco de la Comisión o la Corte, constituyen institutos jurídicos propios del SIDH que tienen por objeto la tutela preventiva de derechos humanos y que podrán ser adoptadas frente a situaciones de gravedad –o *extrema* gravedad, según el caso–, urgencia y en tanto sean necesarias para evitar daños irreparables a las personas.

#### **ix) La delimitación de una competencia autónoma en esta categoría de medidas**

Si bien ha sido suficientemente desarrollada la total autonomía que las medidas cautelares pueden tener respecto de peticiones en trámite, y también se ha postulado que esa independencia se verifica igualmente en el caso de las medidas provisionales de la Corte, profundizaremos aquí sucintamente algunos aspectos vinculados con estos postulados –particularmente en lo que refiere a las medidas que adopta el Tribunal Interamericano–.

En tal sentido, debe quedar claro que en el caso de la Corte no estamos limitando esa autonomía a la posibilidad de que el Tribunal adopte –a pedido de la CIDH– medidas provisionales que guarden relación con un caso aún no sometido a su jurisdicción –pero que será de su conocimiento en el futuro– sino incluso a su facultad de disponerlas con total independencia de cualquier petición tramitada ante la CIDH (siempre, por supuesto, a instancia de una solicitud de la CIDH). Y es que, como hemos dicho, si las medidas cautelares pueden ser adoptadas con total autonomía de una petición y, a su vez, la CIDH puede solicitar medidas provisionales a la Corte con independencia del sometimiento de un caso ante aquella, es perfectamente posible que el Tribunal adopte medidas provisionales con relación a supuestos que no tengan –ni vayan a tener– su correlato en una petición o caso<sup>1300</sup>.

---

1300. En este sentido, ver Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008, Solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Bolivariana de Venezuela; Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II. Véase también, entre otros: Corte IDH, *Asunto B. respecto de El Salvador*. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013; Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de febrero de 2010, Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Venezuela, Asunto Natera Balboa; y Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2009, Medidas provisionales respecto de Venezuela. Asunto Guerrero Larez.

Por lo demás, y según ya lo hemos adelantado, ello es conteste con lo señalado por el artículo 63 *in fine* de la Convención en tanto, cuando dicha norma alude a la posibilidad de que la Corte adopte medidas de protección –a solicitud de la CIDH– en «asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento», no exige que esos asuntos sí lo estén ante el otro órgano del Sistema.

Al respecto, y como ya hemos señalado, si bien la Corte IDH inicialmente se mostró contraria a esta posibilidad<sup>1301</sup>, a partir del año 2008 adoptó expresa y fundadamente medidas provisionales con total autonomía de asuntos contenciosos (jurisdiccionales o quasi-jurisdiccionales)<sup>1302</sup>, en lo que entendemos constituye la posición que más se ajusta al verdadero carácter tutelar de este mecanismo de protección del Sistema Interamericano. Incluso, además de lo resuelto y sostenido en el ya citado *leading case* (Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II) la Corte, con posterioridad, ha señalado expresamente que «*en vista del carácter tutelar de las medidas provisionales, excepcionalmente, es posible que las ordene, aún cuando no exista propiamente un caso contencioso en el Sistema Interamericano, en situaciones que, prima facie, puedan tener como resultado una afectación grave e inminente de derechos humanos*»<sup>1303</sup>.

Adicionalmente, cabe decir que este supuesto –que sin dudas constituye la expresión de mayor independencia de estas medidas, coexiste con aquellos de autonomía relativamente menor que se presentan cuando la medida provisional se encuentra vinculada con un caso ante la CIDH que no llegará jamás a conocimiento de la Corte– por ejemplo, por haber concluido el trámite ante dicho órgano con base en un acuerdo de solución amistosa<sup>1304</sup>.

---

1301. Así, por ejemplo, el Tribunal había señalado que «*la frase “asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento” contenida en el artículo 63.2 in fine de la Convención Americana supone que al menos existe una posibilidad de que el asunto que motiva la solicitud de medidas provisionales pueda ser sometido a conocimiento del Tribunal en su competencia contenciosa. Para que exista dicha mínima posibilidad debe haberse iniciado ante la Comisión el procedimiento establecido en los artículos 44 y 46 a 48 de la Convención Americana*». Veáse: Asunto García Uribe y otros. Solicitud de Medidas Provisionales respecto de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2006, Considerandos tercero y cuarto.

1302. Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008, Solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Bolivariana de Venezuela, Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II. A mayor abundamiento véase lo sostenido *supra* en notas al pie.

1303. V. Corte IDH. Asunto B. respecto de El Salvador. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013, considerando N.º 4. En similar sentido puede verse Corte IDH. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2009, Medidas provisionales respecto de Venezuela. Asunto Guerrero Larez.

1304. Uno de los ejemplos paradigmáticos de esta hipótesis lo constituyen las medidas provisionales adoptadas en el caso de las penitenciarías de la provincia de Mendoza (*Corte IDH. Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina*). Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004), en tanto, paralelamente,

En definitiva, tanto medidas cautelares como provisionales definen una competencia tutelar específica del Sistema Interamericano y, en todo caso, la única diferencia entre la autonomía de una y otras medidas -con relación a los casos contenciosos- radicará en que, en el caso de la CIDH aquellas podrán ser adoptadas incluso de oficio, mientras que la Corte –como ya hemos dicho– sólo tendrá la facultad de actuar oficiosamente cuando la medida provisional tenga relación con un caso sometido a su jurisdicción – con lo cual las medidas provisionales total o relativamente autónomas de una petición o caso sólo podrán ser instadas por la CIDH. Por lo demás, resulta claro que esta autonomía constituye una expresión más de la naturaleza común que ambas categorías de medidas tienen.

#### **4. PARTICULARIDADES EN LAS MEDIDAS URGENTES**

Ya anticipamos nuestra posición en el sentido de que las medidas urgentes tienen una naturaleza específica y diferente a las otras dos categorías, en tanto si bien comparten requisitos y objeto mediato con las medidas provisionales –esto es, la protección preventiva de derechos humanos– lo cierto es que a diferencia de aquellas no pueden tener existencia autónoma, en tanto siempre dependerán de su «ratificación» por parte del pleno de la Corte IDH. En definitiva, tienen un carácter accesorio a las medidas provisionales y su adopción en lugar de éstas sólo obedece a una cuestión circunstancial: que se encuentre o no reunida la Corte en pleno.

Valga señalar que, en la actualidad, con los medios tecnológicos y de comunicación disponibles, sería perfectamente posible que la Corte adoptara todas las medidas de protección en pleno, sin necesidad de recurrir al mecanismo de «medidas urgentes». Valga aclarar que no nos estamos pronunciando en contra de la validez de estas últimas –en tanto, por ser un mecanismo provisorio dirigido a asegurar la eventual vigencia de una medida provisional, son claramente incuestionables– sino más bien que entendemos que en el estado actual de desarrollo del Sistema Interamericano deberían resultar prácticamente innecesarias. De hecho, originalmente la CIDH también contaba con un mecanismo análogo –por el cual su presidente podía adoptar medidas de protección cuando no fuera posible hacerlo por el pleno de la CIDH–, conforme surge del artículo 26 inc. 3 del Reglamento de 1980 –mantenido en similar tenor en los reglamentos de los años 2000, 2002, 2003, 2006, 2008–, previsión que desapareció a partir del reglamento del año 2009. Incluso, desde entonces, expresamente el artículo 17 reglamentario –Discusión y votación–, en su inc. 5 señala que «*(m)ientras la Comisión no se halla reunida en sesión ordinaria o extraordinaria, los miembros podrán deliberar y decidir las cuestiones de su competencia por el medio que consideren adecuado*» –como podrá advertirse, esta previsión general no se limita sólo a las medidas cautelares, sino a todas las decisiones que puede adoptar la CIDH (sin perjuicio de que, claramente, las más complejas seguramente necesiten

---

la petición incoada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos derivó en un procedimiento amistoso que motivó el *Informe No. 84/11, Caso 12.532, Solución Amistosa, Penitenciarías de Mendoza, Argentina*, de 21 de julio de 2011.

el ámbito de discusión y debate que brindan las sesiones ordinarias u extraordinarias de este organismo). Desde hace tiempo, la mayor parte de las decisiones sobre medidas cautelares son votadas por los Comisionados por medios digitales.

## 5. CONCLUSIONES

Puede advertirse que las medidas provisionales y cautelares, no obstante distinguirse por el órgano emisor y por los sujetos pasivos hacia los cuales pueden ser dirigidas, responden, en lo sustancial, a una naturaleza esencialmente común. A la vez, tienen anclaje en una base normativa similar y exigen análogos requisitos para su adopción. Parcialmente distinto es el caso de las medidas urgentes que, más allá de equipararse a aquellas en muchos de tales aspectos, se definen por su carácter accesorio a las medidas provisionales que eventualmente puedan disponerse.

Asimismo, el análisis sobre esa identidad sustancialmente común permite verificar, como nota definitoria, el carácter esencialmente tutelar que las medidas cautelares y provisionales han alcanzado en el Sistema IDH. Y es precisamente en ese marco que puede delimitarse con absoluta claridad una competencia verdaderamente tutelar que resulta autónoma de la contenciosa, tanto en el ámbito de la Comisión como de la Corte IDH.

Así, estas medidas de protección pueden ser definidas como institutos jurídicos propios del SIDH que tienen por objeto la tutela preventiva de derechos humanos y que pueden ser adoptadas frente a situaciones de gravedad –o *extrema* gravedad, según el caso–, urgencia y en tanto sean necesarias para evitar daños irreparables a las personas, con independencia de que puedan o no vincularse a un trámite contencioso.

## *Capítulo 20*

# **Una lectura comparada respecto de la función consultiva en la Corte Interamericana de Derechos humanos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: debilidades y fortalezas**

FABIÁN SALVIOLI<sup>1305</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES. 2. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2.1. *La recepción de la función consultiva para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Protocolo No. 2 Anexo al Convenio.* 2.2. *El (no) desarrollo de la competencia consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos bajo el Protocolo No. 2 al Convenio Europeo.* 2.3. *La incorporación de la competencia consultiva al cuerpo del Convenio Europeo.* 2.4. *El procedimiento de una opinión consultiva solicitada bajo el Convenio Europeo.* 2.5. *Las primeras opiniones consultivas resueltas por el Tribunal Europeo con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.* 2.6. *El innovador Protocolo No. 16.* 2.7. *El procedimiento consultivo conforme al Protocolo No. 16.* 2.8. *Las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Europeo con base en el Protocolo No. 16.* 2.9. *La competencia consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme al Convenio de Oviedo.* 3. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 3.1. *La recepción de la competencia consultiva en la Convención Americana.* 3.2. *Los contornos de la función consultiva de la Corte Interamericana.* 3.3. *El procedimiento de una opinión consultiva ante la Corte Interamericana.* 3.4. *El desarrollo jurisprudencial de la competencia consultiva de la Corte Interamericana.* 4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EN LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE AMBOS TRIBUNALES. 5. EL VALOR JURÍDICO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS. 6. A MODO DE CONSIDERACIONES FINALES.

---

1305. Doctor en Ciencias Jurídicas, Catedrático de Derechos Humanos, Director del Instituto y de la Maestría en Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Ex Presidente del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, las reparaciones y las garantías de no repetición.

## 1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana son dos de las instancias regionales jurídicas más sobresalientes en materia específica de derechos humanos; ambos órganos internacionales de monitoreo se han convertido en espacios jurisdiccionales de alta relevancia para garantizar los derechos de quienes han sido víctimas de violaciones que se perpetraron bajo la jurisdicción de Estados integrantes del Consejo de Europa y de la Organización de los Estados Americanos, respectivamente; las dos cortes han sido pioneras en la consolidación de la judicialización del derecho internacional de la persona humana, y sus producciones jurisprudenciales permitieron un importante desarrollo y fortalecimiento de dicha ciencia jurídica.

Los tribunales internacionales poseen una dimensión diferente a la que detentan los órganos jurisdiccionales nacionales: aquellos reciben y resuelven –por naturaleza y capacidad– un número reducido de asuntos –en comparación a la cantidad de violaciones a los derechos humanos que se cometen dentro de los países; de allí que resulte importante que las decisiones que proclamen no solamente hagan justicia sobre los casos que han tenido éxito en arribar a dichas instancias jurisdiccionales, sino que deviene necesario que la jurisprudencia que se emita pueda desplegar efectos para que –más allá del caso concreto– los Estados reparen a las víctimas de hechos equivalentes cuando ello proceda, e igualmente –si la situación lo amerita y las violaciones provienen de problemas estructurales a nivel normativo o práctico– que el Estado en cuestión realice los cambios pertinentes a través de reformas del cuadro jurídico formal vigente, y/o medidas de formación y capacitación a sus agentes públicos, o en el plano de la educación formal.

De allí la relevancia que ha de reconocerse a la jurisprudencia internacional mucho más allá del «caso en cuestión», entendiendo que la misma ha de generar efectos particulares y dotar de contenidos concretos a los deberes de reparar y prevenir violaciones de derechos humanos que forman parte de la obligación general de garantía, un compromiso jurídico que los Estados tienen que cumplir cotidianamente en el diseño y ejecución de su política pública, como derivación del hecho de ser partes en tratados de derechos humanos –e independientemente de haber sido sometidos o no a casos frente a tribunales internacionales u otros órganos de monitoreo–.

Dentro de la lógica indicada, no resulta sorprendente que la llamada función consultiva sea una característica remarcable de las diferentes jurisdicciones internacionales, tarea que identifica una competencia que poco a poco se ha ido consolidando en su naturaleza, como una vía de la mayor pertinencia y utilidad para interpretar el derecho. El desarrollo de este ejercicio hermenéutico requirió de determinadas precisiones que se han ido delineando y clarificando a través de la propia evolución jurisprudencial, alcanzando su alcance más consistente en la producción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), aprovechando el citado Tribunal, la extraordinaria base convencional regulada en el Pacto de San José de Costa Rica.

La competencia consultiva de los tribunales internacionales contemporáneos reconoce sus antecedentes en la función del mismo nombre que le fuera otorgada

a la Corte Permanente de Justicia Internacional por virtud del Pacto de la Sociedad de las Naciones, el cual indicaba –de forma genérica– que dicho tribunal brindará opiniones consultivas sobre «todo diferendo o punto», a solicitud del Consejo o la Asamblea General – dos órganos principales que fungían en la organización internacional surgida al fin de la primera guerra mundial por el impulso de las potencias vencedoras<sup>1306</sup>; el Pacto no reconocía legitimación activa a los Estados miembros.

Ya disuelta la Liga de las Naciones, este encuadre jurídico es retomado con mayor precisión posteriormente en la Carta de Naciones Unidas, que establece como uno de sus órganos principales a la Corte Internacional de Justicia – entidad sucesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional: bajo dicho instrumento fundacional de la Organización, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad detentan la facultad de solicitar al tribunal una opinión consultiva sobre «*toda cuestión jurídica*», a lo que se añade que todo otro órgano de la entidad o cualquiera de sus instituciones especializadas –siempre que esta que haya recibido la autorización expresa de la Asamblea General– podrá pedir una opinión consultiva sobre «*cuestiones jurídicas que se planteen en el marco de sus actividades*»<sup>1307</sup>.

El texto de la Carta de las Naciones Unidas ya deja en claro que las cuestiones a resolver consultivamente son de naturaleza estrictamente jurídica, y mantiene la tendencia de no habilitar a los Estados a activar la función consultiva del Tribunal sino de manera colectiva – dentro de alguno de los órganos facultados para ello.

Es indudable que en el marco universal –antes dentro de la Sociedad de Naciones y ahora al interior de las Naciones Unidas– las opiniones consultivas «*cabalgan al medio*» entre asuntos contenciosos y posibles interpretaciones jurídicas generales desprovistas del estudio de un caso: si bien es cierto que actualmente la Corte Internacional de Justicia debería declinar su jurisdicción si la demanda de opinión se refiere a una disputa o una cuestión legal que esté «*actualmente pendiente entre dos o más Estados*», no es suficiente que un asunto haya sido ya presentado a su función contenciosa para impedir a los órganos de la entidad requerir el parecer del tribunal respecto de ciertos aspectos de una situación conflictiva, frente a lo cual el Tribunal detenta el recurso -incluso- de reformular las preguntas que le han sido planteadas en la solicitud.

## **2. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

No obstante lo indicado en el capítulo precedente respecto de la naturaleza genérica y la utilidad de que los tribunales internacionales de derechos humanos

---

1306. Pacto de la Liga de las Naciones: art. 14 (traducción de la versión francesa). La versión inglesa es ligeramente diferente, ya que utiliza –en vez del vocablo imperativo– la fórmula «puede brindar una opinión consultiva». De todas formas, en ambas lenguas queda claro que se reconoce una facultad para el Tribunal, y no se le impone un deber.

1307. Carta de las Naciones Unidas: art. 96.

puedan «*proyectar sus decisiones*», razones de contexto histórico sumadas a la factibilidad política, llevaron al sistema de tutela que se comenzó a diseñar en 1950 dentro del Consejo de Europa, a la adopción de marcos jurídicos mucho más restrictivos que los que habían existido hasta el momento.

El Tribunal Europeo está compuesto por un número igual de integrantes al de Estados Partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>1308</sup>; posee diferentes cuerpos en su interior que se reparten las diversas tareas jurisdiccionales –formación de juez/a único/a, comités, salas, gran sala y pleno<sup>1309</sup>–, siendo la «*gran sala*» quien está facultada a emitir opiniones consultivas<sup>1310</sup>.

La función consultiva actual por ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –conforme las diferentes regulaciones jurídicas vigentes en el Consejo de Europa–, reconoce tres vías diversas: la prevista se encuentra en el cuerpo del Convenio Europeo propiamente dicho –que recoge las antiguas disposiciones del Protocolo No. 2–, la segunda está fijada en el Protocolo No. 16 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos –y por ende es aplicable solamente a los Estados partes en dicho Protocolo–; finalmente, una tercera senda consultiva es la establecida en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina –o «Convenio de Oviedo»– que otorga competencia hermenéutica al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la interpretación de sus disposiciones.

En relación a la composición de la Corte Europea a efectos de entender en una solicitud de dictamen consultivo, ha de aclararse que cuando una opinión consultiva se tramite conforme al Protocolo No. 16 adicional al Convenio Europeo, el juez o la jueza que se eligió en su oportunidad como integrante del Tribunal Europeo a presentación de la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud, formará parte de pleno derecho del colegio de cinco integrantes –que resuelve la admisibilidad de las solicitudes de opinión consultiva bajo el Protocolo No. 16 –y eventualmente– cuando se ha superado la fase de admisibilidad –de la Gran Sala de diecisiete integrantes– para expedirse sobre el fondo del asunto.

## 2.1. LA RECEPCIÓN DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA PARA EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL PROTOCOLO NO. 2 ANEXO AL CONVENIO

Cierta resistencia y desconfianza de los Estados a verse sometidos directamente a la decisión de un tribunal internacional por ser parte en un tratado, quedaron reflejadas en el texto original del Convenio Europeo de Derechos Humanos; así, por

1308. CEDH: art. 20.

1309. *Ibidem*: arts. 25-26.

1310. CEDH: art. 31.c; Protocolo No. 16 al CEDH: art. 2.2.

la versión primigenia –de 1950–, la propia función contenciosa del Tribunal Europeo no era de «ejercicio automático», sino que tenía como requisito la aceptación previa y expresa de la competencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, por parte del Estado demandado – es decir, existía dentro del Convenio Europeo una «cláusula de aceptación de la jurisdicción contenciosa del Tribunal, que indicaba las diferentes modalidades para ello»<sup>1311</sup>.

Y si bien el Convenio Europeo original establecía que el Tribunal tendría competencia «sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación» de aquel, claramente anclaba dicha posibilidad a la tarea fijada en la función litigiosa<sup>1312</sup>, lo que demostraba la desconfianza indicada *supra* de parte de los Estados contratantes.

En aquel primer texto aprobado, los Estados del Consejo de Europa que negociaron el Convenio Europeo se focalizaron en privilegiar y resaltar la competencia contenciosa, y no aceptaron dejar sentada función consultiva alguna para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acentuando la preponderancia que el sistema de casos asumiría dentro del esquema de tutela de derechos humanos por sobre cualquier otro procedimiento actual o futuro, tal como la propia Corte Europea ha reconocido cada vez que tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto.

Tuvo que transcurrir más de una década para que en el Consejo de Europa se aprobara un Protocolo adicional al Convenio, brindando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos competencia consultiva; la iniciativa partió de la Asamblea Parlamentaria de la organización<sup>1313</sup>, quien –con base en un informe producido por su Comité de Asuntos Jurídicos<sup>1314</sup>– propuso al Comité de Ministros el establecimiento de un ins-

---

1311. CEDH: art. 46 (versión original de 1950). «...1. Any of the High Contracting Parties may at any time declare that it recognizes as compulsory “ipso facto” and without special agreement the jurisdiction of the Court in all matters concerning the interpretation and application of the present Convention... 2. The declarations referred to above may be made unconditionally or on condition of reciprocity on the part of several or certain other High Contracting Parties or for a specified period... 3. These declarations shall be deposited with the Secretary-General of the Council of Europe who shall transmit copies thereof to the High Contracting Parties....».

1312. CEDH: arts. 45 y 48 (versión original de 1950): art. 45 «...The jurisdiction of the Court shall extend to all cases concerning the interpretation and application of the present Convention which the High Contracting Parties or the Commission shall refer to it in accordance with Article 48...»; art. 48: «...The following may bring a case before the Court, provided that the High Contracting Party concerned, if there is only one, or the High Contracting Parties concerned, if there is more than one, are subject to the compulsory jurisdiction of the Court, or failing that, with the consent of the High Contracting Party concerned, if there is only one, or of the High Contracting Parties concerned if there is more than one: (a) the Commission; (b) a High Contracting Party whose national is alleged to be a victim;(c) a High Contracting Party which referred the case to the Commission; (d) a High Contracting Party against which the complaint has been lodged».

1313. Consejo de Europa: Asamblea Parlamentaria: Recomendación 232 (22 de enero de 1960).

1314. Consejo de Europa: Asamblea Parlamentaria: Informe del Comité de Asuntos Jurídicos de la Asamblea sobre la ampliación de la competencia de la Corte Europea de Derechos

trumento que brinde a la Corte Europea la competencia de interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando le llegue una solicitud sobre la base de la existencia de una duda de carácter jurídico, incluso en ausencia de causa judicial incoada<sup>1315</sup>; esta posición fue acogida favorablemente en términos generales, por lo que el establecimiento de la competencia consultiva para el Tribunal Europeo ya no se enfrentaba a resistencias en cuanto a la fijación de la función misma *per se*, sino más bien en torno a los alcances que debía reconocerse a este procedimiento.

Seguidamente el Comité de Ministros instruyó a un Comité de Expertos llevar adelante un estudio específico –que se requería como un paso previo a tomar la decisión–; este órgano trabajó el tema por un lapso de poco menos de dos años en diversas sesiones –una de ellas celebrada conjuntamente con el Comité de Asuntos Legales de la Asamblea Parlamentaria– y presentó su informe al Comité de Ministros en junio de 1962. Con posterioridad, el Comité de Ministros reenvió el tema al Comité de Expertos para considerar al interior del mismo, ciertas propuestas recibidas de parte de la extinta Comisión Europea, y comentarios al texto provenientes de delegaciones gubernamentales; al finalizar dicho proceso, el Comité de Expertos presentó un informe complementario el 27 de octubre de 1962, que fuera aprobado oficialmente por el Comité de Ministros en febrero de 1963, junto al borrador de Protocolo, abriendo este último a la firma de los Estados el 6 de mayo de 1963; luego de obtener el número de ratificaciones necesarias el Protocolo No. 2 entró en vigor, rigiendo a partir del 21 de septiembre de 1970.

En lo relativo al juego entre la nueva competencia y la función original, los trabajos preparatorios en los que se registra la actividad técnica y diplomática previa a la adopción del Protocolo No. 2 muestran que la voluntad de los Estados miembros del Consejo de Europa fue subordinar con claridad la función consultiva a la contenciosa, entendida esta última competencia como principal bajo el Convenio Europeo; por lo que la atmósfera de los debates conducía a dotar a la Corte Europea una cierta «habilitación genérica» a efectos de interpretar el Convenio, que si bien se extendería a aspectos que hagan a la aplicación del mismo, no deberían desprenderse de asuntos litigiosos<sup>1316</sup>.

En esa línea, diferentes comentarios que se efectuaron oportunamente al borrador del Protocolo No. 2, resaltaban que las restricciones a la función consultiva de la Corte Europea de Derechos Humanos resultarían útiles para evitar que el Tribunal se pronuncie bajo función consultiva, en torno a cuestiones que podían caer bajo su «competencia principal» contenciosa<sup>1317</sup>.

---

Humanos en cuanto a la interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos (24 de noviembre de 1959, doc. 1061).

- 1315. Consejo de Europa: Comité de Ministros: Resolución 20 (60), de 15 de septiembre de 1960.
- 1316. Legal Committee memorandum by the Secretariat General (AS/Jur (11) 8 of 16th July 1959); Draft report of the Legal Committee (AS/Jur (11) 25 rev, of 23rd October 1959); Report to the Consultative Assembly (Doc, 1061 of 24th November 1959).
- 1317. Note from the Secretary General prepared by the Directorate of Human Rights (CM (62) 147 Rev, of 26th July 1962).

Así, la materia de las opiniones consultivas bajo el borrador de Protocolo No. 2 se dirigía con claridad preferentemente hacia temas procedimentales como objeto, dándose como algunos ejemplos de posibles dictámenes consultivos a la elección de integrantes del Tribunal, deberes de la Secretaría General del Consejo de Europa vinculados con el Convenio, y el mecanismo de ejecución de sentencias pronunciadas por la Corte Europea, a cargo del Comité de Ministros<sup>1318</sup>.

La función consultiva reconocida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que terminó plasmándose en la letra del Protocolo No. 2, contendría serias limitaciones en cuanto a la legitimación activa, y marcos bien estrechos en razón del objeto: la facultad de pedir una opinión al Tribunal solamente se habilitó para un órgano de tipo político –el Comité de Ministros–, rechazando un espectro más amplio de activación del procedimiento (lo que hubiese sucedido si se habría tomado la decisión de brindar la capacidad de solicitar una consulta a los Estados, a la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos o a otros órganos del Consejo de Europa).

En cuanto a la materia, el propio preámbulo del Protocolo No. 2 advierte que la competencia consultiva de la Corte estará sujeta a «ciertas condiciones»<sup>1319</sup>, y en su parte dispositiva señala que si bien el Tribunal podrá emitir opiniones sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus Protocolos, dichos dictámenes no deberán versar sobre ninguna cuestión relativa al contenido o alcance de los derechos o libertades definidos en el Convenio y en sus Protocolos, ni sobre cualquier otra cuestión que la Comisión, la Corte o el Comité de Ministros podrían tener que considerar, como consecuencia de cualquier procedimiento que pudiera iniciarse de conformidad con el Convenio<sup>1320</sup>.

Así, existen tres limitaciones delineadas con claridad en el propio texto del Protocolo No. 2: la primera de ellas se desprende de la expresión «cuestiones jurídicas» –«legal questions», «questions juridiques»<sup>1321</sup>–, para dejar establecido que si bien se le otorga al Tribunal Europeo de Derechos Humanos una competencia general interpretativa del Convenio y sus Protocolos, debe descartarse cualquier posible interpretación de aspectos de naturaleza política que se encuentran en dichos instrumentos.

En los trabajos preparatorios que condujeron a la adopción del Protocolo No. 2 se refleja el abordaje de esta preocupación, el posicionamiento del Comité Consultivo

1318. Legal Committee memorandum by the Secretariat General (AS/Jur (11) 8 of 16th July 1959); Draft report of the Legal Committee (AS/Jur (11) 25 rev, of 23rd October 1959); Report to the Consultative Assembly (Doc, 1061 of 24th November 1959).

1319. Protocolo No. 2 Adicional al CEDH (1963): preámbulo, segundo párrafo –sin numerar–.

1320. *Ibidem*: art. I: «...1. The Court may, at the request of the Committee of Ministers, give advisory opinions on legal questions concerning the interpretation of the Convention and the Protocols thereto. 2. Such opinions shall not deal with any question relating to the content or scope of the rights or freedoms defined in Section I of the convention and in the Protocols thereto, or with any other question which the Commission, the Court, or the committee of Ministers might have to consider in consequence of any such proceedings as could be instituted in accordance with the Convention....».

1321. En las versiones oficiales de idioma inglés y francés respectivamente.

al respecto<sup>1322</sup>, y la necesidad planteada por el Comité de Ministros, de expresar su deseo en el sentido de excluir cualquier tema cuyos términos o cuya solución involucrara cuestiones de política<sup>1323</sup>. El Propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al resolver su primera opinión consultiva, refirió que el adjetivo «jurídicas» se retuvo en el texto definitivo del Protocolo No. 2, para excluir cualquier jurisdicción sobre la materia por parte de la Corte con respecto a cuestiones de política<sup>1324</sup>.

Las dos limitaciones adicionales marcadas en cuanto al objeto receptan supuestos diferentes y autónomos, por lo que comprobado cualquiera de ellos en una solicitud, la Corte Europea será incompetente para emitir un dictamen: la primera excluye toda interpretación del contenido o el alcance de un derecho recogido en el Convenio Europeo o sus Protocolos; la segunda deja fuera del objeto de la competencia consultiva a los asuntos que envuelvan funciones que actualmente –desaparecida la antigua Comisión– la propia Corte Europea de Derechos Humanos o el Comité de Ministros, puedan desplegar en el ejercicio de sus competencias dentro de un asunto contencioso.

Precisamente, sobre esta segunda batería de restricciones se indicó que es factible que el Tribunal o el Comité de Ministros puedan tener que ocuparse –a raíz de la presentación de una demanda– de examinar cuestiones distintas a las relativas al contenido o al alcance de los derechos y libertades; y por ello, como ejemplo, se resaltó que el propósito de aquellas ha sido dejar fuera no solamente cuestiones de contenido y alcance de derechos, sino también de procedimiento que pudieran surgir ante los órganos previstos en el Convenio, como consecuencia de la interpolación de un caso ante la Corte<sup>1325</sup>.

Así, se responde a la preocupación reflejada en los trabajos preparatorios del Protocolo No. 2<sup>1326</sup>, en el sentido de la necesidad de asegurarse de que el Tribunal nunca deba verse en la situación de tener que pronunciarse directa o indirectamente por vía consultiva, en relación a un aspecto de derecho que podría tener que tratar de manera eventual como tema central en un asunto contencioso<sup>1327</sup>.

---

1322. Report to the Consultative Assembly (Doc, 1061 of 24th November 1959).

1323. Memorandum on the 3rd meeting of the Committee of Experts from 2nd to 12th October 1961 (DH/Exp (61) 36 of 18th January 1962).

1324. European Court of Human Rights: ·Advisory Opinion «on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights» (No. 1); párr. 36.

1325. Note from the Secretary General prepared by the Directorate of Human Rights (CM (62) 147 Rev, of 26th July 1962).

1326. Conseil de L'Europe: Convention de Sauvegarde des Droits de L' Homme et des Libertés Fondamentales. Recueil des Travaux Préparatoires du Protocole N 2 à la Convention attribuant à la Cour Européenne des Droits de L' Homme la compétence de donner des avis consultatifs. Strasbourg, 1966.

1327. Report of the Committee of Experts to the Committee of Ministers (CM (61) 91 of 50th May 1961).

## 2.2. EL (NO) DESARROLLO DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS BAJO EL PROTOCOLO NO. 2 AL CONVENIO EUROPEO

Las consecuencias prácticas de un marco jurídico tan restrictivo fueron obvias: el Tribunal estaba dotado de una competencia que devino inefectiva, al punto que a mediados de la década de 1970 se discutió dentro del Consejo de Europa la posible abolición –lisa y llana– del Protocolo No. 2, aunque ello no llegó a materializarse.

Más allá de que la entidad no volviera sobre sus pasos para eliminar la función, los años subsiguientes fueron de total opacidad para la competencia consultiva del Tribunal Europeo, que permaneció inactiva, presa de aquel marco jurídico exageradamente restrictivo en cuanto a legitimación y objeto.

## 2.3. LA INCORPORACIÓN DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA AL CUERPO DEL CONVENIO EUROPEO

La reforma general al sistema, aprobada en 1994 de la mano del Protocolo No. 11, ha cambiado radicalmente la estructura de la tutela de los derechos humanos en el Consejo de Europa; en el «nuevo» Convenio Europeo de Derechos Humanos surgido de la entrada en vigor del Protocolo No. 11, la modificación más substantiva –sin dudas– ha sido la eliminación de la Comisión Europea, el establecimiento de diferentes cuerpos judiciales dentro del Tribunal, y el consiguiente acceso directo al mismo para quienes se consideren víctimas de violaciones que comprometan la responsabilidad de un Estado parte, una vez cumplimentados los requisitos de admisibilidad –especialmente de agotamiento de los recursos internos y de sometimiento del asunto dentro del plazo establecido–.

La competencia contenciosa del Tribunal Europeo –fortalecida plenamente – ya no posee requisito alguno en relación a la aceptación previa de la misma, estando consagrada automáticamente respecto de todo Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La reforma también incorpora al nuevo texto del Convenio Europeo la función consultiva de la Corte Europea de Derechos Humanos, bajo idénticos criterios de legitimación y materia que fueron establecidos en el Protocolo No. 2, con la sola diferencia de la modificación de la mayoría requerida dentro del Comité de Ministros –ahora simple y ya no de dos terceras partes– para someter un tema a la opinión al Tribunal<sup>1328</sup>, intentando flexibilizar el requisito; durante el proceso de discusiones que llevaron a la adopción del Protocolo No. 11 de reformas al Convenio Europeo, si bien había plena conciencia de la inefectividad en que estaba sumergido el mecanismo consultivo, no pudo acordarse cambiar ningún otro aspecto de la citada competencia –una vez más, la reforma substancial y revolucionaria que se proponía al mecanismo contencioso atrapó casi plenamente todas las energías, estudios y discusiones que tuvieron lugar.

---

1328. CEDH: art. 47.3.

## 2.4. EL PROCEDIMIENTO DE UNA OPINIÓN CONSULTIVA SOLICITADA BAJO EL CONVENIO EUROPEO

Como ha sido adelantado, la legitimación activa para pedir una opinión consultiva bajo el régimen regulado en el cuerpo del Convenio Europeo de Derechos Humanos tan solamente le pertenece al Comité de Ministros del Consejo de Europa, aunque el objeto del dictamen no podrá referirse al contenido de los derechos contenidos en el Convenio Europeo o sus Protocolos, ni tampoco al alcance de aquellos, lo que limita extraordinariamente el número de disposiciones normativas respecto de las cuales podría eventualmente plantearse una solicitud.

En el inicio del procedimiento se notifica el pedido recibido al conjunto de Estados Partes –que en la práctica coincide con el de Estados miembros de la organización–, quienes podrán presentar comentarios escritos sobre la solicitud elevada por el Comité de Ministros; posteriormente, la presidencia del Tribunal decidirá si quienes entre los Estados Partes han decidido presentar sus opiniones escritas, estos podrán participar oralmente para profundizar u otorgar argumentos adicionales. La Gran Sala del Tribunal resolverá la admisibilidad de la solicitud, debiendo motivar expresamente cualquier decisión de inadmisibilidad que tome si no resulta competente o la solicitud no reúne los requisitos formales; asimismo –eventualmente y si el asunto resulta admisible– la Gran Sala emitirá la opinión consultiva dictaminando sobre el fondo: su adopción requiere la mayoría de jueces titulares de la Gran Sala<sup>1329</sup>, y cada integrante podrá adjuntar al dictamen su opinión separada concurrente o disidente, si así lo estima conveniente<sup>1330</sup>.

## 2.5. LAS PRIMERAS OPINIONES CONSULTIVAS RESUELTAZ POR EL TRIBUNAL EUROPEO CON BASE EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien el Protocolo No. 2 entró en vigor el 21 de septiembre de 1970, durante tres décadas la competencia consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nunca fue llamada a ser ejercida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa –único órgano habilitado con legitimación activa al efecto de acuerdo a la letra del citado Protocolo–.

Ingresado el siglo XXI –en el mes de mayo del año 2001– la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adopta una resolución<sup>1331</sup> recomendando al Comité de Ministros que solicite al Tribunal Europeo la emisión de un dicta-

---

1329. European Court of Human Rights: Rules of Procedure: rule 87.1. «Reasoned decisions and advisory opinions shall be given by a majority vote of the Grand Chamber. They shall mention the number of judges constituting the majority».

1330. European Court of Human Rights: Rules of Procedure: rules 81-90. (Rules of the Court, 17 March 2022).

1331. Consejo de Europa: Asamblea Parlamentaria. Resolución 1519 (2001). coexistence of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of the Commonwealth of Independent States (CIS) and the European Convention on Human Rights; 23th may 2021.

men consultivo respecto de la interpretación de lo que debe entenderse por «*otra instancia de arreglo internacional*», en relación al mecanismo de denuncias ante la Comisión, órgano establecido en la Convención de Minsk sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, instrumento regional vigente en la Comunidad de Estados Independientes para algunos miembros que lo eran a la vez del Consejo de Europa –y por ende partes en el Convenio Europeo–, situación que podía extenderse a otros Estados en el futuro inmediato.

Las reglas de admisibilidad de una denuncia ante la Corte Europea de Derechos Humanos prevén la llamada inadmisibilidad por «razón de no duplicidad», es decir, el Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada cuando sea esencialmente la misma que otra examinada que fuera anteriormente por el Tribunal, o que ya haya sido sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos<sup>1332</sup>.

El Comité de Ministros entendió pertinente y fundada la preocupación manifestada por la Asamblea Parlamentaria, y en consecuencia estuvo de acuerdo en invitar a la Corte Europea de Derechos Humanos a dar su opinión; así, decidió efectuar el pedido habilitando a su presidente para ello; también tomó la decisión de informar a la Asamblea Parlamentaria de que su sugerencia fue acogida favorablemente y seguida<sup>1333</sup>.

Formalmente, la presidencia del Comité de Ministros realizó la solicitud de opinión consultiva el 9 de enero de 2002. Sin embargo, el Tribunal -luego de estudiar el pedido y recibir presentaciones de algunos Estados partes por la vía escrita- se declaró inhabilitado para dar respuesta, entendiendo que si bien la solicitud del dictamen se refería a una cuestión jurídica relativa a la interpretación del Convenio, el objeto estaba referido a un asunto que podía llegar a su conocimiento por medio de un caso contencioso que se presente al Tribunal en el futuro, y que ello le generaba incompetencia en razón de la materia<sup>1334</sup>.

En su decisión, el Tribunal confirmó como criterio que su competencia consultiva no se puede extender a las cuestiones relativas a los requisitos de admisibilidad de la demanda –lo que resultaba aplicable al tema bajo estudio– en virtud de que la cuestión respecto a si un asunto concreto se comprende dentro del ámbito de aplicación de aplicación del art. 35.2.b, es un tema del que el Tribunal puede tener que ocuparse como consecuencia de la presentación de una demanda en virtud del Convenio, quedando en principio excluida su competencia consultiva, para finalizar resaltando específicamente que no puede excluirse que en el futuro deba

1332. CEDH: art. 35.2.b.

1333. Consejo de Europa: Comité de Ministros. Reunión 756 – 12 a 14 de junio de 2001. Decisions: concerning Recommendation 1519 (2001) on the co-existence of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of the Commonwealth of Independent States and the European Convention on Human, 13-15.

1334. Cour européenne des Droits de l'Homme: Grande Chambre. «Décision sur la compétence de la Cour pour rendre un avis consultatif». Strasbourg, 2 juin 2004.

tener que abordar la cuestión de si un procedimiento ante la Comisión de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes pueda considerarse «otro procedimiento de investigación o de solución internacional»<sup>1335</sup>.

La Corte Europea de Derechos Humanos recién logrará emitir su primera opinión consultiva –con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos– dando una respuesta respecto del fondo de la petición que le fuera presentada, el 12 de febrero de 2008<sup>1336</sup> –más de medio siglo después de que fuera establecido el Tribunal–, y tan solamente una segunda el 22 de enero de 2010<sup>1337</sup>. Ambos dictámenes versaron sobre temas muy similares – concerniente a la presentación de listas de personas candidatas por los Estados, para integrar el propio Tribunal<sup>1338</sup>.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa –órgano encargado de la elección de integrantes de la Corte Europea de derechos humanos conforme al Convenio Europeo–<sup>1339</sup>, constató la existencia de un desbalance de género examinando la composición en el seno del Tribunal; preocupada por ello, adoptó diversas resoluciones señalando que los Estados deben proponer –en la terna que le elevan– al menos una persona candidata de cada sexo<sup>1340</sup>. Los criterios fijados en el Convenio Europeo para integrar la Corte –de acuerdo al art. 21 del mismo– son gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia, así como tener menos de sesenta y cinco años de edad en la fecha en que la lista de personas candidatas haya sido solicitada por la Asamblea; ningún requisito adicional es solicitado en el texto convencional.

En la solicitud de opinión consultiva, el Comité de Ministros preguntó si la Asamblea Parlamentaria puede rechazar una lista de personas candidatas para el puesto de integrante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando la misma satisfaga los criterios enumerados en el art. 21 del Convenio, únicamente sobre la base de cuestiones relacionadas con el género; adicionalmente preguntó si las resoluciones en cuestión de la Asamblea Parlamentaria que se referían a esa temática eran incompatibles con el *supra* citado art. 21.

1335. *Ibidem*, párrs. 28, 31 y 32.

1336. European Court of Human Rights: ·Advisory Opinion «on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights» (No. 1).

1337. European Court of Human Rights: Advisory Opinion «on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights» (No. 2).

1338. El Tribunal Europeo posee un juez o jueza por Estado parte del Convenio, y su elección por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, se da a partir de una terna que presenta el propio Estado.

1339. CEDH: art. 22. Los jueces serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria a título de cada Alta Parte Contratante, por mayoría de votos emitidos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante.

1340. Consejo de Europa: Asamblea Parlamentaria: Resolución 1366 (2004), y Resolución 1426 (2005).

El Tribunal entendió que la cuestión que se le planteaba se refería fundamentalmente a los derechos y obligaciones de la Asamblea Parlamentaria en el procedimiento de elección de jueces, según se derivan del art. 22 en particular y del sistema de la Convención en general, por lo que consecuentemente tenían indudable carácter jurídico y caían dentro del ámbito de competencia de la Corte, por lo que resultaba oportuno pronunciarse en aras del buen funcionamiento del sistema fijado por el Convenio. En relación al fondo señaló que las condiciones fijadas en el art. 21 del Convenio son obligatorias, y deben cumplirse indefectiblemente en todos los casos, de lo que deberá asegurarse la Asamblea Parlamentaria al momento de la elección; adicionalmente, el criterio relativo al sexo se deriva de una política de igualdad de género, que refleja la importancia de la igualdad entre los sexos en la sociedad contemporánea y el papel que juegan la prohibición de la discriminación y las medidas de discriminación positiva para lograrla<sup>1341</sup>. El Tribunal entendió que las Partes Contratantes en el Convenio Europeo han aceptado el principio de nominar candidatos del sexo subrepresentado en la Corte, pero no sin prever excepciones a la regla, y que por lo tanto, la obligación fijada es de medio, y no de resultado. En ese marco, la práctica de la Asamblea Parlamentaria no resultaba compatible con el Convenio, y si una Parte Contratante ha tomado todas las medidas necesarias y medidas apropiadas con el fin de garantizar que la lista incluya un candidato del sexo menos representado, pero no tuvo éxito –y especialmente cuando ha seguido las recomendaciones de la Asamblea que abogan por un procedimiento abierto y transparente que implique una convocatoria de candidaturas–, la Asamblea no podrá rechazar la lista de que se trate, por el solo hecho de que no figuran en ella candidaturas de ambos sexos. En consecuencia, el Tribunal entendió que las excepciones al principio de que las listas deben incluir un candidato del sexo menos representado, deben definirse lo antes posible<sup>1342</sup>.

La segunda opinión consultiva emitida por la Corte abordó si es factible para un Estado Parte que presentó una lista de personas candidatas a integrar el Tribunal, sustituirla posteriormente por una nueva, y en caso de que ello sea factible, si existe límite de tiempo para hacerlo; también las preguntas incluidas demandaban aclaraciones respecto a cuál es la situación de una persona presentada en una lista, cuando la misma ha sido retirada por el Estado presentante, y si la Asamblea Parlamentaria posee obligación de resolver tomando una decisión sobre los nombres que se encuentran en la lista nueva –que reemplaza a la originalmente presentada–.

El Tribunal entendió como lógico que un Estado pueda retirar y reemplazar una lista de personas candidatas que elevó, siempre que lo hagan antes de la fecha límite establecida para la presentación de la lista a la Asamblea Parlamentaria, quedando

1341. European Court of Human Rights: ·Advisory Opinion «on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights» (No. 1); párrs. 38-39, 42, 44 y 49.

1342. European Court of Human Rights: Advisory Opinion «on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights» (No. 1); párrs. 51, 53-54.

imposibilitado consecuentemente de retirar una lista vencido dicho plazo; una persona presentada no pueden considerarse candidatas si el retiro de la lista en la que figuraba su nombre fue realizado en tiempo y forma, y la Asamblea Parlamentaria deberá considerar obligatoriamente la nueva lista, si esta se presentó antes de vencido el plazo para ello<sup>1343</sup>.

En la misma opinión consultiva el Tribunal también fue consultado respecto a si en el caso de que una o más personas candidatas presentadas en la terna deciden retirarse, el Convenio Europeo le obliga al Estado Parte a completar la lista, o si –por el contrario– éste podría presentar una lista enteramente nueva. En buena medida la respuesta a la primera pregunta que dio el Tribunal condiciona a esta última, ya que la posibilidad de cambiar enteramente la lista –lo que incluye la posibilidad de completar la o las vacancias– le es absoluta a un Estado parte antes del vencimiento del plazo previsto para presentar la lista; si por el contrario, la o las renuncias se producen después del vencimiento del plazo previsto para presentar la lista, el Estado solamente podrá –con posterioridad– cubrir la respectiva vacante<sup>1344</sup>.

## 2.6. EL INNOVADOR PROTOCOLO NO. 16

El Plan de Acción aprobado por la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa, decidió establecer un «*Grupo de personas sabias*» para considerar y proponer medidas tendientes a la efectividad a largo plazo del mecanismo de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entendiendo por tal la revisión de toda la maquinaria fijada en dicho instrumento y sus protocolos – esto implicaba la consideración no solamente del (no) funcionamiento de la competencia consultiva sino igualmente de aspectos relacionados con la función contenciosa, incluida la ejecución de las sentencias<sup>1345</sup>.

Por ende, muchos aspectos se abordaron en dicho trabajo; en relación a la función consultiva del Tribunal Europeo, el Grupo de Personas Sabias enfocó el tema exclusivamente desde la necesidad de encontrar formas de cooperación entre la Corte Europea y las diferentes cortes nacionales, destacando que estas últimas tienen responsabilidad principal para proteger los derechos humanos haciendo valer la Convención en la esfera de sus respectivas competencias, garantizar la efectividad de recursos internos en el planteo de violaciones de derechos humanos, y brindar satisfacción y ejecución adecuada a las decisiones y sentencias de la Corte Europea; de allí que la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos por las altas cortes de los Estados partes, representa un asunto al que debe brindarse primordial importancia.

---

1343. European Court of Human Rights: Advisory Opinion «on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights» (No. 2); párrs. 49-50.

1344. *Ibidem*: párrs. 54-57.

1345. Head of State and Government of the Council of Europe: Action Plan, Warsaw, 16-17 May 2005.

La idea no resultaba novedosa en la organización; ya en 1960 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó una resolución recomendando que se autorice a una autoridad judicial nacional, antes de dar una decisión que tome como fundamento una resolución de una Corte nacional de otro Estado que se base en una interpretación efectuada por la Corte Europea –sobre un asunto equivalente bajo su conocimiento–, a pedir una opinión consultiva al Tribunal Europeo<sup>1346</sup>, lo que –en dicha oportunidad– fue rechazado por el Comité de Ministros.

El Grupo de Personas Sabias descartó proponer un «mecanismo de resolución prejudicial» al estilo del sistema jurídico imperante en la Unión Europea para la labor que lleva adelante el Tribunal de dicha organización regional –cuya sede judicial se encuentra en Luxemburgo–, y se decantó más bien por pronunciarse en favor de habilitar que las cortes nacionales puedan pedir la opinión de la Corte Europea sobre cuestiones legales relativas a la interpretación de la Convención y sus Protocolos, fomentando el diálogo entre las cortes e intensificando el rol «constitucional» del Tribunal Europeo. También, el Grupo advirtió que esta función no debe ser considerada la principal tarea en la labor general del Tribunal, y por ende aquella ha de estar sujeta a condiciones estrictas, comenzando porque la legitimación activa sea reconocida exclusivamente a tribunales constitucionales o cortes de última instancia, que las opiniones solamente se refieran a cuestiones de principio o interés general relativo a la interpretación del Convenio o sus Protocolos adicionales, y finalmente que el Tribunal Europeo tenga plenas facultades para rechazar una solicitud, sin verse obligado a dar los motivos que le llevaron a ello<sup>1347</sup>.

El Comité Directivo de Derechos Humanos entendió viable el proyecto, y una serie de conferencias de Alto Nivel celebradas con posterioridad fueron delineando el camino: en particular, el encuentro celebrado en Izmir culminó con la adopción de una declaración en la que se observó que ciertos estados habían expresado interés en la posibilidad de establecer un procedimiento que permita a las altas cortes nacionales solicitar opiniones consultivas sobre la interpretación y la aplicación del Convenio, a la atención de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>1348</sup>, el Plan de Seguimiento de dicha declaración, entiende que en razón de la necesidad de que se tomen medidas nacionales adecuadas para contribuir activamente a disminuir el número de casos contenciosos ante la Corte, corresponde invitar al Comité de Ministros del Consejo de Europa a reflexionar sobre la conveniencia de introducir dicho procedimiento consultivo, lo que ayudaría a aclarar las disposiciones de la Convención y la jurisprudencia de la Corte, brindando así más orientación para auxiliar a los Estados Partes a evitar -prevenir- futuras violaciones<sup>1349</sup>.

- 
- 1346. Consejo de Europa: Asamblea Parlamentaria: Recomendación 231 (22 de enero de 1960).
  - 1347. Consejo de Europa: Comité de Ministros: Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, 979bis Meeting, 15 November 2006, CM(2006)203, párrs. 76-86 y 135.
  - 1348. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Declaración de Izmir (2011): preámbulo (párrafo 13).
  - 1349. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Follow Up Plan (2011): D 1.

Ello muestra la intención del conjunto de Estados, de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determine ciertas directrices sobre el caso en cuestión, para que las jurisdicciones nacionales del Estado respectivo las tenga en cuenta al momento de resolver asuntos análogos, descomprimiendo –en parte– el número de asuntos contenciosos que se eleven a conocimiento de la Corte Europea.

La siguiente reunión de Alto Nivel –celebrada en Brighton en el año 2012– dio un paso substancial, ya que la declaración aprobada en dicha cumbre directamente instruyó al Comité de Ministros del Consejo de Europa, a redactar para fines del año 2013, un protocolo opcional a la Convención que establecería un procedimiento consultivo que sería adicional al que ya se encontraba fijado por el cuerpo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, mecanismo que se habilitaría a pedido de una alta corte nacional, siempre en el contexto de un caso específico, y sin perjuicio del carácter no vinculante de la decisión para otros Estados Partes<sup>1350</sup>.

Así se aceleró el proceso y la suma de voluntades políticas, por lo que el Comité de Ministros a su vez encomendó al Comité Directivo de Derechos Humanos la redacción del texto<sup>1351</sup>, quien discutió centralmente la naturaleza de la autoridad interna que puede solicitar una opinión consultiva de la Corte; el tipo de cuestiones sobre las que ésta podrá emitir una opinión consultiva; el procedimiento que llevaría adelante el Tribunal para considerar solicitudes, llevar adelante el proceso en torno a solicitudes aceptadas, y emitir opiniones consultivas; finalmente, fue abordado el efecto jurídico que ha de reconocerse a una opinión consultiva. El borrador aprobado se presentó al Comité de Ministros, quien invitó a la Asamblea Parlamentaria a pronunciarse sobre el texto, lo cual ésta hizo valorándolo de manera favorable, entendiendo que el Comité de Ministros debería adoptarlo y abrirlo para su firma y ratificación por los Estados Partes<sup>1352</sup>.

Finalmente, el Comité de Ministros culminó el proceso con la adopción del Protocolo No. 16<sup>1353</sup>. Se consagra de esta manera la ampliación de la función consultiva de la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo que el Protocolo No. 16 no substituye a las disposiciones establecidas en los arts. 47 a 49 del Convenio Europeo, sino que rige un mecanismo consultivo adicional al mismo.

Un salto de calidad se genera al interior del sistema de tutela regional del Consejo de Europa con la adopción y entrada en vigor del Protocolo No. 16 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que regula de manera muy valiosa e

- 
- 1350. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Declaración de Brighton (2012): (párrafo 12 d).
  - 1351. Consejo de Europa: Comité de Ministros: 122.<sup>a</sup> Sesión, (23 de mayo de 2012); Volume of Decisions, Addendum 1 to the Minutes, 6.a.2.
  - 1352. Consejo de Europa: Asamblea Parlamentaria: Opinión 258; párr. 3; adoptada el 28 de junio de 2013, (27 sesión).
  - 1353. Consejo de Europa: Comité de Ministros: reunión 1176 (ítem 4.4), 10 de julio de 2013. El Protocolo No. 16 quedó abierto a la firma y ratificación de los Estados desde el 2 de octubre de 2013.

innovadora la ampliación de la función consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al señalar que aquellos órganos jurisdiccionales «de mayor rango» de una Alta Parte Contratante, podrán acudir directamente al Tribunal, solicitándole que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio Europeo, o en sus protocolos que se encuentren vigentes.

Ha de tenerse en cuenta que dicho pedido no puede efectuarse «en abstracto», y debe justificarse debidamente: para que proceda la solicitud, el órgano jurisdiccional interno que decida llevar a cabo la demanda de opinión únicamente podrá requerir un dictamen consultivo ubicado «en el marco de un asunto que esté conociendo dentro de sus funciones», y deberá motivar la solicitud, proporcionando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo<sup>1354</sup>. Así, la opinión consultiva involucra la interpretación y/o la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, intentando cooperar –fundamentalmente– con la resolución de un caso específico en la jurisdicción doméstica, que se encuentre bajo análisis de una alta corte nacional.

En todo caso, el Tribunal podrá ahora referirse sin pudor –cuando le llega una solicitud por dicha vía– a la extensión y alcance de los derechos establecidos en el Convenio Europeo, así como a las posibles obligaciones de los Estados para respetar y garantizar el disfrute de los mismos, aunque siempre lo hará en el marco del conocimiento de un caso concreto ante la autoridad judicial nacional. Los debates y trabajos preparatorios que derivaron en la adopción del Protocolo No. 16 dejaron bien en claro que estas opiniones consultivas se enmarcan siempre dentro de un caso concreto y no generan efecto alguno hacia terceros Estados.

El enfoque para esta nueva modalidad de competencia consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, permite el desarrollo de un interesante «diálogo jurisprudencial»<sup>1355</sup> que –cuando se concreta en la práctica– se lleva adelante entre las cortes nacionales y dicha jurisdicción regional de derechos humanos, familiarizando aquellas con éste, y en particular con sus criterios y razonamientos jurídicos.

Finalmente, el Protocolo No. 16 favorece y potencia la aplicación judicial doméstica de la doctrina del «control de convencionalidad», posibilitando una mayor eficacia del derecho internacional –y en especial de los pronunciamientos emitidos por sus órganos– en el plano interno.

---

1354. Protocolo No. 16 al CEDH: art. 1.

1355. Protocolo No. 16 al CEDH: «...Considerando que la ampliación de la competencia del Tribunal para emitir opiniones consultivas reforzará la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidará así la implementación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad...»; (preámbulo, tercer párrafo).

## 2.7. EL PROCEDIMIENTO CONSULTIVO CONFORME AL PROTOCOLO NO. 16

El Protocolo No. 16 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos otorga facultad para resolver una opinión consultiva a la Gran Sala del Tribunal Europeo constituida por diecisiete personas magistradas; la resolución sobre aceptación del pedido de opinión está a cargo de un colegio compuesto de cinco personas que integran la gran Sala, quien deberá motivar toda decisión si la misma es negativa<sup>1356</sup>.

Un rechazo se generó cuando el Tribunal Supremo de Eslovaquia efectuó un pedido de opinión consultiva a la Corte Europea de Derechos Humanos, sobre el grado de independencia del mecanismo legal vigente en dicho país para evaluar las denuncias contra la policía, considerando que las actuaciones procesales y pruebas con posterioridad a las mismas se recababan por agentes dependientes directamente del Ministerio del Interior, lo que representaba un problema porque igual dependencia detentan quienes cumplen funciones policiales. La Corte Europea de Derechos Humanos rechazó la solicitud, motivando su decisión en que los puntos planteados no se referían a una cuestión sobre la que el Tribunal Supremo de Eslovaquia requiriera orientación para poder garantizar el respeto de los derechos del Convenio, al conocer y decidir el caso en cuestión<sup>1357</sup>.

En la tramitación de una Opinión Consultiva bajo el Protocolo No. 16, el Comisario o Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa y el Estado del que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud, tendrán el derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias orales; siendo facultad de la presidencia del Tribunal Europeo, el invitar a cualquier otro Estado Parte o persona a participar por escrito y/o en audiencias, si entiende que ello interesa a una buena administración de justicia<sup>1358</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe motivar fundadamente sus opiniones consultivas decididas, y cualquiera de los integrantes que participaron en la composición de la Gran Sala que entendió en la misma podrá adjuntar una opinión separada al dictamen, cuando entienda que el mismo no representa su parecer en todo o en parte<sup>1359</sup>.

Las reglas de procedimiento fijadas por el Tribunal para estas opiniones consultivas son naturalmente consecuentes con las previsiones del Protocolo No. 16; adicionalmente, se indica que una vez admitida la solicitud, la presidencia puede invitar a la corte o tribunal solicitante para que ésta presente cualquier otra información que sea considerada necesaria para aclarar el alcance del pedido, e incluso

1356. Protocolo No. 16 al CEDH: art. 2.

1357. European Court of Human Rights: Panel of the Grand Chamber: Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention. Request by the Supreme Court of the Slovak Republic. (*Request no. P16-2020-001*), Strasbourg, 14 December 2020.

1358. Protocolo No. 16 al CEDH: art. 3.

1359. Protocolo No. 16 al CEDH: art. 4.

a las partes en el procedimiento interno, para que estas otorguen de forma escrita su opinión en torno al mismo, y si es apropiado, habilitarles adicionalmente a participar de forma oral<sup>1360</sup>.

## 2.8. LAS OPINIONES CONSULTIVAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL EUROPEO CON BASE EN EL PROTOCOLO NO. 16

En la primera opinión consultiva adoptada por el Tribunal Europeo en aplicación del Protocolo No. 16 –el 16 de abril de 2019– a pedido de la Corte de Casación de la República Francesa, aquel señaló al interior de su dictamen, que la función de la Corte en virtud del citado Protocolo no consiste en pronunciarse en los procedimientos contradictorios sobre demandas contenciosas mediante una sentencia vinculante, sino más bien, dentro del plazo más breve posible, en proporcionar a la corte o tribunal interno solicitante una «orientación» que le permita garantizar el respeto de los derechos establecidos en el Convenio, cuando llegue a resolver el caso que tiene ante sí<sup>1361</sup>; una formulación idéntica en cuanto a la naturaleza de la función consultiva, fue plasmada por el Tribunal Europeo en el texto de la segunda opinión que emitió –el 29 de mayo de 2020– por pedido de la Corte Constitucional de Armenia<sup>1362</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha habilitado a trámite tres nuevas solicitudes, una presentada por el Consejo de Estado francés el 15 de abril de 2021 sobre el derecho de las asociaciones de propietarios a retirar sus tierras de las admitidas como territorio establecido para actividades de una asociación de caza autorizada oficialmente; otra elevada por la Corte de Casación de Armenia el 11 de marzo de 2021 en la que solicita aclaraciones en relación a si la no aplicación de plazos de prescripción para imponer responsabilidad penal con respecto a torturas o delitos equivalentes con base en el derecho internacional, cuando el orden interno no prevé tal inaplicación, es compatible con la Convención Europea; y finalmente,

- 
- 1360. European Court of Human Rights: Rules of Procedure: rules 91-95. (Rules of the Court, 17 March 2022).
  - 1361. European Court of Human Rights: «Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother»; párr. 34: «...In formulating its opinion the Court will take due account of the written observations and documents produced by the various participants in the proceedings (see paragraphs 4-6 above). Nevertheless, it stresses that its task is not to reply to all the grounds and arguments submitted to it or to set out in detail the basis for its reply; under Protocol No. 16, the Court's role is not to rule in adversarial proceedings on contentious applications by means of a binding judgment but rather, within as short a time frame as possible, to provide the requesting court or tribunal with guidance enabling it to ensure respect for Convention rights when determining the case before it...».
  - 1362. European Court of Human Rights: «Avis Consultatif relatif à l'utilisation de la technique de "législation par référence" pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée».

una presentada el 28 de enero de 2021 por el Tribunal Supremo Administrativo de Lituania sobre la legislación nacional relativa a juicio político, en el marco de un caso pendiente ante dicho órgano.

## 2.9. LA COMPETENCIA CONSULTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CONFORME AL CONVENIO DE OVIEDO

El 4 de abril de 1997, se aprobó dentro del Consejo de Europa el innovador Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina. El propósito principal de dicho instrumento es que los Estados partes se comprometan a proteger la dignidad e identidad de todas las personas, garantizándoles sin discriminación el respeto a su integridad y a los demás derechos y libertades fundamentales, en el marco de la actuación profesional a través de las ciencias biológicas y médicas.

En las reglas de interpretación y seguimiento previstas por la letra del Convenio de Oviedo, se indica que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede brindar, sin referencia directa a ningún procedimiento que se encuentre pendiente en una corte, opiniones consultivas sobre cuestiones legales concernientes a la interpretación del citado convenio, a solicitud de un Estado Parte, o del Comité Directivo de Bioética –uno de los órganos previstos en el instrumento–<sup>1363</sup>.

El 3 de diciembre de 2019 se presentó una solicitud de opinión Consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos bajo el Convenio de Oviedo –precisamente planteada por el Comité Directivo de Bioética del Consejo de Europa– en relación a la necesidad de clarificar ciertos aspectos y alcances del art. 7 del Convenio en torno al principio de no discriminación, y lo relativo a las condiciones de protección en el tratamiento de cuadros de trastornos mentales sin acudir al consentimiento de las personas concernidas, cuando dichas acciones se llevan adelante con el propósito de proteger a terceras personas de serios daños –lo cual no cae estrictamente bajo el citado art. 7, pero sí en el marco jurídico del inciso primero del art. 26 del mencionado Convenio<sup>1364</sup>. En todo caso, ambas disposiciones del Convenio de

- 
- 1363. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo): art. 29: The European Court of Human Rights may give, without direct reference to any specific proceedings pending in a court, advisory opinions on legal questions concerning the interpretation of the present Convention at the request of: the Government of a Party, after having informed the other Parties; the Committee set up by Article 32, with membership restricted to the Representatives of the Parties to this Convention, by a decision adopted by a two-thirds majority of votes cast.
  - 1364. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo): art. 7: «Protección de personas con trastorno mental. Bajo las condiciones legales de protección, vigilancia y control y vías de recursos, una persona que sufra un trastorno mental grave, puede ser sujeto sin su consentimiento

Oviedo podrían estar –eventualmente– en incompatibilidad con las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, instrumento que fuera adoptado por la Asamblea General de la entidad el 13 de diciembre de 2006.

La solicitud fue examinada por la Gran Sala, quien resaltó en su decisión que a pesar de que el Convenio de Oviedo le otorga facultades interpretativas al Tribunal respecto del mismo, las normas relevantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos no le dieron a la Corte funciones judiciales en relación a otros tratados concluidos en el marco del Consejo de Europa, por lo que cualquier actividad jurisdiccional se ha de llevar adelante «*sin afectar el instrumento constitutivo*» –es decir, el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos–; de manera tal que el Tribunal Europeo señaló que no podría operar el art. 29 del Convenio de Oviedo de forma incompatible con el art. 47 del CEDH, el cual ha tenido por postulado preservar la función primaria judicial (contenciosa) del tribunal como una corte que administra justicia bajo el CEDH. Por ello, entendió que una respuesta al planteo se centraría al menos tanto en el propio CEDH como en el Convenio de Oviedo, y correría el riesgo de obstaculizar su preeminente jurisdicción contenciosa; consecuentemente –siempre desde el punto de vista del Tribunal Europeo– ni el establecimiento de los requisitos mínimos para la «regulación» fijada por el art. 7 del Convenio de Oviedo, ni el «lograr claridad» sobre tales requisitos a partir de las sentencias y decisiones de la Corte relativas a las intervenciones involuntarias en relación con las personas con trastorno mental, podrían ser objeto de una opinión consultiva solicitada conforme al art. 29 de dicho instrumento<sup>1365</sup>.

Un voto disidente conjunto de cuatro integrantes de la Gran Sala cuestiona el razonamiento estrecho al que llegó la mayoría del Tribunal, y subraya que el Convenio de Oviedo es un instrumento autónomo, de ninguna manera subordinado al Convenio Europeo de Derechos Humanos; asimismo, dicho voto entiende que ni de la letra del art. 29 del Convenio de Oviedo, ni de la posición tomada por el Tribunal Europeo y presentada como contribución al momento de la redacción del mismo, ni finalmente tampoco de sus trabajos preparatorios, puede inferirse nada diferente al hecho de que la función consultiva que brinda dicha norma es amplia, general, y no subordinada a los requisitos fijados en el art. 47.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>1366</sup>.

---

de un tratamiento orientado a tratar su trastorno mental, sólo si de la falta del tratamiento derivase un riesgo de grave perjuicio para su salud»; art. 26.1: El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección de este Convenio, no pueden tener otras restricciones que las previstas por la ley, y que se consideran necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública y para la prevención de infracciones penales, para la protección de la salud pública, o la protección de los derechos y libertades de los otros.

1365. European Court of Human Rights: Grand Chamber. Decision. Request for an advisory opinion under Article 29 of the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Strasburg, 15 September 2021.

1366. *Ibidem*: Joint Dissenting Opinion of Judges Lemmens, Grozev, Eicke and Schembri Orland.

### **3. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –al igual que la Corte Europea– es un tribunal de origen convencional, ha sido creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; sin embargo, su composición difiere ya que no se integra por una persona juez o jueza por cada Estado parte sino que posee siete integrantes que se eligen por votación de los Estados Partes en el marco de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanas. La estructura de la Corte IDH es de *instancia única*, y como tal, adopta opiniones consultivas y sentencias contenciosas bajo dicha composición plenaria.

#### **3.1. LA RECEPCIÓN DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA**

Al momento de iniciar las discusiones para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en el año 1969– ya se contaba a nivel internacional con la experiencia práctica del sistema regional europeo en lo relativo a la maquinaria de tutela para casos de violaciones a los derechos humanos; la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el Pacto de San José de Costa Rica resulta evidente en estructura jurídica, recepción de derechos (con la evidente excepción de la cláusula atinente a los derechos económicos, sociales y culturales), órganos de tutela previstos comisión y tribunal–, y procedimiento contencioso –con ciertas diferencias en la competencia de la respectiva comisión para iniciar asuntos individuales–; bajo el Convenio Europeo se fijaba una cláusula voluntaria de aceptación de la competencia de la Comisión Europea, y en el Pacto de San José la actuación de la Comisión Interamericana respecto de comunicaciones que se eleven a su conocimiento es automática.

En relación a la función consultiva ante una instancia jurisdiccional, en las discusiones que se celebraban durante el diseño del Pacto de San José eran bien sabidas las restricciones al funcionamiento en la práctica, que derivaban de los estrechos límites establecidos en el Protocolo No. 2 al Convenio Europeo de Derechos Humanos para el trabajo del Tribunal Europeo.

En las Actas de la Conferencia Interamericana –evento en el que se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos–, se revela que, con el objeto de dar mayor independencia y dignidad a la Corte que iba a crearse por el Pacto de San José, los Estados participantes acordaron que sería más apropiado redactar el artículo correspondiente a las opiniones consultivas con algunas precisiones que faciliten el funcionamiento del Tribunal: la propuesta que primó fue que el texto enmendado –casi idéntico en su contenido a la redacción original que fuera plasmada por la Comisión Interamericana<sup>1367</sup>– indicaría que la Asamblea General, el Consejo

---

1367. La propuesta original se refería a «otro tratado» en singular, en lugar del plural «otros tratados».

Permanente y la propia Comisión Interamericana podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; adicionalmente –y como una segunda vertiente del mecanismo consultivo– la Corte, a solicitud de un Estado Parte, podría dar opiniones consultivas acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de su país y los mencionados instrumentos internacionales<sup>1368</sup>.

En la reseña de las actividades de la Comisión II de la Conferencia Interamericana, se indica que la misma resolvió extender aún más el derecho de formular consultas a la Corte, en relación con la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, a todos los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización reformada por el Protocolo de Buenos Aires, así como a todos los Estados Miembros de la Organización<sup>1369</sup>.

Esta legitimación activa de gran amplitud posee algunas pequeñas modalidades diferenciales en los requisitos para ejercerla, que derivan de toda lógica en relación a los órganos de la OEA habilitados para llevar un tema en consulta ante el Tribunal: cuando el objeto de la solicitud se refiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se sobre entiende que la Comisión Interamericana tiene *per se* plenas facultades para efectuar el planteo; sin embargo, cuando otro órgano de la OEA decide elevar la solicitud ante la Corte, debe precisar en el contenido de la misma, la manera en que la consulta se refiere a la esfera de su competencia<sup>1370</sup>.

Cuando se pide una interpretación bajo modalidad consultiva respecto de normas contenidas en otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas –instrumentos diferentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– cualquier órgano de la OEA que efectúe la solicitud –incluido entre los mismos a la Comisión Interamericana– debe justificar en su presentación, de que forma la consulta cae bajo su competencia<sup>1371</sup>.

En cuanto a la legitimación activa de los Estados para solicitar una opinión consultiva, el texto plasmado también resultó ir más allá que la proyección prevista en inicio: en relación a poder pedir una interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas, se faculta a todos los Estados de la OEA –lo cual no estaba previsto originalmente–, y en torno a la demanda de «exámenes de compatibilidad» entre normas internas y los instrumentos de derechos humanos, ello se extiende no solamente a Estados Partes del Pacto de San José, sino incluso a quienes no siendo partes en el mismo, igualmente son miembros de la Organización de los Estados Americanos.

---

1368. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos, 7-22 de noviembre de 1969, pp. 84. OEA/Ser.K/XVI/1.2.

1369. *Ibidem*: p. 377.

1370. Corte IDH: Reglamento, art. 70.3.

1371. Corte IDH: Reglamento, art. 70.2.

El texto convencional aprobado le confirió a la Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado en la historia a tribunal internacional alguno hasta dicho momento<sup>1372</sup>, lo que permitió a la propia Corte Interamericana en el año 1983, definir a su función consultiva como «única» en el derecho internacional contemporáneo<sup>1373</sup>; actualmente, ciertos elementos –no todos– de esos amplios parámetros consultivos se pueden también verificar en la competencia consultiva reconocida a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>1374</sup>.

### 3.2. LOS CONTORNOS DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA

La propia Corte IDH se ha encargado de identificar la naturaleza y explicar el alcance de su función consultiva a lo largo de sus dictámenes –en especial lo hizo con el propósito de clarificar las diferencias entre la misma y la competencia contenciosa–; así, por oposición a esta última, ha definido al ejercicio de la competencia consultiva como de carácter multilateral y no contradictorio, e indicó que tanto un Estado, como un órgano principal u organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos, pueden poseer un interés legítimo en el resultado del procedimiento consultivo<sup>1375</sup>.

El Tribunal afirmó además que en el ejercicio de función consultiva no está llamado a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos<sup>1376</sup>, y que a nivel de

- 
- 1372. Así lo hizo notar el Tribunal en su primera opinión consultiva emitida: ver Corte IDH: «*Otros tratados*». Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de setiembre de 1982. Serie A N 1, párr. 14.
  - 1373. Corte IDH: Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 43; Corte IDH: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16; párr. 64.
  - 1374. Ver Protocolo No. 1 a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que crea un Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos; art. 4.1. Cualquier Estado miembro de la Organización de la Unidad Africana (hoy Unión Africana), cualquier órgano principal de dicha entidad, o finalmente cualquier organización africana reconocida por la OUA, puede solicitar una opinión consultiva al Tribunal Africano; sin embargo, no le está reconocido a la Corte Africana, emitir opiniones consultivas sobre compatibilidad entre la normativa interna y la Carta Africana u otros instrumentos.
  - 1375. Corte IDH: Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15, párrs. 25-26.
  - 1376. Corte IDH: Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 23; Corte IDH: Opinión Consultiva OC-16/99 *cit.* párr. 47; y Corte IDH: Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 33.

competencia en razón del objeto no se considera excluida expresamente ninguna materia concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos<sup>1377</sup>.

En relación al art. 64.1 de la Convención Americana, al habilitar el mismo al Tribunal la posibilidad de interpretación del Pacto de San José o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, se entiende que la competencia consultiva comprende -en cuanto a la materia- a todo instrumento que posea una norma que esté comprendida dentro de la protección de los derechos humanos, independientemente de cuál sea el objeto principal del mismo; esta base amplia y flexible condujo a la Corte Interamericana a llevar adelante ejercicios hermenéuticos sobre normas receptadas en declaraciones, múltiples instrumentos conocidos clásicamente como de «soft law» -principios, directrices-, y disposiciones fijadas en convenios cuyo objeto principal no es la tutela de derechos humanos sino otros campos del derecho internacional público; el único requisito reconocido es que el la norma jurídica tenga aplicabilidad en las Américas, entendido ello como uno o más países que integran la Organización de los Estados Americanos, con independencia de que la misma sea aplicable también a Estados pertenecientes a otras regiones del mundo -lo que ha permitido al Tribunal expedirse en torno a múltiples instrumentos jurídicos adoptados por órganos o bajo el auspicio de Naciones Unidas.

De su parte, el art. 64.2 del Pacto de San José de Costa Rica otorga un ámbito consultivo reservado exclusivamente a los Estados miembros de la OEA, para que éstos puedan solicitar opiniones sobre la compatibilidad de su legislación interna con la Convención Americana u otros instrumentos internacionales de derechos humanos; esta vertiente consultiva se relaciona directamente con la obligación jurídica para los Estados Partes, de adecuar el derecho interno a las disposiciones del Pacto de San José a través de medidas legislativas y de otro tipo<sup>1378</sup>, aunque nuevamente la letra convencional le da un alcance más amplio, extendiéndola no sólo a la Convención Americana sino igualmente a otros instrumentos jurídicos internacionales. La consideración extensiva abarcó igualmente al concepto de «ley interna» -ahora por la acción pretoriana- ya que el propio Tribunal aclaró que por dicha expresión se entiende cualquier disposición jurídica independientemente de su naturaleza, incluida una norma constitucional<sup>1379</sup>; asimismo, la Corte Interamericana subrayó incluso que es competente en función consultiva, para examinar proyectos de leyes en el marco del examen de compatibilidad propuesto por el art. 64.2 del Pacto de San José de Costa Rica, debiendo considerar debidamente al momento de analizar

---

1377. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82; *cit.* Serie A N 1, párr. 27.

1378. Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 2.

1379. Corte IDH: Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N 4, párr. 14.

la admisibilidad de la petición, la necesidad de que el Tribunal no sea utilizado como instrumento de debates políticos internos<sup>1380</sup>.

### 3.3. EL PROCEDIMIENTO DE UNA OPINIÓN CONSULTIVA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA

Dos tipos de solicitudes –interpretación de la Convención Americana, o interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas– generan el deber para el órgano de la OEA o el Estado de la entidad que desee elevar la consulta, de proceder en su escrito a la identificación con precisión de las disposiciones jurídicas que requieren aclaración<sup>1381</sup>.

De su parte, una opinión consultiva sobre compatibilidad de una ley interna de un Estado respecto de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas<sup>1382</sup> solamente puede ser solicitada por dicho Estado; en este caso, la solicitud de opinión debe señalar las disposiciones de derecho interno pertinentes –así como acompañar copia de las mismas– así como aquellas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y/o de los otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas que son objeto de la consulta<sup>1383</sup>.

Luego, y para todo tipo de solicitud, la dinámica del proceso que conduce a la elaboración de una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos es caracterizada por su apertura: el pedido se transmite a todos los Estados de la OEA, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la Secretaría General y al Consejo Permanente de la Organización; asimismo, se transmite al resto de órganos de la entidad a cuya esfera de competencia se refiere la consulta, si fuere del caso<sup>1384</sup>.

Un rasgo distintivo es que cualquier persona interesada en el asunto puede solicitar autorización a la presidencia de la Corte –o recibir la invitación de parte de la misma– para presentar opiniones escritas; la práctica a efectos de que ello sea efectivo requiere una amplia difusión desde el Tribunal respecto de la solicitud de opinión recibida y los plazos para poder participar con presentación de escritos, así como el envío de invitaciones a entidades relevantes –que pueden ser otros órganos de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil –de activismo, litigio– e instituciones académicas especializadas en aspectos de derechos humanos en general y/o en la temática de la consulta en particular. Una vez finalizada la etapa escrita, el Tribunal tomará la decisión en relación a si considera pertinente llevar adelante el procedimiento oral, para lo cual fijará –en caso positivo– la audiencia respectiva<sup>1385</sup>.

1380. *Ibidem*: párr. 30.

1381. Corte IDH: Reglamento; arts. 70 y 71.

1382. Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 64.2.

1383. Corte IDH: Reglamento; art. 72.

1384. Corte IDH: Reglamento; art. 73.1.

1385. Corte IDH: Reglamento; art. 73.

Siempre que el procedimiento es referido a una opinión consultiva sobre la compatibilidad de disposiciones normativas internas respecto del Pacto de San José o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas, la presidencia de la Corte ejerce las facultades descritas previa consulta con la persona que funge como Agente del Estado respectivo<sup>1386</sup>.

El *quorum* requerido dentro de la Corte Interamericana para deliberar y resolver una opinión consultiva es de cinco de sus integrantes; las opiniones consultivas se adoptan por mayoría de quienes estén presentes al momento de la votación; en caso de empate la decisión seguirá el voto de quien presida el Tribunal, y todo juez o jueza que haya participado de la emisión de la opinión consultiva podrá adjuntar a la misma su voto razonado, concurrente o disidente<sup>1387</sup>.

### 3.4. EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA

El ejercicio de la competencia consultiva de la Corte Interamericana ha sido profuso; ello se debe no sólo al sostén legal que le otorga la Convención Americana sobre Derechos Humanos al Tribunal en el art. 64, sino en igual dimensión a la interpretación llevada adelante por aquel, con base en la asunción de un rol amplio en términos de «decir el derecho» para ayudar fundamentalmente a los Estados –aunque también a los órganos de la OEA– a cumplir con sus obligaciones y funciones de derechos humanos.

Así, la tarea realizada por la Corte hasta el momento en la materia es de la mayor extensión; su labor comenzó –tautológicamente– con aclarar los alcances y contornos de la propia función consultiva, siempre entendida por el Tribunal bajo criterios de mucha amplitud. En ese sentido, plasmó una interpretación de la competencia material consultiva con generosidad, comprendiendo que su objeto conforme al art. 64.1 del Pacto de San José se extiende hacia toda disposición concerniente a la tutela de los derechos humanos, en cualquier tratado internacional e independientemente del objeto del mismo o que en él participen Estados que no integran el sistema interamericano, siempre que el instrumento sea aplicable en algún Estado americano<sup>1388</sup>; más adelante, destacó que su función consultiva abarca asimismo la posibilidad de interpretar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en razón de su vínculo con la Carta de la OEA y/o el Pacto de San José de Costa Rica<sup>1389</sup>.

Bajo la misma lógica, al regular el art. 64.2 del Pacto de San José la competencia de la Corte para expedirse –a pedido del Estado interesado– entre la compatibilidad

---

1386. Corte IDH: Reglamento; art. 73.3 y 73.4.

1387. Corte IDH: Reglamento; arts. 14, 16, 74 y 75.

1388. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-1/82, *cit.*; párr. 58.

1389. Corte IDH: Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A N 10, párr. 48.

de su normativa interna y los «mencionados instrumentos internacionales» –a los que se refiere el inciso primero de la citada disposición–, el Tribunal no encontró dificultad para sostener que posee legitimación a efectos de brindar interpretación sobre la compatibilidad de leyes internas de los Estados, ya con la Convención Americana, ya con «otros tratados» concernientes a los derechos humanos, con idéntico alcance al ya definido en su primera opinión consultiva emitida<sup>1390</sup>.

En relación al procedimiento consultivo, un importante criterio fue plasmado por la Corte al sostener que tiene competencia para seguir con el trámite de una solicitud –bajo el art. 64.1 del Pacto de San José– si el Estado solicitante la ha retirado por haber perdido interés en ella, siempre que el pedido haya sido ya notificado a los Estados miembros y los órganos de la OEA<sup>1391</sup>.

Un límite claro a la función consultiva de la Corte Interamericana está dado por no perjudicar a su labor contenciosa; por ello, el Tribunal ha señalado que puede –y debe– negarse a responder una consulta si a través de la misma se le puede generar indefensión a una o más víctimas de violaciones a los derechos humanos, malversando el mecanismo previsto por la Convención Americana<sup>1392</sup>.

En otro orden de asuntos, el Tribunal se ha referido en torno al marco y requisitos de aplicación de la Convención Americana, lo cual ha devenido imprescindible para aclarar –a los Estados partes– los parámetros de implementación del Pacto de San José, armonizando –cuando fue posible– el derecho internacional público con el derecho internacional de la persona humana, y readecuando el primero al segundo en caso de incompatibilidad; revisando el vínculo entre la legislación doméstica y el orden internacional frente a la sanción de leyes incompatibles con alguna disposición de un tratado vinculante en materia de derechos humanos; y potenciando el debido efecto de las normas del Pacto de San José, en el marco de la interpretación teleológica.

Así, la Corte destacó la naturaleza específica de los tratados de derechos humanos, y resolvió adecuar interpretativamente el régimen de reservas general previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, para referirse a la entrada en vigor más inmediata del instrumento en torno al Estado en cuestión, haya procedido o no a formular reservas<sup>1393</sup>; más adelante, el Tribunal identificó a dos situaciones –indigencia económica o dificultades de representación ante la justicia por temor generalizado de profesionales en derecho de llevar adelante la tarea de representación– como excepciones válidas a la regla que exige el agotamiento previo

---

1390. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-4/84; *cit.*; Serie A N 4.

1391. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-15/97; *cit.*; Serie A N 15.

1392. Corte IDH: Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991. Serie A N 12; párr. 28.

1393. Corte IDH: El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos humanos (arts. 74 y 75 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de setiembre de 1982. Serie A N 2, párrs. 29 y 40.

de los recursos internos como requisito para acceder al sistema interamericano<sup>1394</sup>; y finalmente, por otro dictamen indicó que la sanción de una norma manifiestamente contraria a los deberes del Estado en virtud de haber devenido parte en la Convención Americana, implica una violación de la misma<sup>1395</sup>.

Las restricciones a los derechos y el régimen de suspensión de garantías bajo el régimen fijado en el Pacto de San José, fueron objeto de atención en la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana; los dictámenes emitidos han consagrado el criterio de que los derechos se interpretan extensivamente, al tiempo que las limitaciones a los mismos se deben analizar de manera restrictiva – bajo la propia lógica que regula el objeto y fin de un sistema de tutela de derechos humanos. Así, el Tribunal indicó que no se puede proceder válidamente a restringir derechos conforme la Convención Americana, sin cumplir el requisito de legalidad, entendiendo por ello la adopción de una ley formal<sup>1396</sup>; que la protección judicial y la garantías de *habeas corpus* forman parte de los derechos insuspendibles aunque no figuren mencionados expresamente en el art. 27 inciso 2 del Pacto de San José<sup>1397</sup>; y que las garantías insuspendibles deben ser entendidas conforme a los regímenes internos, abarcando a toda aquella herramienta judicial doméstica que sea útil para garantizar la plenitud de los derechos que no pueden ser suspendidos conforme a la Convención Americana<sup>1398</sup>.

La Corte Interamericana también ha revisado aspectos de funcionamiento de los dos órganos principales del sistema –incluida ella misma–; en ese sentido, recalcó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no puede pronunciarse respecto a aspectos concernientes al fondo de un asunto si ha resuelto la inadmisibilidad de un caso tramitado bajo el sistema de peticiones<sup>1399</sup>; que la misma –cuando ha resuelto el fondo de un asunto– no tiene facultad para modificar un informe definitivo transmitido a las partes, ni mucho menos emitir un «tercer informe» considerando que el régimen de los arts. 50 y 51 del Pacto de San José prevé solamente dos documentos –uno provisional y otro definitivo<sup>1400</sup>. Más adelante, el Tribunal

1394. Corte IDH: Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A N 11, párr. 42.

1395. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-14/94, *cit.*; párr. 58.

1396. Corte IDH: La expresión Leyes en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A N 6, párr. 35.

1397. Corte IDH: El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A N 8, párr. 44.

1398. Corte IDH: Garantías judiciales en estado de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A N 9, párr. 41.

1399. Corte IDH: Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13.

1400. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-15/97, *cit.*; párr. 59.

destacó que es la propia Corte Interamericana quien evaluará la legalidad de los actos de la Comisión, en el marco del conocimiento de los asuntos que le lleguen<sup>1401</sup>. Finalmente, cambiando la práctica que llevó adelante por más de dos décadas, la Corte dejó en claro que no procede la designación de juez o jueza *ad hoc* para su integración en casos contenciosos que no sean interestatales, y que una persona que integre la Corte debe abstenerse de participar y resolver un asunto en relación a un Estado del que detente la nacionalidad<sup>1402</sup>.

Un campo de extrema complejidad que atraviesa el sistema interamericano viene de la mano de la decisión –lamentable– de algunos Estados de denunciar el Pacto de San José, e incluso la Carta de la Organización de los Estados Americanos a efectos de retirarse de la entidad. El Tribunal afrontó el desafío de identificar obligaciones de derechos humanos para dichos supuestos, destacando el deber de cumplir con el «paralelismo de formas» como criterio cuando se toma alguna de esas decisiones, y si hay un mecanismo constitucional establecido para contraer obligaciones a nivel internacional resultaría conveniente seguir un mecanismo similar para desligarse de las mismas; posteriormente resaltó las obligaciones y mecanismos fijados que continúan vigentes en el «período de transición» fijado por la Convención Americana, y la continuidad del régimen general fijado para todo Estado de la OEA cuando se permanece en la entidad (sometimiento a la competencia de la Comisión Interamericana y cumplimiento de la Declaración Americana y cualquier otro instrumento interamericano del que reste como parte); respecto a un Estado que denuncia la Carta de la OEA, la Corte entendió que durante el período de transición igualmente subsisten todos los deberes, mecanismos y procedimientos que estaban vigentes en la materia; y que pasado dicho plazo, seguirán existiendo para el Estado ciertas obligaciones en materia de derechos humanos derivadas del derecho internacional general, y de otros compromisos que pueda haber asumido<sup>1403</sup>.

El contenido y alcance de derechos humanos específicos se ha nutrido de la rica jurisprudencia consultiva del Tribunal, quien no ha dudado de dejar en claro múltiples aspectos para que los Estados tengan debidamente en cuenta al momento de la ejecución de su política pública general para cumplir con sus obligaciones convencionales; así, la Corte resaltó que la aplicación de la pena de muerte como consecuencia de la extensión normativa de tipos penales a situaciones no previstas

- 
- 1401. Corte IDH: Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A N 19, párr. 31.1, 31.2 y 31.3.
  - 1402. Corte IDH: art. 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A N 20.
  - 1403. Corte IDH: La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (interpretación y alcance de los arts. 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 3.I, 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos). Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A N 26.

anteriormente con el castigo capital – para un Estado Parte en el Pacto de San José – viola el derecho de dicha persona a no ser privada arbitrariamente de la vida, incluso si esa ampliación tipológica se generó como producto de una reserva presentada previa y oportunamente<sup>1404</sup>; que inobservar la notificación a una persona extranjera que es detenida en un Estado Parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de su derecho de solicitar asistencia consular, implica una violación de sus garantías judiciales; y que si producida dicha omisión en un proceso, el mismo concluye con la imposición de la pena de muerte se da –además– una violación arbitraria del derecho a la vida bajo el Pacto de San José y/o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1405</sup>; que, si a través de la exigencia de colegiación obligatoria para quienes ejercen el periodismo, se bloquea en la práctica el acceso de cualquier persona a la utilización de medios de comunicación, se configura una violación a la libertad de expresión conforme al Pacto de San José<sup>1406</sup>, y que el derecho de rectificación o respuesta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha de considerarse autoejecutorio por naturaleza, pudiendo dictarse cualquier tipo de normativa en el plano interno para ponerlo en práctica cuando no está garantizado su ejercicio<sup>1407</sup>.

Los derechos de la niñez y la adolescencia han sido objeto de varias opiniones consultivas, especialmente en situaciones de la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales a la edad, como son la migración o la pobreza; en ese sentido, la Corte remarcó la titularidad de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, identificó ciertos contornos del principio rector de «interés superior», resaltó la importancia de mantener a niños o niñas dentro del entorno familiar, con la reserva de la existencia de motivos excepcionales, y clarificó la batería de medidas que el Estado debe tomar frente a situaciones de privación de derechos económicos o sociales, destacando la imperiosa necesidad de salvaguardar los derechos humanos en todos los procedimientos que se lleven en relación a niños o niñas, particularmente los derechos a la justicia y las garantías procesales<sup>1408</sup>. Asimismo, el Tribunal ha dejado sentado bajo claros parámetros que la situación migratoria de un niño, niña o adolescente –independientemente de cuál ella sea– o la de sus padres, no eximen al Estado receptor de garantizar sus derechos conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera tal que los principios de interés superior, protección y desarrollo, priman respecto de cualquier aspecto nacional o migratorio, entendiendo consecuentemente que la actitud del Estado

1404. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-3/83; *cit.*; párr. 76.

1405. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-16/99; *cit.*; Serie A N 16.

1406. Corte IDH: La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A N 5.

1407. Corte IDH: Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A N 7, párr. 35.C.

1408. Corte IDH: Condición jurídica y social del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002; Serie A N 17.

receptor ha de ser activa en dichas circunstancias, identificando adecuadamente la situación para otorgar tratamiento adecuado e individualizado, garantizando acceso a la justicia, debido proceso, el derecho a la libertad, la unidad familiar, y el cumplimiento estricto de los requisitos de evaluación para valorar si procede la aplicación del principio de no devolución; las infracciones migratorias de alguno de sus progenitores no pueden acarrar la expulsión de dichas personas cuando el niño, niña o adolescente posee derecho a la nacionalidad del país en cuestión, en virtud del derecho a la vida familiar, que se vería afectado irracionalmente en dicho supuesto de procederse a la expulsión<sup>1409</sup>.

De igual manera el Tribunal analizó la garantía de los derechos de personas migrantes que trabajan en el país receptor, aún en caso de encontrarse en situación migratoria irregular, para indicar que dicha situación migratoria no puede afectar el cumplimiento a rajatabla de los derechos que se desprenden de una relación laboral si las personas han obtenido empleo público o privado, ni el acceso a la justicia cuando alguno de dichos derechos se ha visto vulnerado; en todo caso, los derechos laborales derivan de la relación laboral y no del estatus migratorio<sup>1410</sup>.

También en materia laboral –aunque no desde el punto de vista de la migración– la Corte Interamericana se pronunció sobre el alcance de las obligaciones de los Estados bajo el sistema interamericano, respecto de las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos, y su aplicación desde una perspectiva de género; la libertad sindical se ha de garantizar por igual en los ámbitos público y privado, sin injerencia administrativa previa que anule el ejercicio de dicho derecho, ni coacción o discriminación directa o indirecta que tienda a menoscabar el ejercicio de la misma; la negociación colectiva integra esencialmente la libertad sindical y no debe ser sometida a limitaciones de parte del Estado, sino por el contrario recibir el incentivo y fomento respectivo, tanto a nivel individual como de representación sindical; la huelga representa un derecho fundamental de quienes trabajan y de sus organizaciones, debiendo protegerse legalmente, y el control de legalidad de la misma es una facultad judicial y no administrativa. La Corte fue enfática en subrayar el derecho de todas las mujeres a ser libres de discriminación y violencia en el marco del ejercicio de los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y la huelga, de allí que los Estados deban tomar todas las medidas para revertir situaciones discriminatorias para llegar a la igualdad real entre hombres y mujeres en relación al ejercicio de derechos sindicales, erradicando los estereotipos de género, evitando todo tipo de trato diferenciado en razón de su condición de mujer, facilitando el acceso a la justicia en casos de discriminación, y adoptando una batería de medidas para lograr igual remuneración por igual tarea, protección especial durante el embarazo, equitativo reparto de

1409. Corte IDH: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A N 21.

1410. Corte IDH: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N 18.

tareas en el plano doméstico, lograr pleno ejercicio de actividad sindical y acceso a cargos de dirección sindical de las mujeres, y prevenir violencia y acoso sexual en ámbitos laborales, entre otras; finalmente, la Corte enfatizó que la autonomía sindical no ampara limitaciones a los derechos de las mujeres dentro de sindicatos, que los Estados deben garantizar la erradicación de toda discriminación directa o indirecta en los ámbitos sindicales, y que el fenómeno de las nuevas tecnologías han de dar lugar a regulación laboral que garantice a trabajadores y trabajadoras el ejercicio irrestricto de sus derechos<sup>1411</sup>.

Al indicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos que persona es «*todo ser humano*», la Corte Interamericana clarificó en su jurisprudencia consultiva la situación de las personas jurídicas como posibles titulares de derechos bajo dicho instrumento y el Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. El Tribunal, si bien dejó en claro que como principio las personas jurídicas no son titulares de derechos bajo el Pacto de San José, resaltó la jurisprudencia que desarrolló en materia indígena para subrayar que las comunidades indígenas y tribales poseen derechos conforme a la Convención Americana, así como que sindicatos, federaciones y confederaciones de personas trabajadoras son titulares de derechos de acuerdo al Protocolo de San Salvador, por lo que tanto comunidades indígenas y tribales como entidades colectivas que hacen a la defensa de derechos de personas trabajadoras, poseen legitimación activa en el sistema interamericano de derechos humanos<sup>1412</sup>.

La jurisprudencia consultiva de la Corte IDH brindó luz sobre la situación de los derechos ambientales bajo el marco interamericano, su identificación convencional dentro del art. 26 del Pacto de San José, y la posibilidad consiguiente de vindicarlos ante los órganos del sistema, resaltando el alcance de las obligaciones de respeto y garantía en casos de daños transfronterizos al ambiente, el contenido del deber de prevención, y la aplicación del principio precautorio –todos del derecho internacional ambiental, leídos en perspectiva de derechos humanos<sup>1413</sup>.

- 
- 1411. Corte IDH: Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27.
  - 1412. Corte IDH: Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A N 22.
  - 1413. Corte IDH: Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los

La temática de garantía de igualdad y no discriminación en razón de identidad y expresión de género fue objeto de análisis consultivo por la Corte Interamericana, quien resaltó a dichas categorías como protegidas por el Pacto de San José de Costa Rica, lo que se corresponde con obligaciones y medidas concretas de tutela por parte de los Estados; entre ellas, habilitar y facilitar procedimientos ágiles de cambios de nombre y datos de identidad por razón de identidad de género, así como garantizar a las parejas del mismo sexo el mismo tipo de uniones jurídicas que el existente para las parejas heterosexuales, protegiendo adecuadamente y sin discriminación a las diversas familias<sup>1414</sup>.

El asilo es una institución de raigambre latinoamericana que está receptada por la Convención Americana de Derechos Humanos y la propia Declaración Americana de 1948; la Corte aclaró bajo una opinión consultiva el alcance de dicha tutela, focalizándola en el asilo territorial –excluyendo consecuentemente al diplomático–, aunque resaltó el deber de aplicar a rajatabla el principio de no devolución tanto al interior del territorio de un Estado como fuera del mismo (en sus sedes diplomáticas o consulares) cuando existe un riesgo de que una persona sea sometida a torturas o tratos crueles inhumanos o degradantes en caso de ser enviada a otro país<sup>1415</sup>.

Finalmente, en un trascendente dictamen en torno a los derechos políticos, la Corte indicó a través de su jurisprudencia consultiva que la prohibición legal de la reelección presidencial indefinida es compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana y la Carta Democrática Interamericana; asimismo que la habilitación de la reelección presidencial indefinida –entendida por ella la posibilidad de permanecer en el cargo durante más de dos períodos presidenciales consecutivos– es contraria a los principios de una democracia representativa, y por ende, a las obligaciones establecidas por los Estados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre para todos los miembros de la Organización de los Estados Americanos<sup>1416</sup>.

---

artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A N 23.

- 1414. Corte IDH: Identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A N 24.
- 1415. Corte IDH: La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A N 25.
- 1416. Corte IDH: La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de

#### **4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EN LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE AMBOS TRIBUNALES**

El diferente objetivo perseguido por las funciones consultivas europea e interamericana en materia de derechos humanos –conforme al diseño original que se decidió atribuir a los tribunales por los Estados negociadores del Convenio Europeo y la Convención Americana– explica las divergencias existentes entre las mismas, mantenidas en la práctica contemporánea.

La función consultiva de la Corte Europea no fue prevista inicialmente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; recién trece años después se la estableció a través de un instrumento adicional, pero rechazando fijar a través de la misma estándares respecto del contenido y alcance de derechos humanos, que puedan trasladarse a criterios que obliguen a los Estados partes. Por ello, se regularon fuertes restricciones en cuanto al objeto de una consulta (el Protocolo No. 2 no le permitía al Tribunal Europeo referirse en un dictamen consultivo, a los derechos establecidos en el Convenio ni al alcance que debe darse a los mismos); ello, combinado –reforzado– con la limitación de legitimación activa para solicitar una opinión a la Corte Europea, reconociéndola en exclusividad a un órgano inter estatal –el Comité de Ministros del Consejo de Europa–; ambas aristas tuvieron como derivación lógica la inactividad consultiva del Tribunal Europeo –una parálisis extendida durante más de medio siglo–, y la emisión recién de dos dictámenes consultivos –ambos sobre aspectos relativos a la presentación de la terna de postulantes a integrar el Tribunal por los Estados partes– en el año 2008.

El rol orientador del Tribunal Europeo en materia consultiva se ha visto más útil como herramienta para facilitar la resolución interna de un asunto que involucra la interpretación o aplicación del Convenio Europeo, algo establecido con la aprobación del Protocolo No. 16, que en materia de legitimación activa habilita a órganos jurisdiccionales nacionales (las altas cortes de los Estados partes) a plantear consultas directamente, siempre y cuando la interpretación y/o aplicación del Convenio se encuentren en juego en el marco un asunto que se encuentre bajo su conocimiento.

El Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina posee una letra más afín en cuanto a la función consultiva de la Corte, con las previsiones del Pacto de San José de Costa Rica, ya que permite efectuar solicitudes al Tribunal Europeo sobre cuestiones legales relativas a la interpretación del citado Convenio, sin necesidad de referirse a ningún procedimiento específico que se esté desarrollando ante tribunales internos; asimismo, en cuanto a la legitimación activa, habilita a los Estados Partes en dicho convenio, y al Comité de Bioética –un órgano previsto por el cuerpo del tratado– a realizar la solicitud. No obstante –y como fuera subrayado *supra*– el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha restringido dramáticamente el

---

la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28.

objeto de su función consultiva bajo el Convenio de Oviedo, en una interpretación retrógrada y forzada de sus disposiciones, que fuera realizada en ocasión de resolver el primer pedido que le llegara sobre la cuestión: el tribunal añadió *per se* al ejercicio de la función consultiva bajo el Convenio de Oviedo, los condicionamientos que se encuentran establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como argumento para rechazar conocer del pedido recibido de parte del Comité de Bioética.

Se avizora una promisoria utilización de la función consultiva del Tribunal Europeo por la vía del Protocolo No. 16, siempre bajo un caso concreto que se encuentre bajo la jurisdicción de una alta corte nacional; el instrumento entró en vigor el 1 de agosto de 2018, y bajo el procedimiento previsto por el mismo ya se han emitido dos opiniones consultivas, así como otras tres fueron aceptadas a trámite.

El marco jurídico del sistema interamericano de derechos humanos previsto en el art. 64 del Pacto de San José de Costa Rica, desde su propio enunciado y con la interpretación efectuada por la Corte Interamericana, consolida una competencia consultiva en razón de la materia que goza de la mayor amplitud; el procedimiento consultivo interamericano se ha concebido en cuanto a su naturaleza desde un criterio completamente opuesto al sistema europeo.

En efecto, la función consultiva de la Corte fue identificada por el propio tribunal como un servicio que la Corte IDH está en capacidad de prestar a *todos los integrantes del sistema*, con el propósito primordial de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales en la materia<sup>1417</sup>, indicando –incluso– lo inconveniente de que una opinión «*tan solamente*» alcance a Estados Partes del Pacto de San José, sin llegar al resto de Estados Miembros de la OEA<sup>1418</sup>.

Además, bajo el Pacto de San José hay dos tipos de opiniones consultivas bien diferenciadas entre ellas que pueden presentarse para consideración de la Corte Interamericana: una sobre la interpretación general de normas concernientes a la protección de los derechos humanos, y otra sobre el grado de compatibilidad que respecto de las mismas puedan tener leyes internas.

Respecto del primer tipo de opiniones consultivas, está habilitado el Tribunal a pronunciarse sobre el alcance, contenido y extensión de cualquier norma relativa a la protección de los derechos humanos –lo cual incluye disposiciones substanciales y procedimentales–, independientemente de cuál sea el objeto principal en que aquella se encuentre. La legitimación activa en cuanto a dichas opiniones consultivas se ha extendido al máximo posible: a pesar de que la Corte Interamericana es un órgano convencional –creado por la letra del Pacto de San José–, cualquier Estado de la OEA –parte o no en el Pacto– puede pedir este tipo de opiniones consultivas al Tribunal. Asimismo, y conforme a la misma disposición normativa, todos los órganos principales de la OEA pueden acudir a la Corte para plantear consultas.

---

1417. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-2/82; *cit.*; párr. 39.

1418. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-18/03; *cit.*; párrs. 59-60.

En torno al segundo tipo de opiniones consultivas –sobre el grado de compatibilidad entre las leyes internas respecto de normas internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos– la habilitación –nuevamente muy amplia– es para cada uno de los Estados de la OEA, que puede plantear consultas exclusivamente respecto de su propia legislación interna–.

A nivel actitudinal ambos tribunales muestran claras diferencias sobre la base de entender la función consultiva como un procedimiento de amplio o restringido alcance: mientras la Corte Interamericana decidió continuar conociendo de una solicitud a pesar de que el Estado solicitante –Chile– había retirado formalmente el pedido –porque la respuesta podía resultar de interés y utilidad a otros actores del sistema<sup>1419</sup>, cuando el Tribunal Europeo recibió el primer pedido formal en su historia de parte del Comité de Ministros, suspendió el trámite frente a rumores de que el Comité de Ministros iba a retirar la solicitud –lo que finalmente no sucedió–, y la Corte debió reanudar el procedimiento<sup>1420</sup>.

A nivel de objeto, en el sistema establecido por el Convenio Europeo y sus Protocolos no aplican ninguno de las dos tipos de opiniones consultivas que se dan en el sistema interamericano: respecto del primero –interpretación general de normas de derechos humanos–, ello fue rechazado expresamente por la redacción del Protocolo No. 2, y al discutirse posteriormente el problema que generaba un criterio tan estricto para el funcionamiento del Tribunal Europeo estudiando una posible reforma al Protocolo, la mayoría de integrantes que componían el grupo de personas expertas que analizaba la situación fue de la idea de que no era necesario extender la competencia material de la Corte Europea, y que la exclusión de cuestiones sustantivas de la competencia consultiva era deseable para evitar toda confusión con un caso contencioso<sup>1421</sup>.

Sobre la posibilidad de que el Tribunal Europeo se pronuncie respecto de la compatibilidad de una norma interna respecto de las previsiones establecidas en el Convenio Europeo, la delegación de los Países Bajos solicitó en 1972 al Comité de Ministros del Consejo de Europa que pida una opinión consultiva en relación a la revisión de la ley disciplinaria militar del país; ello fue rechazado por el Comité de Ministros, entendiendo que el objeto no formaba parte de la competencia material del Tribunal. El tema de ampliar la competencia del Tribunal Europeo en torno a esta cuestión también fue discutido en el Comité Directivo para los Derechos Humanos del Consejo de Europa durante los años 1978 y 1979, aunque el resultado

1419. Ello sucedió durante el trámite de la opinión consultiva 15 que adoptara la Corte Interamericana.

1420. Ello sucedió en el pedido en torno a lo que debería entenderse por «otro procedimiento de investigación o de solución internacional», en el marco del juego del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención de Minsk sobre Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes (CEI).

1421. Consejo de Europa: Comité de Expertos para mejorar el procedimiento bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Actas 24 a 27 de abril de 1990.

fue decepcionante, ya que el órgano propuso no proceder a modificación alguna del Protocolo No. 2 «por el momento».

Ha de considerarse, adicionalmente, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no posee disposición análoga al art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica, aunque el art. 52 de aquel instrumento determina que a requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, toda Alta Parte Contratante suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de las disposiciones de este Convenio<sup>1422</sup>. Todo ello derivó en la falta de incentivo dentro del sistema europeo, para establecer una función consultiva análoga a la prevista en el art. 64.2 de la Convención Americana.

El Propio Tribunal Europeo se ha encargado de aclarar que tampoco es competente para examinar el grado de compatibilidad en sí misma de resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa o de otros instrumentos análogos, respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>1423</sup>.

Bajo dicha lógica, no es sorprendente la amplitud, número y variedad de opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH en comparación con el evidentemente escaso producido europeo con base en el Convenio de Roma y sus Protocolos. La Corte Interamericana no solamente ha evaluado el grado de compatibilidad de disposiciones internas de los Estados respecto del marco jurídico aplicable del derecho internacional de la persona humana, sino que también ha dejado sentado múltiples estándares en relación al contenido y alcance de determinados derechos humanos, identificando obligaciones concretas para los Estados.

Sin embargo, y de manera opuesta, el Protocolo No. 16 Adicional al Convenio Europeo en el aspecto relativo a la legitimación activa abre la puerta a una posibilidad no prevista aún en el sistema interamericano: la factibilidad de que una Alta Corte de un Estado parte pueda solicitar opiniones consultivas en el marco de un asunto que se encuentre conociendo y que involucre la interpretación o aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y ello ha demostrado un incipiente dinamismo del Tribunal Europeo en este tipo de opiniones consultativas.

A nivel de participación en el desarrollo de las opiniones consultivas, la práctica del sistema interamericano muestra nuevamente mucha mayor amplitud que en el proceso ante el Tribunal Europeo: un procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana se convierte en una verdadera caja de resonancia de las más diversas opiniones sobre el asunto en trámite, y la celebración de audiencias luego de recibir contribuciones escritas ha devenido la regla constante; de su parte, la presidencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nunca ha considerado necesario hasta el presente, habilitar una instancia oral en las cuatro opiniones consultivas que emitió, ni en las tres ocasiones en que resolvió su incompetencia.

---

1422. En el Convenio Europeo original, la disposición se encontraba en el art. 57.

1423. European Court of Human Rights: Advisory Opinion «on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights» (No. 2); párr. 34.

En el trámite de la Opinión Consultiva adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la posibilidad de que la Asamblea Parlamentaria descarte una lista de personas candidatas que fuera enviada por un Estado cuando la misma no posea personas de ambos sexos, participaron con observaciones escritas trece Estados<sup>1424</sup>. En el trámite de la Opinión Consultiva adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a las posibles sustituciones de listas de personas candidatas al Tribunal, o de renuncias de una o más personas candidatas, presentaron escritos dieciséis Estados miembros del Consejo de Europa, así como la Asamblea Parlamentaria.

En cuanto a las participaciones escritas, en la única solicitud que le llegó a la Corte Europea con base en el Convenio de Oviedo, presentaron documentos veinticinco Estados y seis organizaciones no gubernamentales.

La primera de las opiniones emitidas por el Tribunal con base en el Protocolo No. 16 contó con la participación escrita de una de las partes que litigaban el asunto por el que se planteó la consulta en el procedimiento doméstico, así como del gobierno francés; la Fiscalía de París no envió observaciones y tampoco lo hizo el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. Tres Estados del Consejo de Europa presentaron documentos, así como la Defensoría del Pueblo de Francia, una institución académica y seis organizaciones no gubernamentales.

La segunda de las opiniones emitidas por el Tribunal con base en el Protocolo No. 16 –a solicitud de la Corte Constitucional de Armenia– contó con la participación escrita de ambas partes en el procedimiento interno, y del gobierno Armenio, así como de dos organizaciones no gubernamentales; el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa no envió observaciones.

En el sistema interamericano, ya el trámite de la primera opinión consultiva contó con la presentación de quince intervenciones escritas: seis de Estados, cinco de organismos de la Organización de los Estados Americanos, y cuatro provenientes de entidades de la sociedad civil. Algunas de las opiniones consultivas han concitado una enorme participación. A título de ejemplo, la solicitud de Costa Rica para que la Corte Interamericana se pronuncie sobre identidad de género, expresión de género y derechos de las parejas del mismo sexo contó con la participación escrita de diez Estados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, siete organizaciones estatales de diferentes países, cuarenta y siete asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, y organizaciones no gubernamentales, y veintiséis personas a título individual; el pedido de la Comisión Interamericana para que el Tribunal se expida en relación al derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género,

1424. Adicionalmente, a solicitud del juez ponente de la Opinión Consultiva, se requirió información específica a todos los Estados miembros del Consejo de Europa respecto de si poseían reglas que aseguren la presencia de mujeres en sus altas cortes nacionales, y se recibieron 37 respuestas.

contó con la participación de siete Estados, tres órganos de la OEA, dos organismos internacionales, cuarenta y tres organismos intergubernamentales y estatales, asociaciones internacionales y nacionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas, y siete personas a título individual. Finalmente, la última opinión consultiva emitida por la Corte, sobre la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales, dentro del contexto del sistema interamericano de derechos humanos, contó con la participación de cuatro Estados, dos órganos de la OEA, y cincuenta y seis instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil. A ello contribuye la práctica ya consolidada de la Secretaría de la Corte, de convocar específicamente a entidades e instituciones, así como de realizar un llamado público a toda persona interesada a través del sitio web del Tribunal<sup>1425</sup>.

## 5. EL VALOR JURÍDICO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

En el sistema europeo de derechos humanos ha existido un comportamiento lineal –mantenido a lo largo del tiempo–, y consistente de parte de todos los actores en el mismo, para rechazar cualquier idea que sostenga el valor jurídico vinculante de las opiniones consultivas que emita el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Durante los trabajos preparatorios que llevaron a la adopción del Protocolo No. 2 la posición dominante ha sido descartar el efecto jurídico vinculante de las opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo, diferenciando así las consecuencias de dichos dictámenes respecto de las sentencias pronunciadas en un caso contencioso. Si bien el art. 47 del actual Convenio Europeo guarda silencio respecto del efecto jurídico de las opiniones consultativas, en ninguna de las dos decisiones emitidas por el Tribunal Europeo bajo dicha norma hay referencia –siquiera elípticamente– respecto del posible valor jurídico que debe reconocérsele a dichos pronunciamientos.

El Convenio de Oviedo –de igual forma– no se refiere al posible valor jurídico que ha de reconocerse a las opiniones consultivas, y en el único dictamen aprobado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con base en dicho instrumento la cuestión no se aborda en el cuerpo de la decisión.

De su parte, la propia letra del Protocolo No. 16 –que regula las opiniones consultivas que pueden llegar al tribunal por vía de una alta corte nacional– indica enfáticamente «*las opiniones consultivas no serán vinculantes*»<sup>1426</sup>.

En las dos decisiones adoptadas por el Tribunal Europeo en aplicación del Protocolo No. 16, éste señaló que la función consultiva de la Corte Europea bajo dicho instrumento jurídico internacional no consiste en pronunciarse en los procedimientos contradictorios sobre demandas contenciosas mediante una sentencia

1425. Práctica que comenzó en ocasión de la convocatoria efectuada por la Corte Interamericana a efectos de la Opinión Consultiva N° 20, solicitada en el año 2008 por la República Argentina y resuelta por el Tribunal en el año 2009.

1426. Protocolo No. 16 al CEDH: art. 5.

vinculante, sino más bien, en el plazo más breve posible, proporcionar a la corte o tribunal interno solicitante una orientación que le permita garantizar el respeto de los derechos establecidos en el Convenio, al resolver el caso que tiene ante sí<sup>1427</sup>.

Sin embargo, estas opiniones consultivas devienen vinculantes en la práctica: se abordan cuestiones que están bajo tratamiento judicial y se encuentran tramitándose en el más alto tribunal de un Estado parte; el asunto involucra nada menos que la interpretación y aplicación del Convenio Europeo a un caso específico –porque ese es el pre requisito para activar la legitimación activa del tribunal superior del Estado frente al Tribunal Europeo–, y la posición que adopte la Corte Europea será determinante para que quien no ve satisfechos sus intereses en caso de que el tribunal nacional no haya «atendido» el dictamen europeo, decida enviar el consecuente caso contencioso a Estrasburgo, para que el Tribunal Europeo se pronuncie al respecto.

El art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también guarda silencio en relación al valor jurídico de las opiniones consultativas. La Corte Interamericana, ha ido puliendo su posición respecto del tema con el paso del tiempo. Tempranamente –en 1982– señaló que sus dictámenes en la materia –por la «naturaleza» de la función consultiva– no poseen el mismo efecto vinculante que sus sentencias<sup>1428</sup>; más adelante –en 1997– ha sostenido que una opinión consultiva que ella emite no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, pero tiene, en cambio, «efectos jurídicos innegables»<sup>1429</sup>; y ya en la segunda década del siglo XXI –año 2017– el Tribunal omitió reiterar que «*las opiniones consultivas no poseen el mismo efecto vinculante que las sentencias contenciosas*», y en uno de los puntos resolutivos de una opinión consultiva resaltó que conforme a ciertas disposiciones de la Convención Americana es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por las parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales<sup>1430</sup>. La Corte Interamericana ha podido decir, sin complejos, aquello que los Estados *deben hacer* como consecuencia de su pronunciamiento consultivo sobre una cuestión tan medular en materia de no discriminación, y su consecuencia evidente es que las decisiones consultivas son vinculantes para los Estados parte en el instrumento jurídico en cuestión analizado,

1427. European Court of Human Rights: «Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother», European Court of Human Rights: «Avis Consultatif relatif à l'utilisation de la technique de "législation par référence" pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée».

1428. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-1/82; *cit.*; párr. 51; asimismo, ver Corte IDH: Opinión Consultiva OC-3/83; *cit.*; párr. 32.

1429. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-15/97; *cit.*; párr. 26.

1430. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-24/17 *cit.*; parte decisoria, párr. 8.

si se han referido a la interpretación del alcance de algún derecho o las obligaciones derivadas del mismo –en virtud del principio de la «cosa interpretada»–.

## 6. A MODO DE CONSIDERACIONES FINALES

La diversa maquinaria que poseen los sistemas explica en parte el rumbo divergente en el funcionamiento de ambos tribunales regionales de derechos humanos; en el plano europeo se privilegia blindar al mecanismo fijado, para que el mismo no experimente una posible injerencia de mecanismos alternativos acordados entre las partes<sup>1431</sup>, y la resolución del caso concreto con el alcance más restringido –la mayor reducción posible de los efectos de las decisiones hacia terceros–: todo ello derivó en un poco entusiasmo dentro del Tribunal Europeo para desarrollar estándares, el consecuente despliegue de la teoría del «margen de apreciación» nacional en la jurisprudencia contenciosa, la emisión de sentencias enfocadas rigurosamente en el marco del asunto bajo análisis, y las reparaciones limitadas –en su enorme mayoría– a meras compensaciones económicas. La letra del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y la posición conservadora del Tribunal han cooperado mucho para la consolidación de este camino.

En el sistema interamericano hay mayor vocación de fijar estándares a través de las decisiones que toma la Corte Interamericana; de allí que el tribunal con sede en San José rechace la doctrina del margen de apreciación nacional, emita sentencias con claros postulados jurídicos generales en materia de fondo –y como tal consecuentemente aplicables a todos los Estados partes respecto de la norma sobre la cuál se expide–, y –gracias a una base convencional favorable– la determinación de medidas amplias de reparación que exceden la compensación económica, incluidas garantías de no repetición.

Esa diferencia sistémica también se ha trasladado al campo de las opiniones consultivas, microscópicas en cuanto al objeto bajo el Convenio Europeo, reducidas por voluntad del Tribunal Europeo en la interpretación del Convenio de Oviedo, y enmarcadas en un caso concreto a resolver –cuando opera el Protocolo No. 16.

Por el contrario, la Corte IDH ha ampliado –a través de la propia jurisprudencia del Tribunal– el alcance general de la función consultiva, desplegando una activa vocación por el establecimiento de postulados que intentan fijar estándares en cuanto al contenido y alcance de los derechos, así como en relación a las obligaciones de los Estados. El Tribunal interamericano ha resaltado que en su función consultiva

1431. El Convenio Europeo es riguroso para evitar que lleguen al Tribunal, incluso demandas que involucren la interpretación del mismo en el marco de una controversia bajo otro mecanismo de solución, con base en acuerdos que existan entre dos o más Estados Partes. Art. 55: Las Altas Partes Contratantes renuncian recíprocamente, salvo compromiso especial, a prevalecerse de los tratados, convenios o declaraciones que existan entre ellas, a fin de someter, por vía de demanda, una diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación del presente Convenio a un procedimiento de solución distinto de los previstos en el presente Convenio.

no está llamado a resolver cuestiones de hecho, y percibe a su competencia como esencialmente multilateral.

Si se trazan evaluaciones respecto de los tres tipos de opiniones consultivas existentes que fueron analizadas, puede concluirse lo siguiente:

- a) A nivel de *interpretación general de normas*, es la base convencional y la práctica lo que demuestra que el sistema interamericano ha aprovechado exponencialmente este tipo de opiniones consultivas, y que por el contrario el sistema europeo lo ha reducido a una expresión mínima en torno a ciertas normas que no se refieren a contenido de derechos establecidos en el Convenio Europeo y sus protocolos, ni al alcance de los mismos, sino apenas a ciertas disposiciones procedimentales. A pesar de que el Convenio de Oviedo le hubiese permitido al Tribunal Europeo desplegar más fácilmente este tipo de opiniones, éste ha decidido por posición conservadora auto limitar sus propias funciones.
- b) A nivel de *examen de compatibilidad entre disposiciones internas y normas de derechos humanos*, nuevamente la base convencional y la práctica desplegada por la Corte Interamericana muestran un desarrollo exponencial de este tipo de opiniones consultivas, sin visualizarse hasta el momento intención dentro del Consejo de Europa para habilitar una función semejante al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- c) En lo relativo al *servicio de ayuda consultivo en el marco de un caso que se discuta ante una alta corte interna*, es el sistema europeo quien lleva ventaja por la base jurídica del Protocolo No. 16, y la predisposición mostrada por el Tribunal Europeo de ver con buenos ojos este tipo de consultas, para intentar –de esa manera– que las jurisdicciones domésticas resuelvan asuntos con base en interpretación y aplicación del Convenio Europeo bajo la mirada del Tribunal, y de esa forma reducir el número de asuntos contenciosos que arriban a Estrasburgo.

En el contexto indicado, es poco probable –aunque la dinámica histórica siempre puede derivar en lo imprevisible– que el sistema europeo avance hacia una función consultiva de ribetes similares a la fijada en el artículo 64.1 del Pacto de San José de Costa Rica, que le permite a la Corte Interamericana manejarse cómodamente en el establecimiento de estándares. De forma radicalmente opuesta, los trabajos preparatorios efectuados sobre el posible mejoramiento de la función consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y aquellos otros que derivaron finalmente en la aprobación del Protocolo No. 16, concluyen que las opiniones consultivas «no generan efectos hacia terceros Estados».

Tampoco –por lo señalado *supra*– parece visible en un futuro cercano que en el sistema europeo se habilite una competencia consultiva sobre compatibilidad entre disposiciones internas y las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos.

Sin embargo, sí resultaría algo más factible dentro de la Organización de los Estados Americanos ensayar un protocolo adicional al Pacto de San José de Costa Rica que regule una función consultiva adicional de forma similar a la establecida en el Protocolo No. 16 al Convenio Europeo, habilitando a altas cortes nacionales a consultar a la Corte IDH, aunque ello dependerá exclusivamente de los Estados Partes en el Pacto de San José (aunque la Corte Interamericana siempre ha mostrado flexibilidad para ampliar su competencia consultiva por vía interpretativa, la única manera de fijar un mecanismo similar al Protocolo No. 16 es por vía de un instrumento jurídico adicional al Pacto de San José). El marco al menos no es hostil, si se tienen en cuenta señales contundentes dadas a partir de la jurisprudencia regional americana, entre ellas el desarrollo de la doctrina del «control de convencionalidad» desplegada por la Corte Interamericana, y la búsqueda constante de un diálogo jurisprudencial por parte del Tribunal interamericano con las jurisdicciones nacionales.

## TÍTULO III

# A dimensão substantiva / La dimensión sustantiva



## *Capítulo 21*

# Direito à vida no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos

INÊS FERNANDES GODINHO<sup>1432</sup>  
ANA ELISABETE FERREIRA<sup>1433</sup>

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2. PENA DE MORTE E EUTANÁSIA.  
2.1. *Pena de morte*. 2.2. *Eutanásia*. 3. CONCLUSÕES.

### **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O direito à vida encontra-se consagrado no art. 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, CEDH), em artigo que, além de podermos considerar que se encontra construído com o reconhecimento do direito e sua interpretação, não poderá ser plenamente compreendido sem os arts. 1.º e 3.º da CEDH e sem os Protocolos nºs 6 e 13 à CEDH.

Nos termos do art. 2.º, sob a epígrafe «Direito à vida»,

«1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pro-nunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei<sup>1434</sup>.

- 
1432. Professora Associada da Universidade Lusófona – Centro Universitário do Porto (Portugal). Doutorada em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Investigadora do CEAD Francisco Suárez (ULUSOFONA) e do Instituto Jurídico (FDUC). É ainda associada do Centro de Direito Biomédico, da Ass. Portuguesa de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social e da Fundación Internacional de Ciencias Penales.
1433. Investigadora Colaboradora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Centro de Direito Biomédico (Portugal). Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutorada em Bioética pela Universidade Católica Portuguesa. Pós-doutorada em Direito e Tecnologia pelo Mediterranea International Centre for Human Rights Research (Reggio Calabria, Itália). É ainda associada do Centro de Direito Biomédico, da Ass. Portuguesa de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social.
1434. Alguns autores criticam esta formulação do n.º 1, considerando como mais adequada a da Declaração Universal dos Direitos Humanos ou a da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. *Cfr.* Monte, M., «Direito à vida e proibição da pena de morte», in PINTO DE

2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

- a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;
- b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;
- c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição».

Este é um dos artigos fundamentais da CEDH, que não admite derrogação, em tempo de paz, ao abrigo do art. 15.º da CEDH<sup>1435</sup>.

Poder-se-á afirmar que, juntamente com o art. 3.º da CEDH<sup>1436</sup>, o art. 2.º constitui um dos valores básicos das sociedades democráticas que integram o Conselho da Europa<sup>1437</sup>.

Como resulta da construção do art. 2.º, do mesmo decorrem dois eixos principais. Por um lado, o reconhecimento<sup>1438</sup> e a obrigação de proteção legal deste direito<sup>1439</sup>, por outro lado, a proibição da provação intencional da vida<sup>1440</sup>.

Quer isto dizer que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos consagrou uma proteção ético-jurídica da vida muito específica e focada na possibilidade de o direito-vida ser ameaçado ou cerceado. Não se optou aqui, portanto, por abranger outras múltiplas dimensões do direito à vida – como são colocadas, paradigmaticamente, na i) Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aclamada em outubro de 2005 na Conferência Geral da UNESCO, e na ii) Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Nestas, não só a *vida*, mas também a *dignidade da vida* e a *qualidade de vida* são exaltadas como valores bioéticos em si mesmos. Trata-se de uma questão relevante para contextualizar a emergência deste direito na CEDH.

---

ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), pp. (586-606), p. 588.

1435. Segundo o n.º 2 do art. 15.º da CEDH, «A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao art. 2.º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos arts. 3º, 4º (parágrafo 1) e 7.º ».
1436. Relativo à proibição de tortura: Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.
1437. Como já expressamente afirmado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso Giuliani e Gaggio c. Itália, n.º 23458/02, de 24 de março de 2011 (§ 174). Assim também, Ribeiro de Faria, P., «Direito à vida e proibição da pena de morte», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), (pp. 551-585), p. 552.
1438. É controverso se se deve afirmar que a CEDH consagra o direito à vida, dado que mesmo na construção da CEDH este direito se assume como um verdadeiro valor. Cfr. FARIA (2019), p. 552.
1439. Pelos Estados membros, o que acontecerá, também, por via da incriminação de actos de homicídio.
1440. Em relação ao qual são enumeradas as excepções no n.º 2 do art. 2.º.

Fundamental para a compreensão da estrutura do art. 2.º é a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH) *McCann e outros c. Reino Unido*<sup>1441</sup>. Como se refere nos §§ 146-148 desta decisão,

«146. A abordagem do Tribunal à interpretação do Artigo 2 (art. 2) deve ser orientada pelo facto de que o objecto e a finalidade da Convenção como instrumento para a protecção dos seres humanos individuais exige que as suas disposições sejam interpretadas e aplicadas de forma a tornar as suas salvaguardas práticas e eficazes (ver, *inter alia*, o Ac. Soering v. Reino Unido de 7 de julho de 1989, Série A no. 161, p. 34, par. 87, e o Ac. Loizidou v. Turquia (Objecções Preliminares) de 23 de março de 1995, Série A no. 310, p. 27, par. 72).

147. Deve também ter-se em conta que, como uma disposição (art. 2) que não só salvaguarda o direito à vida, mas estabelece as circunstâncias em que a privação da vida pode ser justificada, o Artigo 2 (art. 2) é uma das disposições mais fundamentais da Convenção – na verdade, uma disposição que, em tempo de paz, não admite qualquer derrogação ao abrigo do Artigo 15 (art. 15). Juntamente com o Artigo 3 (art. 15+3) da Convenção, também consagra um dos valores básicos das sociedades democráticas que compõem o Conselho da Europa (ver o Ac. Soering acima mencionado, p. 34, par. 88). Como tal, as suas disposições devem ser estritamente interpretadas.

148. O Tribunal considera que as excepções delineadas no parágrafo 2 (art. 2-2) indicam que esta disposição (art. 2-2) se estende a, mas não se refere exclusivamente a, homicídio intencional».

De uma perspetiva mais ampla, pode perceber-se que a obrigação positiva dos Estados-membros de protegerem a vida dos seus cidadãos assume, no espírito da CEDH, um âmbito bastante vasto, que pode encontrar manifestações específicas desde os cuidados de saúde<sup>1442</sup> e a proteção de pessoas vulneráveis<sup>1443</sup>, até à segurança rodoviária<sup>1444/1445</sup>. Todavia, a própria redação do art. 2.º não permite retirar considerações sobre a dignidade ou qualidade de vida, como já foi expressamente reconhecido pelo TEDH no Ac. *Pretty c. Reino Unido*<sup>1446</sup>.

Ao tratar das questões éticas suscitadas pela medicina, ciências da vida e tecnologias associadas na sua aplicação aos seres humanos, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO pôde incorporar princípios que norteiam o respeito pela dignidade humana, pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, garantindo o respeito pela vida dos seres humanos na perspetiva da sua dignidade intrínseca, tanto coletiva quanto individualmente perce-

1441. McCann e outros c. Reino Unido, n.º 18984/91, de 27 de setembro de 1995. Esta decisão veio reiterar o entendimento da Comissão na decisão *Kathleen Stuart c. Reino Unido*, n.º 10044/82, de 10 de julho de 1984.

1442. Acórdãos *Calvelli e Ciglio c. Itália*, n.º 32967/96, de 17 de Janeiro de 2002, ou *Vo v. FRANCE*, n.º 53924/00, de 8 de julho de 2004.

1443. Ac. *Nencheva e outros c. Bulgária*, n.º 48609/06, de 18 de junho de 2013; *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Roménia*, n.º 47848/08, de 17 de julho de 2014.

1444. Ac. *Anna Todorova c. Bulgária*, n.º 23302/03, de 24 de maio de 2011.

1445. Para uma análise de outras obrigações positivas, FARIA (2019), pp. 566 e ss.

1446. Ac. *Pretty c. Reino Unido*, n.º 2346/02, de 29 de abril de 2002.

bida. Considerando o impacto dos rápidos progressos da ciência e da tecnologia, reconhece-se aqui a impossibilidade de pensar o direito à vida hodiernamente, sem considerar as permanentes alterações na nossa conceção da vida e na vida biológica em si mesma. O que não pode deixar de levar ao reconhecimento de que os progressos da ciência, da tecnologia e da medicina são uma base evolutiva de grandes benefícios para a humanidade, nomeadamente aumentando a esperança de vida e melhorando a qualidade de vida, progressos que deverão sempre procurar promover o bem-estar dos indivíduos, das famílias, dos grupos e das comunidades e da humanidade em geral.

Destarte, o bem jurídico «vida» surge como força pervasiva dos direitos humanos e apresenta-se à possibilidade de ser pensado, também, em conjunto com a saúde, com a dignidade e com o bem-estar, num contexto não estritamente biológico, mas também psicossocial e cultural – a vida de um ser humano, e o modo como é vivida, é agora plenamente perspetivado como algo que respeita à intimidade e à autonomia do indivíduo, e não apenas como objeto de proteção vertical do Estado.

Já na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, o bem «vida» é *confundido* com a integridade da vida e o primado da vida humana – isto é, a vida é, em última instância, o bem que se protege quando se protege a integridade física e moral do corpo humano, a identidade, a saúde, a autonomia individual, a autodeterminação pessoal, a não discriminação, a vida privada, a não-maleficência face ao corpo e a garantia do resarcimento de danos. *Vida*, pois, *incorporada*<sup>1447</sup> e numa «conceção radicalmente não utilitarista do corpo»<sup>1448</sup>.

Uma breve nota para falar da situação constitucional portuguesa: a nossa Constituição estatui no seu art. 24.º que «a vida humana é inviolável», afirmação que poderia levar a crer pela total indisponibilidade do bem jurídico em causa. Contudo, a Constituição usa, rigorosamente, a mesma formulação no art. 25.º, onde afirma que a «a integridade moral e física das pessoas é inviolável», não podendo aqui, por certo, depreender-se a impossibilidade de dispor do próprio corpo. Também por esta razão, tem sido entendimento do Tribunal Constitucional português o art. 24.º, n.º 1, da CRP não impede o legislador «de introduzir na ordem jurídica causas de justificação atendíveis em sede de auxílio ao suicídio ou de homicídio a pedido da vítima»<sup>1449</sup>.

1447. Vide Loureiro, J., «Artigo 1.º – Objeto e Finalidade», in *Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina – 20 Anos de Vigência em Portugal* (Loureiro, Pereira, Barbosa, coords.), Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (2022), pp. 27-45, p. 35.

1448. Canotilho, J. J. G., *O tempo curvo de uma carta (fundamental) ou o direito constitucional interiorizado*, Porto, 2006, p. 13.

1449. Cf. o Ac. n.º 123/2021 do Tribunal Constitucional, em plenário.

## 2. PENA DE MORTE E EUTANÁSIA

### 2.1. PENA DE MORTE

A redação inicial do art. 2.º, n.º 1, 2.ª parte, da CEDH não permitia afirmar que, no contexto da CEDH, não obstante o valor da inviolabilidade da pessoa humana, pudesse ser afirmada a abolição da pena de morte no âmbito do Conselho da Europa. Ao que acresce, tendo em conta o teor literal do art. 2.º, n.º 1, 2.ª parte, que a pena de morte não poderia ser incluída na proibição de tortura e nas penas e tratamentos desumanos e degradantes.

Em 1985 entra em vigor o Protocolo n.º 6 da CEDH, de 28 de abril de 1983, no qual, «considerando que a evolução verificada em vários Estados membros do Conselho da Europa exprime uma tendência geral a favor da abolição da pena de morte»<sup>1450</sup>, estabelece no art. 1.º que *a pena de morte é abolida. Ninguém pode ser condenado a tal pena ou executado*. Todavia, este Protocolo permitia, ainda, que quanto a actos praticados em tempo de guerra ou de perigo iminente de guerra os Estados pudessem prever a pena de morte na sua legislação (art. 2.º do Protocolo n.º 6).

Em 3 de maio de 2002 é celebrado o Protocolo n.º 13 à CEDH, relativo à abolição da pena de morte em quaisquer circunstâncias, que entra em vigor em 2003.

Pode ler-se neste Protocolo que «o direito à vida é um valor fundamental numa sociedade democrática e que a abolição da pena de morte é essencial à protecção deste direito e ao pleno reconhecimento da dignidade inherente a todos os seres humanos», importando, pois, «reforçar o direito à vida garantido pela Convenção» e «dar o último passo para abolir a pena de morte em quaisquer circunstâncias».

Por outras palavras, apenas em 2003, com a entrada em vigor deste Protocolo n.º 13, ficou definitivamente abolida a pena de morte no contexto da Convenção<sup>1451</sup>.

A entrada em vigor dos Protocolos n.º 6 e n.º 13 veio a conceder nova leitura ao art. 2.º e a ter, também, fortes implicações no art. 3.º da Convenção, o que se torna visível através da convocação (breve) de algumas decisões do TEDH.

Assim, no *Ac. Soering c. Reino Unido* (1989<sup>1452</sup>), o TEDH decidiu que a extradição de um homem acusado de homicídio para os Estados Unidos, onde poderia enfrentar a pena de morte, violaria a proibição da tortura dado o longo período que as pessoas normalmente passam no corredor da morte em condições extremas nos EUA, com uma angústia cada vez maior de esperar para ser executado. Também no *Ac. Jabari c. Turquia* (2000<sup>1453</sup>), o Tribunal decidiu que a deportação de uma mulher que arriscaria a morte por lapidação para o Irão violaria a proibição da tortura.

1450. Considerando do Protocolo n.º 6.

1451. Dado que, nos termos do art. 5.º do Protocolo n.º 13, as respectivas disposições dos arts. 1.º a 4.º são consideradas adicionais à Convenção.

1452. Ac. Soering c. Reino Unido, n.º 14038/88, de 7 de julho de 1989.

1453. Ac. Jabari c. Turquia, de 11 de julho de 2000.

Contudo, no caso *Bader e Kanbor c. Suécia* (2005<sup>1454</sup>), após a entrada em vigor de ambos os Protocolos, o Tribunal decidiu que a deportação de um homem condenado à morte após um julgamento injusto na Síria violaria o direito à vida e a proibição da tortura, ou seja, já considera existir violação do direito à vida. Aqui temos, portanto, uma consideração autónoma da proibição da pena de morte no contexto da Convenção.

Ao mesmo passo, com o caso *Al-Saadson e Mufdhi c. Reino Unido*<sup>1455</sup>, a pena de morte passa claramente a integrar a noção de pena «desumana e degradante».

O Tribunal salientou que, quando a CEDH foi elaborada, há 60 anos, a pena de morte não violava os padrões internacionais, mas a evolução ético-jurídica subsequente acarretou a sua abolição completa, na lei e na prática, em todos os 47 Estados-membros / Estados Partes da Convenção. Dois protocolos à Convenção tinham entrado, entretanto, em vigor, abolindo a pena de morte em tempo de paz (Protocolo n.º 6) e em todas as circunstâncias (Protocolo n.º 13), e o Reino Unido tinha ratificado ambos. Todos os Estados da Convenção, exceto dois, tinham assinado o Protocolo n.º 13 e todos os Estados que o tinham assinado, exceto três, o tinham ratificado. Isto demonstrou que o art. 2.º da Convenção tinha sido emendado de forma a proibir a pena de morte em todas as circunstâncias. Consequentemente, o Tribunal decidiu que a pena de morte, que envolvia a destruição deliberada e premeditada de um ser humano pelas autoridades do Estado, causando dor física e intenso sofrimento psicológico como resultado da presciência da morte, deveria ser considerada uma pena desumana e degradante e, como tal, contrária ao art. 3.º da Convenção.

Tendo em conta os Protocolos n.º 6 e n.º 13, a questão da pena de morte tem sido sobretudo suscitada em casos de extradição de Estados-membros para Estados em que tal pena possa vir a ser aplicada<sup>1456</sup>.

Em Portugal, concretamente, o art. 24.º da Constituição estabelece o direito à vida como «inviolável», clarificando perentoriamente que «em caso algum haverá pena de morte». Esta pena foi abolida, entre nós, em 1852 – para os crimes políticos – e em 1867, para os crimes civis. Em correspondência postal de Victor Hugo a Brito Aranha desse dia pode ler-se: «Desde hoje, Portugal está à frente da Europa. Vós, os portugueses, não haveis cessado de ser navegadores intrépidos. Ides sempre para a frente, outrora no Oceano, hoje na Verdade. Proclamar princípios é ainda mais belo do que descobrir mundos»<sup>1457</sup>.

1454. Ac. *Bader e Kanbor c. Suécia*, n.º 13284/04, de 8 de novembro de 2005.

1455. Ac. *Al-Saadson e Mufdhi c. Reino Unido*, n.º 61498/08, de 2 de março de 2010.

1456. Para uma visão geral da jurisprudência do TEDH neste âmbito, ECHR, *Factsheet – Death penalty abolition*, junho de 2022, disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Death\\_penalty\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Death_penalty_ENG.pdf)

1457. ARANHA, B., Factos e homens do meu tempo: memórias de um jornalista, Lisboa, Parceria António Maria Pereira, Livraria Editora, 1908. Tomo 2, p. 200.

Em 1916, com a entrada de Portugal na Primeira Guerra Mundial, foi revista a Constituição de 1911, foi readmitida excepcionalmente a pena de morte para traição em tempo de guerra, mantendo-se esta exceção no art. 8.º, n.º 11, da Constituição de 1933, a qual foi total e definitivamente abolida com a Constituição de 1976 (art. 24.º, n.º 2).

## 2.2. EUTANÁSIA

No âmbito do art. 2.º da CEDH, o TEDH, logo na mais conhecida decisão a este propósito, *Pretty c. Reino Unido*, entendeu que o direito à vida não comporta uma dimensão negativa ou, dito de outro modo, um direito a morrer.

Assim, o TEDH reiterou o primado ao art. 2.º enquanto disposição basilar da Convenção<sup>1458</sup>, mas sublinhando, em harmonia com a jurisprudência do Tribunal, não considerar ser possível integrar uma vertente negativa no direito à vida consagrado no referido art. 2.<sup>º</sup><sup>1459</sup>.

Com efeito, afirmar a existência de um direito significa ser conferido «a determinada pessoa um poder destinado à satisfação de um interesse próprio ou alheio, acompanhado da faculdade de dispor (fazer interferir ou não) dos meios coercivos que protegem esse poder»<sup>1460</sup>. Ora, o TEDH afirma perentoriamente que não pode derivar do art. 2.º da Convenção um direito à morte, quer com ajuda de terceiro, quer com recurso às autoridades públicas, confirmando-se este entendimento pela Recomendação 1418 (1999) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa<sup>1461</sup>.

Como nos parece claro, a impossibilidade de garantia de decisões sobre a própria vida postula tanto a inexistência de um direito ao suicídio, como de um direito à eutanásia; em suma, de um direito à morte.

O que não significa, contudo, que os Estados não tenham margem de apreciação no que diz respeito à amplitude da liberdade dos seus cidadãos. É certo que, como sublinha o TEDH, a extensão com que os Estados permitam ou pretendam regu-

1458. Como resulta do § 37 do Acórdão, «The Court's case-law accords pre-eminence to Article 2 as one of the most fundamental provisions of the Convention (see McCann and Others v. the United Kingdom, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, pp. 45-46, §§ 146-47). It safeguards the right to life, without which enjoyment of any of the other rights and freedoms in the Convention is rendered nugatory. It sets out the limited circumstances when deprivation of life may be justified and the Court has applied a strict scrutiny when those exceptions have been relied on by the respondent States (*ibid.*, p. 46, §§ 149-50)).»

1459. De acordo com o § 39 do aresto, «The consistent emphasis in all the cases before the Court has been the obligation of the State to protect life. The Court is not persuaded that "the right to life" guaranteed in Article 2 can be interpreted as involving a negative aspect.»

1460. BAPTISTA MACHADO, J., *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Reimp., Coimbra, Almedina, 1995, p. 84.

1461. § 40 do Acórdão. A referida Recomendação 1418 (1999) estabelece que os Estados-Membros são instados a respeitar e a proteger a dignidade dos doentes terminais ou moribundos, mais sublinhando a necessidade de manutenção da proibição de homicídio destes doentes.

lar a possibilidade de lesão poderá envolver considerações conflituantes quanto à liberdade pessoal e ao interesse público<sup>1462</sup>. Mas como o próprio TEDH reconheceu em jurisprudência mais recente, no *Ac. Haas c. Suíça*<sup>1463</sup>, está ainda longe a existência de um consenso entre os Estados-Membros do Conselho da Europa quanto ao direito de uma pessoa no que concerne a escolher como e quando terminar a sua vida. Ora, existindo crescentemente casos de despenalização de procedimentos de morte assistida em alguns Estados-Membros, a maioria deles ainda privilegia a proteção do direito à vida, face ao que, nesta matéria, os Estados terão uma ampla margem de apreciação, entendimento este que o TEDH veio ainda a reiterar no *Ac. Lambert e outros c. França*<sup>1464</sup>.

Note-se, ademais, que esta jurisprudência significa, não obstante a margem de apreciação reconhecida, que as soluções legislativas de sentido liberal devem respeitar a orientação do caso *Pretty v. The United Kingdom*, não podendo, deste modo, consagrar um «direito à eutanásia», como se torna claro no caso *Brongersma*, na Holanda<sup>1465</sup>, onde resulta evidente a existência de um limite definido à eutanásia lícita<sup>1466</sup>.

Não pode ignorar-se, contudo, que a proteção do direito à vida, que pretende salvaguardar-se nesta instância, concorre com exigências comunitárias urgentes, onde interseca o dever de solidariedade para com as pessoas mais frágeis e o respeito pela autonomia dos indivíduos. Por isso, um pouco por toda a Europa (tal como na América e na Oceania), a morte assistida – quer por via de eutanásia quer por via de suicídio assistido, consoante os casos – tem vindo a ser tratada legislativamente à margem daquele entendimento mais restritivo do TEDH. Os Países Baixos, o Luxemburgo, a Suíça e a Espanha têm soluções para a abreviação da vida em situações específicas. Em Portugal, a despenalização da morte assistida encontra-se em processo legislativo.

O modelo português de morte medicamente assistida (MMA), em termos de condutas admitidas, seguiu a designada *solução ampla* em todas as propostas apresentadas no Parlamento. Isto é, uma solução em que são admitidas tanto a conduta ativa do profissional de saúde (MMA praticada por profissional de saúde), como a conduta ativa do próprio doente (MMA ajudada por profissional de saúde).

Em termos de modelo normativo, o legislador português, nos diversos projetos, tem seguido o modelo de despenalização – ou de justificação – que podemos encontrar em outros ordenamentos jurídicos. Por outras palavras, mantém

1462. § 41 do Acórdão.

1463. *Ac. Haas c. Suíça*, de 20 de janeiro de 2011.

1464. *Ac. Lambert e outros c. França*, de 5 de junho de 2015.

1465. Decisão do Hoge Raad [Supremo Tribunal holandês], n.º 00797/02, de 24 de dezembro de 2002.

1466. Cfr. GODINHO, I., «Direito à morte ou liberdade para morrer: revisitação do Case of *Pretty v. The United Kingdom* a respeito da morte assistida em pessoas com VIH/SIDA», Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto 8 8, (2016), pp. 169-178.

as incriminações do homicídio a pedido da vítima (art. 134.º do Código Penal) e do incitamento ou ajuda do suicídio (art. 135.º do Código Penal), estabelecendo o(s) Decreto(s) uma causa de justificação, em que são tratados conjuntamente os casos de antecipação de morte. Com efeito, se quiséssemos encontrar a legitimização do homicídio a pedido da vítima na intocabilidade ou inviolabilidade da vida de outra pessoa, por um lado, não poderiam existir causas de justificação em relação a qualquer homicídio (mesmo em legítima defesa). Pois que todas as causas de justificação – ao «permitirem» uma morte de outra pessoa – significariam, assim, um apoucamento desta mesma inviolabilidade.

Há ainda que sublinhar que o legislador português tem seguido o modelo altruísta, ou seja, um modelo em que é impedida a participação de médico ou profissional de saúde que possa ser beneficiário da morte do doente. Tal terá de respeitar, necessariamente, um conjunto de requisitos formais e materiais. Em termos formais, o doente tem, desde logo, de ser maior, nacional ou legalmente residente. Fundamental, em termos materiais, é que o doente se encontre em sofrimento intolerável, causado por lesão definitiva de gravidade extrema ou doença grave e incurável.

Por seu turno, o pedido tem de corresponder à vontade do doente, tendo de ser atual, reiterado, sério, livre e esclarecido. De notar que, tendo em conta não só as exigências quanto ao doente como quanto ao pedido, como ao procedimento, o esclarecimento, no patamar da morte medicamente assistida, tem de ser compreendido de forma exigente, ou seja, não só têm de ser respeitados os tópicos de esclarecimento gerais do art. 157.º do Código Penal (Dever de esclarecimento), como a este acrescem os tópicos específicos de esclarecimento indicados no procedimento de morte medicamente assistida.

Finalmente, o referido procedimento de morte medicamente assistida implica, em traços gerais, a reiteração da vontade do doente, de modo a garantir que se trata, neste procedimento, do respeito dessa mesma vontade e da tutela do direito fundamental à autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, pressupondo a manifestação da vontade requisito de tramitação de cada uma das «fases» do procedimento.

### 3. CONCLUSÕES

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos consagrou uma proteção ético-jurídica da vida muito específica e focada na possibilidade de o direito-vida ser ameaçado ou cortejado. Não se optou aqui, portanto, por abranger outras múltiplas dimensões do direito à vida – como são colocadas, paradigmaticamente, na *i*) Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aclamada em outubro de 2005 na Conferência Geral da UNESCO, e na *ii*) Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Nestas, não só a *vida*, mas também a *dignidade da vida* e a *qualidade de vida* são exaltadas como valores bioéticos em si mesmos.

Um pouco por toda a Europa (tal como na América e na Oceania), a morte assistida – quer por via de *eutanásia* quer por via de *suicídio assistido*, consoante os casos – tem vindo a ser tratada legislativamente à margem daquele entendimento mais restritivo do TEDH. Na União Europeia, Países Baixos, Luxemburgo, Suíça e Espanha têm soluções para a abreviação da vida em situações muito específicas, sempre mediante apertados pressupostos. Em Portugal, a despenalização da morte assistida encontra-se em processo legislativo, e as exigências da despenalização implicam um procedimento complexo, com diversos requisitos formais e materiais.

*Assim, pode afirmar-se que proteção do direito à vida, que pretende salvaguardar-se nesta instância, concorre com exigências comunitárias urgentes, onde intersesta o dever de solidariedade para com as pessoas mais frágeis e o respeito pela autonomia dos indivíduos.*

## *Capítulo 22*

# Derecho a la vida: estándares interamericanos

MARCELO ANDRADE DE AZAMBUJA<sup>1467</sup>  
MARINA DE ALMEIDA ROSA<sup>1468</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSIDERACIONES GENERALES. 2.1. *Sujeto activo*. 2.2. *Sujeto pasivo*. 2.3. *Obligaciones estatales*. 2.4. *Reparaciones*. 3. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS. 3.1. *Uso de la fuerza por agentes estatales*. 3.2. *Pena de muerte*. 3.3. *Ejecuciones sumarias, arbitrarias o extrajudiciales*. 3.4. *Vida digna*. 3.5. *Desaparición forzada de personas*. 4. GRUPOS VULNERABLES. 4.1. *Mujeres*. 4.2. *Niños, niñas y adolescentes*. 4.3. *Personas privadas de la libertad*. 4.4. *Pueblos indígenas y tribales*. 4.5. *Personas con discapacidad*. 4.6. *Personas en situación de movilidad*. 4.7. *Personas LGBTI*. 4.8. *Personas defensoras de derechos humanos*

### 1. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) garantiza el derecho a la vida por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Complementariamente, el Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, sin excluir otros tratados

- 
1467. Abogado. Estudiante de Maestría en International Human Rights and Humanitarian Law por la American University – AU (Estados Unidos). Master en Derecho por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (Brasil). Licenciado en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil) con periodo de movilidad académica junto a la Universidad de Buenos Aires – UBA (Argentina).
1468. Abogada y consultora de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Master en Derecho por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil), cuando fue becaria del Ministerio de Educación de Brasil (CAPES/PROEX). Especialista en Derecho Internacional por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil). Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Fundação Escola Superior do Ministério Público (Brasil). La autora hace constar que el presente capítulo no representa la opinión de la Organización de los Estados Americanos, ni de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de su Secretaría Ejecutiva.

y el derecho interno cuando más benéfico<sup>1469</sup>, regulan este derecho y han contribuido para el desarrollo jurisprudencial interamericano<sup>1470</sup>.

El SIDH ha desarrollado el sentido y los límites del derecho a la vida por medio del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La publicación de informes temáticos y de país, la otorgación de medidas cautelares, provisionales y de urgencia, y la publicación de informes de fondo y sentencias contribuyen para la promoción y protección del derecho ante los desafíos de la región americana.

Este capítulo presenta el sentido y los límites del derecho a la vida en el SIDH. El texto se divide en dos partes. En la primera parte, se presentan consideraciones generales sobre el derecho a la vida, sus sujetos activo y pasivo, las obligaciones estatales de respeto y garantía, así como las modalidades de reparación por su violación. En la segunda parte, se presentan consideraciones específicas sobre el derecho a la vida, como el uso de la fuerza por agentes estatales, pena de muerte, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, vida digna, y temas específicos vinculados a grupos especialmente vulnerables.

## 2. CONSIDERACIONES GENERALES

El SIDH garantiza el derecho a la vida sobre todo por la DADH y por la CADH. La DADH en su artículo I establece que «todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona». La CIDH y la Corte IDH han interpretado de manera extensiva las obligaciones relacionadas al derecho a la vida de los Estados que no ratificaron la CADH de acuerdo con la DADH<sup>1471</sup>. Ya la CADH, en su artículo 4.1, establece que «todas las personas tienen el derecho de que se respete su vida» en general «desde el momento de su concepción», de modo que «nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente». Los artículos 4.2 a 4.6 imponen límites a la pena de muerte.

Según el artículo 27.2 de la CADH, el derecho a la vida no puede ser suspendido mismo en casos de guerra, peligro público, o de otra emergencia que amenacen la independencia o la seguridad de un Estado. Por otra parte, se observa que el artículo 4 de la CADH puede ser objeto de reserva por parte de los Estados, aunque la Corte IDH haya interpretado esa facultad de manera restrictiva<sup>1472</sup>. Asimismo,

- 
- 1469. Corte IDH. «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.
  - 1470. TIGROUDJA, H.; HENNEBEL, L., *The American Convention on Human Rights. A commentary*. New York, Oxford University Press, 2022, pp. 130-131.
  - 1471. CAVALLARO, J./ VARGAS, C./ SANDOVAL, C. *et al*, *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*, New York, Oxford University Press, 2019, p. 328.
  - 1472. Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No.

es posible identificar divergencias en la jurisprudencia interamericana acerca de la naturaleza del derecho a la vida<sup>1473</sup>. Mientras la CIDH ha manifestado que el derecho a la vida se trata de una norma de *ius cogens*<sup>1474</sup>, la Corte IDH no lo reconoció de esta manera hasta el presente.

Debido a su importancia, la CIDH y la Corte IDH han afirmado que el derecho a la vida es condición para la realización y disfrute de los otros derechos<sup>1475</sup>. Así, tales órganos suelen reconocer la conexión de violaciones al derecho a la vida a otros derechos, como la personalidad jurídica, la integridad personal, la libertad personal, la protección judicial y las garantías judiciales, el derecho a la niñez y a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)<sup>1476</sup>.

Con particularidad, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado la idea de que el derecho a la vida incluye el derecho a una vida digna. O sea, las obligaciones estatales no son limitadas a las obligaciones de no privar una persona arbitrariamente de su vida o de adoptar medidas para preservar la vida de una persona, sino también incluyen medidas para permitir el acceso a condiciones y recursos que garanticen una existencia digna<sup>1477</sup>. Tales obligaciones ganaron impulso con la reciente jurisprudencia que ha reconocido violaciones autónomas a los DESCAs, en conformidad con el artículo 26 de la CADH, y estimulan el análisis sobre desarrollo<sup>1478</sup>.

---

3. Por oportuno, indicamos que hicieron reservas a la prohibición a la pena de muerte: la República Dominicana, Barbados, Guatemala, y Trinidad y Túmbago.

1473. TIGROUDJA, H.; HENNEBEL, L., *The American Convention on Human Rights. A commentary*. New York, Oxford University Press, 2022, p. 133.
1474. CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte IDH en el caso de: Anstraum Villagrán Morales y otros. contra la República de Guatemala (11.383). 1997.
1475. Corte IDH. Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144; Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 63.
1476. TIGROUDJA, H.; HENNEBEL, L., *The American Convention on Human Rights. A commentary*. New York, Oxford University Press, 2022, p. 132; Corte IDH. Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2020. Serie C No. 417, párr. 88; Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 133.
1477. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 172; Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 85; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 167.
1478. ANDRADE DE AZAMBUJA, M.; DE ALMEIDA ROSA, M., «Caso Lagos Del Campo vs Peru: a virada jurisprudencial da Corte IDH sobre a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais», en OLIVEIRA SIMÕES, B. / BITENCOURT, D. /

## 2.1. SUJETO ACTIVO

El SIDH reconoce el derecho a la vida a «toda persona». La Corte IDH ha establecido el sentido de «toda persona» como «todo ser humano», y que la protección interamericana no se extiende a las «personas jurídicas» y tampoco al «medio ambiente», como lo han hecho otros sistemas de protección de derechos humanos<sup>1479</sup>. Las reglas interamericanas fueron diseñadas para promover y garantizar los derechos humanos de cualquier persona o grupo de personas independiente de sus características frente a un Estado parte. Así, personas jurídicas o entes del medio ambiente no fueron consideradas víctimas en el SIDH de manera autónoma, sino por extensión de los derechos humanos de las personas con quienes están relacionados.

Además, el artículo 4 de la CADH reconoce el derecho a la vida «en general, a partir del momento de la concepción». Esa es una diferencia entre el SIDH y los demás sistemas de protección de derechos humanos, cuyos tratados no especifican un momento de «inicio» de la vida. Si bien el texto de la CADH podría conducir a una interpretación más restrictiva en materia de salud sexual y reproductiva, la CIDH y la Corte IDH han analizado los trabajos preparatorios de la DADH y de la CADH, y han afirmado que la expresión «en general» ofrece oportunidades para garantizar la interrupción del embarazo sin implicar violación del derecho a la vida<sup>1480</sup>. En particular, la Corte IDH ha establecido que la «concepción» tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, por lo que antes de eso no habría lugar a la protección del derecho a la vida<sup>1481</sup>.

En ese sentido, la CIDH y la Corte IDH han reconocido que ciertas hipótesis de interrupción del embarazo son compatibles con el derecho interamericano. El caso *Baby Boy vs. Estados Unidos* la CIDH afirmó que la interrupción voluntaria del embarazo no viola necesariamente la DADH<sup>1482</sup>. El tema fue abordado por la Corte IDH

---

COSTANZA, G. et al (coords.), Temas atuais de Direitos Humanos: estudos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, Editora Fi, (2021), v. 3, pp. 135-155.

1479. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22. párr. 62 y ss.; Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal –interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. párr. 50 y ss.
1480. CIDH. Resolución No. 23/81. Caso 2141. Estados Unidos de América. 6 de marzo de 1981. párr. 30 («considerando»).
1481. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 264.
1482. CIDH. Resolución No. 23/81. Caso 2141. Estados Unidos de América. 6 de marzo de 1981. párr. 19.d («considerando»).

en el marco de la medida provisional del *Asunto B. respecto de El Salvador*, cuando reconoció que la interrupción del embarazo está de acuerdo con la CADH en casos de riesgos a la vida y a la integridad de la mujer embarazada<sup>1483</sup>. Asimismo, en su reciente informe de fondo sobre el caso *Beatriz vs. El Salvador*, la CIDH afirmó que en casos de riesgo para la salud, vida e integridad de la mujer y/o en casos en que el feto es incompatible con la vida extrauterina la interrupción del embarazo es compatible con la CADH<sup>1484</sup>.

## 2.2. SUJETO PASIVO

Conforme el artículo 1.1 de la CADH, los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. A su vez, el artículo 2 de la CADH determina que los Estados poseen la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Esas impone a los Estados la obligación general de respetar, garantizar y proteger el derecho a la vida. Así, el Estado que incumple tales obligaciones por omisión o acción, es responsable internacionalmente. Las violaciones al derecho a la vida pueden ser practicadas por agentes estatales, con independencia de la jerarquía del órgano y agentes, del grado de culpabilidad e incluso no se requiere la identificación del agente violador<sup>1485</sup>. Además, los Estados pueden ser responsabilizados por violación del derecho a la vida por omisión, tolerancia o apoyo a acciones de particulares<sup>1486</sup>. Se nota que los Estados pueden ser responsabilizados por los actos de privados cuando se encuentran en posición de garante en relación con determinados grupos de individuos y situaciones<sup>1487</sup>, o cuando conocen la situación de riesgo real e inmediato en contra de un individuo o grupo de individuos determinado y cuentan con las posibilidades razonables para prevenir o evitar el riesgo, y no lo hace<sup>1488</sup>.

---

1483. Corte IDH. Asunto B. respecto de El Salvador. Resolución de la Corte IDH de 19 de agosto de 2013, párr. 14.

1484. CIDH. Informe No. 9/20. Caso 13.378. Informe de Fondo. Beatriz. El Salvador. 3 de marzo de 2020, párrs. 102-124.

1485. Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 110.

1486. Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 133.

1487. Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 110.

1488. Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 280.

### 2.3. OBLIGACIONES ESTATALES

Las normas y jurisprudencia interamericanas desarrollaron obligaciones negativas y positivas de los Estados en relación al derecho a la vida, las cuales deben ser observadas sin discriminación<sup>1489</sup>. Los agentes estatales deben abstenerse de atentar contra la vida de personas (obligación negativa), y deben crear condiciones para que no se produzcan violaciones a ese derecho, sea por atentados o por indignidad (obligaciones positivas). En aras de garantizar el goce y el ejercicio del derecho a la vida, los Estados deben prevenir su violación, investigar eventuales violaciones, juzgar y sancionar a los responsables, además de reparar integralmente a los familiares de la víctima cuando sea responsable<sup>1490</sup>.

En relación con la obligación de prevención, la Corte ha afirmado que los Estados deben garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones del derecho a la vida, e impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo<sup>1491</sup>. En los casos de prevención de violación al derecho a la vida se debe evaluar si el Estado tenía la capacidad de conocer el riesgo, y si era posible adoptar las medidas para prevenirlo<sup>1492</sup>. Por otra parte, la Corte IDH ha afirmado que la obligación de prevención es violada por situaciones de impunidad, así como en situaciones en que, si bien la víctima no ha llegado a fallecer, su vida ha sido puesta en riesgo y amenaza<sup>1493</sup>.

El derecho a la vida plantea otras discusiones, como la facultad del Estado de obligar a alguien que preserve su vida. En ese sentido, discusiones como suicidio, eutanasia, decisiones de no permitir transfusiones de sangre o la vacunación contra enfermedades, las huelgas de hambre pueden ser evaluadas en el marco de dicho

---

1489. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, pár. 186; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120; Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 125.

1490. CIDH, Informe No. 33/04, Caso 11.634, Fondo, Jailton Neri Da Fonseca, Brasil, 11 de marzo de 2004, párr. 69; Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4 174.

1491. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 64; Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 83.

1492. Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 209.

1493. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 158.d y 158.e; Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 176; Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párrs. 124-125 y 127-128.

derecho<sup>1494</sup>. Sin embargo, a diferencia del sistema europeo de derechos humanos y de los órganos de Naciones Unidas no todos esos temas han sido desarrollados por el SIDH.

La relación entre el derecho a la vida y el suicidio fue evaluada recientemente por la Corte IDH en el caso *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*<sup>1495</sup>. Según la Corte IDH, el hecho de que un individuo abrevie la propia vida por acto suicida no es suficiente para alejar la responsabilidad del Estado en sus obligaciones de respeto y de garantía. Para que un Estado sea responsabilizado por violación al derecho a la vida en suicidio, es necesario que la persona se encuentre en situación de violencia permanente y de vulnerabilidad, y que el Estado haya conocido los riesgos de la situación y los haya tolerado.

Por otra parte, el tema de la aplicación de vacunas para garantizar el derecho a la vida fue abordado por la CIDH. En su *Resolución 1/2021 - Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos*, la CIDH reconoció que toda vacuna contra COVID-19 que el Estado vaya a suministrar debe contar con el consentimiento previo, libre e informado de la persona. También, reconoció que cuando la condición de salud o capacidad jurídica de las personas no lo permite, resulta necesario contar con el consentimiento por parte de sus familiares o representantes legales, admitiéndose excepción cuando la persona se encuentre en situación de inminente riesgo a la vida<sup>1496</sup>.

Finalmente, la relación del derecho a la vida con temas como la transfusión de sangre, huelga de hambre, eutanasia y ortotanásia todavía no han sido evaluadas en el SIDH. Si bien es cierto que la Corte IDH ha evaluado el tema de transfusión de la sangre, lo hizo en el marco del derecho a la integridad personal y el daño a la salud, cuando analizó la contaminación por SIDA recurrente de una transfusión<sup>1497</sup>, sin evaluar el derecho a la vida. El anterior también ocurre en relación con la huelga de hambre, tema que ha sido evaluado por la CIDH y por la Corte IDH desde el derecho a la integridad personal<sup>1498</sup>. En particular, la CIDH ha afirmado que, en casos de huelga de hambre de detenidos, el Estado debe asegurar que la persona esté en condiciones de formarse un juicio sobre los efectos de tal acción, si la per-

1494. MEDINA QUIROGA, C., La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal debido proceso y recurso judicial, Santiago, Universidad de Chile, 2005, p. 62.

1495. Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020, párr. 157.

1496. CIDH. Resolución 1/2021. Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos. Adoptadas por la CIDH el 6 de abril de 2021, párrs. 16-17.

1497. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrs. 176, 190.

1498. Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 394; CIDH. Hacia el cierre de Guantánamo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 20/15, 3 junio 2015, párrs. 137-152.

sona comprende las consecuencias, es su derecho realizarla, no siendo permitida la alimentación forzada<sup>1499</sup>.

## 2.4. REPARACIONES

Una vez reconocida la responsabilidad internacional de un Estado por violación del derecho a la vida surge la obligación de reparación integral de las víctimas y de sus familiares. El artículo 63.1 de la CADH dispone que los Estados deben reparar las consecuencias de la situación que ha configurado la vulneración de derechos y realizar el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. La Corte IDH ha insertado entre las medidas de reparación, aquellas orientadas a la no repetición de los hechos<sup>1500</sup>.

La reparación integral de una violación del derecho a la vida no es tarea simple. No es posible traer de vuelta a la vida a una persona que haya muerto debido a omisión o acción de agentes estatales. No obstante, es posible realizar el pago de indemnización a sus familiares, conferirles medidas de apoyo psicológico y médico, crear o adaptar políticas públicas de manera que las víctimas supervivientes y sus familiares puedan avanzar con su proyecto de vida, o mismo puedan vivir en condiciones de dignidad<sup>1501</sup>. Por ejemplo, en el caso *Mendoza v. Argentina*, la Corte IDH determinó la revisión de la pena de las víctimas y de otras personas que hubiesen cometido delitos siendo menores de edad; ya en el caso *Fábrica de Fuegos v. Brasil*, la Corte IDH determinó la creación de un programa de desarrollo socioeconómico en favor de las víctimas y familiares<sup>1502</sup>.

Con la finalidad de garantizar la reparación integral, la Corte IDH ha determinado medidas de no repetición, como investigar eventuales violaciones, juzgar y sancionar a los responsables, como manera de erradicar la impunidad y de desestimular aquellos que podrían incurrir en prácticas semejantes<sup>1503</sup>. En el mismo

- 
1499. CIDH. Hacia el cierre de Guantánamo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 20/15, 3 junio 2015, párrs. 146-147.
1500. Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 135; Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 54; Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 26.
1501. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párrs. 148, 150.
1502. Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 318.
1503. Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 135; Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 54; Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay.

sentido, la Corte IDH ha determinado la creación o adaptación de políticas públicas para prevenir la violación del derecho a la vida, como en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, cuando determinó el desarrollo de programa de capacitación para profesionales de la salud vinculados al atendimiento de pacientes con trastornos mentales<sup>1504</sup>. En el caso *Campo Algodonero vs. México*, estableció que México debería crear una política integral, coordinada y de largo plazo para garantizar que los casos de violencia contra las mujeres fueran prevenidos e investigados, los responsables procesados y sancionados, y las víctimas reparadas<sup>1505</sup>; en el caso *Barbosa de Souza y otros vs. Brasil*, determinó que era necesario recolectar información integral respecto de las varias formas de la violencia basada en género para dimensionar la magnitud del fenómeno, formular políticas públicas y diseñar estrategias para prevenir y erradicar nuevos actos de violencia contra las mujeres<sup>1506</sup>.

Finalmente, es dable recalcar que en su sentencia del caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, la Corte IDH reconoció por primera vez que algunas violaciones de derechos humanos implican en una violación el «proyecto de vida». Se trata de un término que se «se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone», de manera que los Estados deben reparar la pérdida de opciones por parte de una víctima de violación de derechos humanos<sup>1507</sup>. Sin embargo, a lo largo de los años la Corte IDH ha dejado de lado el concepto de «proyecto de vida» partiendo para el enfoque del derecho «a la vida digna»<sup>1508</sup>, reconocido como el deber estatal de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan<sup>1509</sup>.

---

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112., párr. 26.

- 1504. Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 250.
- 1505. Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 494-496.
- 1506. Corte IDH. Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021. Serie C No. 435, párr. 193.
- 1507. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párrs. 148, 150.
- 1508. SALVIOLI, F. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Instrumentos, órganos, procedimiento y jurisprudencia, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro (2020), p. 71.
- 1509. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 162; Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 81; Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 155.

### 3. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS

#### 3.1. USO DE LA FUERZA POR AGENTES ESTATALES

En el marco del derecho a la vida, la CIDH y la Corte IDH han evaluado la legalidad del uso de la fuerza letal por agentes de seguridad estatal, reconociendo que el uso de la fuerza letal debe ser restringida a una finalidad legítima, necesaria y proporcional<sup>1510</sup>. Ello implica que, si una persona pierde la vida como consecuencia del uso de la fuerza empleada por agentes estatales y no se respetan esos requisitos, el hecho equivale, a una privación arbitraria de la vida<sup>1511</sup>. Luego, si se observan esos requisitos no habrá violación al derecho a la vida.

Aunado al anterior, la Corte IDH ha definido el contenido de esos requisitos. La *finalidad legítima* significa que el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo; la *absoluta necesidad* indica que se debe verificar si existen otros medios menos lesivos para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que se pretende proteger; la *proporcionalidad* comprende que el nivel de la fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido<sup>1512</sup>. Complementariamente, se observa que la Corte IDH eventualmente indica que también se debe observar requisitos como el planeamiento (que el uso de la fuerza sea planeado)<sup>1513</sup> y el principio de humanidad (la prohibición de medidas de violencia para logro de una ventaja militar)<sup>1514</sup>.

Asimismo, la Corte IDH ha establecido que, tratándose del uso de la fuerza, los Estados deben actuar de manera preventiva, monitorear las acciones concomitantes y actuar en relación a los hechos posteriores. Tales obligaciones se vinculan a la obligación general de garantizar el derecho a la vida. A nivel preventivo, los Estados deben contar con un marco jurídico adecuado que regule el uso de la fuerza y que garantice el derecho a la vida; entrenar y dotar a sus agentes de distintos tipos de armas, municiones y equipo de protección que les permita adecuar su reacción de forma proporcional a los hechos que intervengan<sup>1515</sup>. Cuanto, a las acciones con-

- 
- 1510. CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. 2002. OEA/Ser.L/V/II.116, doc. 5, párr. 88; Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párr. 134.
  - 1511. CIDH. Informe 1/96. Caso 10.559. Chumbivilcas. Perú. 1 de marzo de 1996; CIDH. Informe 34/00. Caso 11.291. Carandirú. Brasil. 13 de abril de 2000, párrs. 63 a 67.
  - 1512. Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párr. 134.
  - 1513. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 67.
  - 1514. Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 85.
  - 1515. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 66; Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 49.

comitantes, los Estados deben realizar una evaluación de la situación y establecer un plan de acción previo a su intervención<sup>1516</sup>. Por otra parte, las actuaciones posteriores incluyen la necesidad de existir procedimientos para verificar la legalidad del uso de la fuerza letal y la obligación estatal de desvirtuar, por medio de un procedimiento judicial efectivo, eventuales alegaciones sobre su responsabilidad por violar el derecho a la vida<sup>1517</sup>.

Finalmente, el SIDH ha valorado los alcances del derecho a la vida en el marco de conflictos armados no internacionales<sup>1518</sup>. En el caso *Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, la Corte IDH aplicó el artículo 4 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra y afirmó que el derecho a la vida no puede ser suspendido en tiempos de guerra, peligro público u otras amenazas a la seguridad del Estado<sup>1519</sup>. En el caso *Cruz Sánchez y otros vs. Perú*, la Corte IDH aplicó el artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario en el marco del artículo 4 de la CADH y estableció que en relación con los «no civiles» que se quedan fuera del combate debe ser garantizado en los términos del artículo 4 de la CADH<sup>1520</sup>.

### 3.2. PENA DE MUERTE

El SIDH establece restricciones y límites en relación a la pena de muerte, en dirección a su abolición en la región americana. La DADH es silente sobre la pena de muerte, mientras que la CADH la aborda en conjunto con el Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. De manera general, la pena de muerte debe ser restricta de acuerdo con ley anterior a los delitos más graves en cumplimiento de una sentencia de tribunal competente, sin posibilidad de ampliación de sus hipótesis.

Si bien el artículo I de la DADH establezca el derecho a la vida sin mención expresa a la pena de muerte, eso no ha impedido a la CIDH afirmar que la DADH prohíbe su aplicación cuando ésta dé lugar a una privación arbitraria de la vida, o se configure un castigo cruel<sup>1521</sup>.

- 
1516. Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párrs. 124, 126, 130.
1517. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 79-81.
1518. SALVIOLI, F., El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Instrumentos, órganos, procedimiento y jurisprudencia, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, p. 69.
1519. Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 148.
1520. Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párrs. 269-278, 316.
1521. CIDH. La pena de muerte en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: de restricciones a abolición. OEA/Ser.L/V//II. Doc. 68. 31 diciembre de 2011, párr. 10.

Por otro lado, los artículos 4.2 a 4.6 de la CADH reglan extensamente la pena de muerte y suelen ser interpretados de manera restrictiva<sup>1522</sup>. Los artículos 4.2 y 4.3 establecen restricción al retroceso, de manera que los Estados que hayan abolido la pena de muerte no la pueden imponer, y aquellos no la hayan abolido no pueden ampliar su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente; además, establecen límites a la aplicación, determinando que la pena de muerte debe ser restricta según la ley anterior a los delitos más graves en cumplimiento de una sentencia de tribunal competente<sup>1523</sup>. Así, si hay una ley posterior más favorable aboliendo la pena de muerte, esa es irrevocable<sup>1524</sup>. El artículo 4.4 determina que la pena capital no puede ser aplicada a delitos políticos ni comunes conexos a los políticos. El artículo 4.5 establece que no se impondrá la pena de muerte a personas con menos de 18 y más de 70 años al momento del delito, así como a mujeres embarazadas. Finalmente, el artículo 4.6 determina que todas las personas condenadas a la muerte tienen derecho a solicitar amnistía, indulto o commutación de la pena sin que ésta sea aplicada hasta decisión de autoridad competente<sup>1525</sup>.

El Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte confirma el entendimiento de que toda persona tiene el derecho inalienable a que se respete su vida sin que se pueda suspenderlo por ninguna causa, y reconoce la tendencia de los Estados americanos en favor de la abolición de la pena de muerte. El artículo 1 del Protocolo afirma que sus Estados Partes no aplicarán la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción, pese a que el artículo 2 permita la realización de reserva para aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra por delitos sumamente graves de carácter militar<sup>1526</sup>.

La Corte IDH se ha pronunciado por primera vez sobre la pena de muerte en su *Opinión Consultiva 3/83 sobre la Restricción a la Pena de Muerte*. En la oportunidad, reconoció que existen tres limitaciones a la aplicación de la pena de muerte en los países

- 
- 1522. Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 50.
  - 1523. Corte IDH. Caso Ruiz Fuentes y otra Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2019. Serie C No. 385, párr. 80; Corte IDH. Caso Martínez Coronado Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C No. 376, párr. 62.
  - 1524. Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2. y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 56.
  - 1525. Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrs. 184, 188.
  - 1526. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, O., «La pena de muerte en el marco de los criterios de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en GARCÍA RAMÍREZA, S. /ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, O./ PELÁEZ FERRUSCA, M. (coords.), *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, UNAM, (2014), pp. 159-175.

en que no han abolido esa pena<sup>1527</sup>. La primera limitación indica que en los Estados en que no se haya abolido la pena capital, esa solo puede imponerse en cumplimiento a una sentencia dictada por un tribunal competente y en conformidad con la legislación que la imponga, y que tenga sido dictada antes de la comisión del delito<sup>1528</sup>. De ahí resulta que la aplicación de la pena de muerte debe observar tanto el debido proceso legal, como el principio de la legalidad y de la irretroactividad. La segunda limitación establece que los Estados deben considerar la aplicación de la pena de muerte sólo en consideraciones excepcionales y a delitos graves<sup>1529</sup>. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que no se puede aplicar la pena capital a delitos que no entrañan la pérdida de vidas humanas<sup>1530</sup>. La tercera y última limitación excluye la pena de muerte a quienes, en momento de la comisión del delito, tuvieran menos de 18 años y más de 70, además de que prohíbe su aplicación a mujeres embarazadas. De esa manera, las legislaciones que imponen pena de muerte como sanción sin considerar las circunstancias particulares del acusado y del delito son inconvenionales<sup>1531</sup>.

Al final, la Corte IDH ha establecido que cualquier reserva hecha por los Estados al artículo 4 de la CADH debe ser interpretada restrictivamente<sup>1532</sup>. Así, una reserva para permitir la aplicación de la pena de muerte a crímenes políticos o comunes conexos con los políticos de acuerdo con ley anterior no puede ser interpretada de manera extensiva a permitir lo que es prohibido por el artículo 4.2 de la CADH. Una reserva en ese sentido «evita que constituya violación a la Convención para el Estado reservante el mantenimiento de la pena de muerte para los delitos políticos y conexos ya sancionados con ella al entrar en vigencia la misma»<sup>1533</sup>.

### 3.3. EJECUCIONES SUMARIAS, ARBITRARIAS O EXTRAJUDICIALES

Toda omisión o acción estatal que implica en la muerte de alguien bajo su jurisdicción y que no está encuadrada en los marcos legales del uso de la fuerza excepcional, necesario, racional y proporcional o de aplicación de pena de muerte es una violación del derecho a la vida. Esas acciones u omisiones son definidas por el SIDH como ejecuciones sumarias, arbitrarias o extrajudiciales, expresiones utilizadas como sinónimos.

1527. Corte IDH. Restricciones a la Pena de muerte (Arts. 4.2. y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párrs. 55, 57.

1528. *Ibidem*, párr. 53.

1529. *Ibidem*, párr. 54.

1530. Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párrs. 68-69, 79.

1531. *Ibidem*, párr. 80; Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrs. 57-58.

1532. Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2. y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, s 67 y ss.

1533. *Ibidem*, párr. 71.

El Relator Especial para Ejecuciones Sumarias y Arbitrarias de Naciones Unidas ha distinguido esas expresiones. Clasificó *ejecución sumaria* como la privación de la vida resultante de la ejecución de pena de muerte sin las garantías procesales mínimas; *ejecución arbitraria* como la privación de la vida resultante del asesinato de persona por acción u omisión estatal sin proceso judicial o legal; y *ejecución extrajudicial* como privación de la vida resultante de asesinato de persona por acción u omisión estatal sin proceso judicial o legal y en contra de relevantes reglas de derecho internacional y nacional<sup>1534</sup>.

La CIDH ha definido que las ejecuciones extrajudiciales o sumarias se caracterizan por privaciones deliberadas e ilegítimas de la vida por parte de agentes estatales, quienes, en general, actúan bajo órdenes o al menos con el consentimiento o aquiescencia de autoridades<sup>1535</sup>. A su vez, la Corte IDH ha evaluado ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias en contexto de desapariciones forzadas<sup>1536</sup>, conflictos armados<sup>1537</sup>, y uso desproporcionado de la fuerza<sup>1538</sup>.

### 3.4. VIDA DIGNA

Una de las principales diferencias del SIDH en relación con los otros sistemas de protección de derechos humanos es la ampliación de la interpretación del derecho a la vida en el sentido de reconocer la existencia de un derecho a la «vida digna». En el caso *Niños de la Calle*, la Corte IDH afirmó que la esencia del derecho a la vida también comprende el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna<sup>1539</sup>. A partir del referido caso, la Corte IDH ha afirmado que los Estados deben generar condiciones mínimas de vida compatibles con la dignidad de la persona y no deben impedir o dificultar esas condiciones<sup>1540</sup>.

- 
- 1534. United Nations. Economic and Social Council. Summary or arbitrary execution. Report by the Special Rapporteur Mrs. S. Amos Wako, appointed pursuant to resolution 1982/39 of 7 May 1939 of the Economic and Social Council, E/CN.4/1983/16, 31 January 1983, párr. 66.
  - 1535. CIDH. Informe No. 80/07. Caso 11.658. Findo. Martín Pelicó Coxic. Guatemala. 15 de octubre de 2007, párr. 109.
  - 1536. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 157.
  - 1537. Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párrs. 339-343.
  - 1538. Corte IDH. Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, párr. 71; Corte IDH. Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 177; Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 280.
  - 1539. Corte IDH. Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.
  - 1540. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 162; Corte IDH. Caso Zambrano

La jurisprudencia interamericana reconoció de manera amplia al derecho a la vida digna, incluyendo distintas situaciones que pueden llevar a su violación. La Corte IDH estableció estándares de vida digna en relación a condiciones de personas privadas de libertad<sup>1541</sup>, así como de pueblos indígenas en acceder a sus medios de subsistencia tradicionales por el uso y disfrute de recursos naturales<sup>1542</sup>. Además, avanzó en el caso *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador* cuando reconoció que el derecho a la educación favorece la posibilidad de gozar de una vida digna, y que la violencia sexual contra niñas y la tolerancia institucional afectan el derecho a vivir en condiciones de dignidad<sup>1543</sup>.

### 3.5. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Según la jurisprudencia interamericana, la desaparición forzada de personas constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la CADH, como el derecho a la vida, la libertad personal, la integridad personal y el reconocimiento a la personalidad, además de colocar a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos<sup>1544</sup>. Tales dispositivos son reforzados por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Los elementos constitutivos de la desaparición forzada son: *i)* la privación de la libertad; *ii)* la intervención directa de agentes estatales o con la tolerancia o aquiescencia de éstos; y *iii)* la negativa de reconocer la detención o de revelar la suerte o paradero de la persona desaparecida<sup>1545</sup>. En ese sentido, es posible afirmar que la desaparición forzada solamente cesa cuando aparece la víctima o sus restos son ubicados.

---

Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 81; Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 155.

1541. Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 153.
1542. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 168.
1543. Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 117, 155-158.
1544. CIDH. Informe 101/01. Caso 10.247 y otros. Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas. Perú. 10 de octubre de 2001, párr. 178; Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 82; Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 92.
1545. Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 97; Corte IDH. Caso Ticona Estrada Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 55; Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 60.

La Corte IDH ha consignado que los Estados tienen la obligación de no practicar ni tolerar la desaparición forzada de personas en cualquier circunstancia<sup>1546</sup>. Asimismo, ha reconocido la prohibición de desaparición forzada como regla de *ius cogens*, ya que ese tipo de violación caracterizaría un abandono de los principios esenciales que fundamentan el SIDH<sup>1547</sup>. Así, la Corte IDH amplía el contenido de las normas de *ius cogens* de manera regional<sup>1548</sup>, posibilidad que fue descartada recientemente por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en función de su intención de excepcionalidad y universalidad<sup>1549</sup>.

#### 4. GRUPOS VULNERABLES

El SIDH está atento al hecho de que algunos grupos de personas son históricamente más vulnerables a violaciones del derecho a la vida que otras. Es el caso, por ejemplo, de mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas privadas de libertad, pueblos indígenas y tribales, personas en situación de movilidad, personas con discapacidad, personas LGTBI, y personas defensoras de derechos humanos. En ese sentido, la Corte IDH ha firmado en su jurisprudencia en el sentido de que los Estados poseen obligaciones específicas para respetar el derecho a la vida, para adoptar medidas que preserven su vida y garanticen una existencia digna.

##### 4.1. MUJERES

En su informe sobre la *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes* (2019), la CIDH afirmó que los feminicidios son la expresión más extrema e irreversible de la violencia y discriminación contra las mujeres. Según la CIDH, los casos de asesinatos de mujeres se caracterizan por la impunidad, por la aplicación de estereotipos de género y permisividad por parte de los agentes del sistema de justicia<sup>1550</sup>.

- 
1546. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 174; Corte IDH. Caso Anzaldo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 62; Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 142.
1547. Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 84; Corte IDH. Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 112.
1548. DE ALMEIDA ROSA, M., SQUEFF, T., «*Jus Cogens: an European Concept? An Emancipatory Conceptual Review from the Inter-American System of Human Rights*», Revista de Direito Internacional, Brasília, V. 15, (2018), p. 124-137.
1549. United Nations. General Assembly. International Law Commission. seventy-first session. Fourth report on peremptory norms of general international law (*ius cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 31. A/CN.4/727. 31 January 2019, párrs. 28-30.
1550. CIDH. Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe. OEA/Ser.L/V/II. Doc 233. 14 noviembre 2019, párr. 154.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, establece en su artículo 1 que violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta basada en su género que, entre otros hechos, cause muerte a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado y en su artículo 4.a reconoce el derecho a la vida. Por otra parte, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará establece diferentes deberes a los Estados, siendo necesario destacar el deber de adoptar medidas jurídicas para que los agresores se abstengan de dañar o poner en peligro la vida de las mujeres.

En ese sentido, la jurisprudencia interamericana ha reconocido que el Estado debe brindar especial protección a mujeres y niñas, de manera que las obligaciones generales relativas al derecho a la vida son completadas por los deberes específicos de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer establecidos en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará<sup>1551</sup>. En la sentencia de *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, la Corte evaluó por primera vez el «homicidio de mujeres por razón de género», también conocido como feminicidio, y reconoció que la cultura de discriminación contra las mujeres y las respuestas ineficientes a la violencia crean una cultura de tolerancia a la violencia contra la mujer<sup>1552</sup>.

#### 4.2. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En el marco de sus análisis sobre el derecho a la vida, la Corte IDH y la CIDH han tratado de violaciones perpetradas en contra de niños, niñas y adolescentes, y han reconocido que la obligación de los Estados de respetar y garantizar tal derecho posee modalidades especiales en el caso de niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, han afirmado que es necesario llevar en cuenta no solo las normas interamericanas, sino que la Convención de Derechos del Niño que reconoce la condición de garante de Estado en relación a esas personas y la obligación establecida en el artículo 19 de la Convención Americana<sup>1553</sup>.

Además, la Corte IDH ha afirmado que el Estado se encuentra obligado a tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño<sup>1554</sup>. De esa manera, situaciones como el riesgo a supervivencia y desarrollo de los niños y

---

1551. Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 202.

1552. Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 143, 164.

1553. Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 138; Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrs. 160-161.

1554. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de marzo de 2006, párr. 177.

niñas debido a la separación de ellos de sus padres biológicos<sup>1555</sup>, la falta de garantías como la educación aquellos y aquellas privados de la libertad<sup>1556</sup>, el clima de tensión y violencia consecuencia de una masacre<sup>1557</sup>, son situaciones capaces de violar el derecho a la vida de los niños, niñas y adolescentes.

#### 4.3. PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

El SIDH ha reconocido que el Estado adquiere una posición de especial garante frente a las personas privadas de la libertad, lo que le genera la obligación de proteger a esas personas de circunstancias que pueden poner en peligro su vida<sup>1558</sup>. En razón del anterior, el Estado no sólo debe crear condiciones para que sus agentes no atenten contra la vida de las personas privadas de la libertad<sup>1559</sup>, sino que debe asegurar que sus agentes ejerzan un control adecuado del control y del orden en las cárceles, y deben adoptar las medidas necesarias para proteger a las personas privadas de libertad contra posibilidad de agresiones de terceros, incluso de reclusos<sup>1560</sup>, creando, por ejemplo, políticas carcelarias de prevención de situaciones críticas y de emergencia, como motines, para evitar fugas<sup>1561</sup>. Es así que toda violación al derecho a la vida ocurrida bajo custodia estatal se presume responsabilidad del Estado excepto si el propio Estado aporte una explicación convincente y satisfactoria de lo ocurrido<sup>1562</sup>.

Por otra parte, la Corte IDH ha reconocido que el Estado debe garantizar condiciones de vida digna a las personas privadas de la libertad<sup>1563</sup>. En ese sentido, la

- 1555. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 130.
- 1556. Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 174.
- 1557. Corte IDH. Caso de la «Masacre de Mapiripán» Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 162.
- 1558. CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párrs. 134-135; Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 153.
- 1559. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 237.
- 1560. CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párr. 284.
- 1561. Corte IDH, Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241, párr. 68; CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párr. 419.
- 1562. Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 177.
- 1563. Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 152; Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 111.

CIDH ha indicado que los Estados deben garantizar que la privación de libertad sirva a su finalidad de reforma y readaptación social, y que no conduzca a la violación de derechos humanos<sup>1564</sup>. Lo anterior permite que se relacione la garantía del derecho a la vida de las personas privadas de libertad con los derechos a la integridad personal, como en temas de prohibición de tortura<sup>1565</sup> y de garantía de condiciones mínimas compatibles con la dignidad<sup>1566</sup>, y los derechos a la salud, agua, saneamiento básico y alimentación<sup>1567</sup>.

#### 4.4. PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

El principal tema relacionado con los pueblos indígenas y tribales y el derecho a la vida que ha sido evaluado por el SIDH, es el reconocimiento del derecho a la vida digna. En el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (2005) la Corte IDH reconoció por primera vez que, en aras de garantizar un derecho a la vida digna de los pueblos indígenas, los Estados deben adoptar medidas positivas que lleven en cuenta la situación de especial vulnerabilidad de esas personas, y que consideren su forma de vida tradicional, cosmovisión, así la dimensión individual y colectiva de tal derecho<sup>1568</sup>.

Las obligaciones positivas de los Estados en relación con la garantía del derecho a la vida de los pueblos indígenas han sido interpretadas de manera amplia. Así, la Corte IDH había reconocido que en el marco del derecho a la vida, los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a alimentos<sup>1569</sup>, a servicios de salud<sup>1570</sup>. No obstante, en el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, la Corte IDH, de manera novedosa, reconoció la independencia de esos derechos, así como del derecho al agua en el marco del artículo 26 de la CADH<sup>1571</sup>.

- 
- 1564. CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Documento OEA/Ser.L/V/II, Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párr. 8.
  - 1565. Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 159.
  - 1566. Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60.
  - 1567. Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 174; Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 88; CIDH. Informe No. 111/18. Caso 12.786. Fondo. Luis Eduardo Guachalá Chimbó y familia. Ecuador. 5 de octubre de 2018. párr. 168.
  - 1568. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 163.
  - 1569. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párrs. 198-199, 202.
  - 1570. *Ibidem*, párrs. 205-206, 208.
  - 1571. Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párrs. 194-289.

Por otra parte, llama la atención la posible relación existente entre el derecho «a la identidad cultural» de las comunidades tradicionales en el marco del derecho a la vida. En particular, el magistrado Antonio Augusto Cançado Trindade en su voto razonado del caso *Comunidad Indígenas Sawhoyamaxa vs. Paraguay* afirmó que el derecho a la identidad cultural es un componente agregado del derecho a la vida, directamente relacionado a condiciones de vida digna y a la necesidad de preservación de la identidad cultural de la comunidad<sup>1572</sup>. No obstante, en el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* la Corte IDH no reconoció la relación entre la identidad cultural y la vida, sino que en relación con los DESCA, afirmando que las afectaciones a los recursos naturales y ambientales violaron la identidad cultural de las comunidades<sup>1573</sup>.

#### 4.5. PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El SIDH ha reconocido la especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad. La Corte IDH ha establecido una relación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud. En su primer caso sobre personas con discapacidad, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte IDH afirmó que los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad, asegurando el acceso a servicios básicos de salud, promoviendo la salud mental, previniendo la discapacidad mental. Así, ha reconocido la situación de vulnerabilidad de esas personas cuando son sometidas a tratamientos de salud, por lo que se debe garantizar el bienestar del paciente, su dignidad, así como condiciones dignas de cuidado y de internación<sup>1574</sup>.

Al relacionar el derecho a la vida al derecho a la salud, la Corte IDH ha afirmado que los Estados son responsables por regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas de salud pública, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida de las personas sometidas a un tratamiento de salud<sup>1575</sup>. La Corte indicó que la muerte de una persona con discapacidad que se encuentre en hospitales psiquiátricos o comunidades terapéuticas públicas o privadas es responsabilidad del Estado, por su deber de cuidar o de regular y fiscalizar<sup>1576</sup>.

De manera más reciente, en el caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH volvió a manifestarse sobre el derecho a la vida de las personas con dis-

1572. Corte IDH. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade en el Caso Comunidad Indígena Yákye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 15.

1573. Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 284.

1574. Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 128-129, 131.

1575. *Ibidem*, párr. 99.

1576. *Ibidem* párr. 141.

capacidad. En el caso, afirmó que, con base en el principio de no discriminación, el derecho a la vida de las personas con discapacidad privadas de la libertad implica en la obligación del Estado de garantizar su salud física y mental, mediante la provisión de revisión médica regular, de tratamiento adecuado, oportuno, especializado<sup>1577</sup>.

#### 4.6. PERSONAS EN SITUACIÓN DE MOVILIDAD

La relación entre el derecho a la vida y la vulnerabilidad de las personas en situación de movilidad ha sido interpretada por el SIDH de manera más protectiva de lo que ha hecho el sistema europeo o mismo el derecho internacional de los refugiados<sup>1578</sup>. La principal diferencia entre tales interpretaciones reside en el tema de la prohibición de expulsión. Al respecto, la Corte IDH ha consignado que el derecho a la libertad de circulación y residencia prohíbe la expulsión de cualquier extranjero a otro país en el cual su vida esté en riesgo<sup>1579</sup>. Es decir, la Corte IDH amplió la noción de prohibición de expulsión no sólo a refugiados y/o solicitantes de refugio, sino que a cualquier migrante. En ese sentido, en el caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, la Corte IDH evaluó específicamente el principio del *non refoulement* (no devolución), ampliando su contenido para afirmar que la obligación de garantía del derecho a la vida impone que dicho principio se aplique a cualquier modalidad de devolución, incluso las hipótesis de extradición, de manera que cuando hay riesgo de violación a tal derecho, cualquier hipótesis de expulsión es vedada<sup>1580</sup>. Con base en eso, el *non refoulement* es reconocido como norma de *ius cogens* por el SIDH<sup>1581</sup>.

#### 4.7. PERSONAS LGBTI

La CIDH ha afirmado que el derecho a la vida es un principio fundamental del sistema interamericano del cual se desarrollan deberes jurídicos que revisten de especial importancia para personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI)<sup>1582</sup>. La violación del derecho a la vida de una persona LGBTI fue evaluada

1577. Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 171.

1578. DE ALMEIDA ROSA, M.; VOESCH DO CANTO, B., «O direito internacional dos refugiados e o princípio do *non-refoulement*: a possibilidade de seu reconhecimento como norma de *ius cogens* a partir dos sistemas europeus e interamericano de direitos humanos», E-civitas, Belo Horizonte, V. 14, (2021), pp. 168-206.

1579. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 134; Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 361.

1580. Corte IDH. Caso *Wong Ho Wing Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párrs. 130, 142.

1581. *Ibidem*, párr. 127.

1582. CIDH. Avance y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.170, 7 diciembre 2018, párr. 29.

por primera vez por la Corte IDH en el caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. En el caso, la Corte IDH afirmó que la existencia de indicios de la participación de agentes estatales sumados a un contexto de violencia contra las personas LGBTI, en particular contra las mujeres trans, puede apuntar la responsabilidad del Estado<sup>1583</sup>. Además, el caso *Vicky Hernández* fue el primer caso en que la Corte IDH reconoció la aplicación de la Convención de Belém do Pará a mujeres *trans*, aplicable en el caso tanto por los hechos relacionados con el homicidio de Vicky, así como por el Estado no haber actuado con la debida diligencia en las investigaciones sobre su muerte, dados que los hechos del caso se produjeron en razón de la identidad de género de mujer trans de la víctima<sup>1584</sup>.

#### 4.8. PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS

La importancia y la especial vulnerabilidad de personas defensoras de derechos humanos ha sido reconocida por el SIDH. La CIDH ha afirmado que la «toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional, debe ser considerada como defensora de derechos de humanos»<sup>1585</sup>. Tales actividades comúnmente denuncian omisiones y actos abusivos o ilegales cometidos por agentes estatales e inician proceso de deslegitimación, constrangimiento, persecución y criminalización de las personas defensoras, provocando un efecto de inhibición a la participación democrática<sup>1586</sup>.

La Corte IDH ha definido que los Estados tienen la obligación de no sólo abstenerse de crear obstáculos pero de facilitar medios para que las personas defensoras de derechos humanos realicen sus libremente sus actividades, así como deben protegerlas cuando son objeto de amenazas o atentados contra su vida<sup>1587</sup>. Los anteriores deberes estatales, según lo han señalado la CIDH y la Corte IDH, guardan una relación directa con el goce de varios derechos protegidos en la Convención, como el derecho a la vida, que sumado a otros derechos permite un ejercicio libre de las actividades de defensa y promoción de los derechos humanos. En ese sentido, una afectación a un defensor o defensora en represalia a sus actividades puede conllevar

---

1583. Corte IDH. Caso *Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, párr. 100.

1584. *Ibidem*, párr. 135.

1585. CIDH. Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, 31 de diciembre de 2011, párr. 12.

1586. Corte IDH. Caso *Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 88; Corte IDH. Caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 172.

1587. Corte IDH. Caso *Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 77; Corte IDH. Caso *Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 91.

la violación de múltiples derechos expresamente reconocidos por los instrumentos interamericanos<sup>1588</sup>.

Así, la Corte IDH ha evaluado distintos casos en que reconoció la relación de causalidad entre la actividad de la víctima como persona defensora de derechos humanos y la vulneración de su derecho a la vida. En el caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, la Corte IDH afirmó que, en aras de garantizar el derecho a la vida de las personas defensoras de derechos humanos, los Estados deben considerar que ellos son especialmente vulnerables en conflictos armados, y, así deben facilitar los medios necesarios para que denuncien violaciones de derechos humanos, realicen libremente sus actividades, protegerlos cuando son amenazados y crear condiciones para erradicar la situación de violencia que sufren<sup>1589</sup>. En *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, la Corte IDH estableció que los Estados tienen la obligación reforzada de investigar las afectaciones al derecho a la vida de las personas que defienden los derechos de las personas LGBTI<sup>1590</sup>. Por otra parte, en el caso *Digna Ochoa y familiares vs. México*, la Corte IDH evaluó por primera vez la violencia de género sufrida por mujeres defensoras de derechos humanos, y afirmó que, en casos de mujeres defensoras, los Estados deben adoptar medidas con enfoque de género e interseccionalidad para mitigar los riesgos a la vida de esas mujeres<sup>1591</sup>.

---

1588. CIDH. Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos, 31 de diciembre de 2012, párr. 19; Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 146.

1589. Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párrs. 90-91.

1590. Corte IDH. Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, párr. 98.

1591. Corte IDH. Caso Digna Ochoa y familiares Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2021. Serie C No. 447, párr. 101. Si bien es cierto que la Corte IDH ya había evaluado la situación de otras mujeres defensoras de derechos humanos, como en el caso de Vicky Hernández, en el caso de Digna Ochoa, la Corte evaluó por primera vez el tema con perspectiva de género.



## *Capítulo 23*

# **Proibição de tortura tratamentos desumanos e degradantes, em particular nos locais de privação da liberdade (articulo 3º da CEDH)**

ANA RITA GIL<sup>1592</sup>

**SUMÁRIO:** 1. APROXIMAÇÃO AOS CONCEITOS DE TORTURA, TRATAMENTOS DESUMANOS E DEGRADANTES. 2. NATUREZA ABSOLUTA DA PROIBIÇÃO. 3. PRINCÍPIOS GERAIS SOBRE O TRATAMENTO DE RECLUSOS FACE AO ART. 3.º DA CEDH. 4. JURISPRUDÊNCIA SOBRE «CONDICÕES MATERIAIS DE DETENÇÃO». 4.1. *Sobrelocação*. 4.2. *Condições de higiene*. 4.3. *Outras condições materiais*. 4.4. *Uso da força*. 4.5. *Medidas de isolamento*. 4.6. *Saúde dos reclusos*. 5. A JURISPRUDÊNCIA DO TEDH E O SISTÉMICO PROBLEMA EUROPEU DAS PRISÕES.

### **1. APROXIMAÇÃO AOS CONCEITOS DE TORTURA, TRATAMENTOS DESUMANOS E DEGRADANTES**

O art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) consagra, de forma absoluta, a proibição de sujeição a tortura ou tratamentos desumanos e degradantes de qualquer pessoa que se encontre sujeita à jurisdição de um Estado-Parte da CEDH<sup>1593</sup>. Esta norma proíbe a sujeição a três tipos de tratos, cuja gravidade é enunciada de forma decrescente: a tortura, os tratamentos desumanos e os tratamentos degradantes. Para todos os casos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

1592. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Investigadora Efetiva Integrada do Centro de Investigação de Direito Público (Portugal).

1593. Sobre o art. 3.º da CEDH v., em geral, Danielus, H., «Protection Against Torture in Europe and the World», AA. VV., *The European System for the Protection of Human Rights*, J. MacDonald & F. Matscher H. Petzold (ed.), Kluwer Academic Publishers, (1993), pp. 264 e ss., Kolb, R., «La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 15, n.º 7, (2003), pp. 254 e ss., WEBSTER, E., *Exploring the prohibition of degrading treatment within article 3 of the European Convention on Human Rights*, Edinburgh, 2019. Sobre a natureza absoluta da proibição insita no art. 3.º da CEDH, v. ADDO, M. & Grief, N., «Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights», *European Journal of International Law*, n. 9, (1999), pp. 510-524.

(TEDH) exige que o tratamento infligido atinja um nível mínimo de gravidade, o que dependerá sempre dos contornos do caso concreto<sup>1594</sup>.

O conceito de «tortura» tem sido definido como um tratamento deliberado causador de sofrimento muito grave e cruel<sup>1595</sup>. Os tratamentos desumanos ou degradantes são um *minus* relativamente à tortura. O tratamento desumano é tido como uma conduta que causa sofrimento mental ou físico, mas que não é destinada especificamente a provocar esse efeito ou não atinge os níveis de gravidade da tortura<sup>1596</sup>. Trata-se, assim, de um tratamento que não tem de ser deliberado e cuja intensidade do sofrimento é inferior. No entanto, como o próprio nome indica, mina a consideração da pessoa como «ser humano» individual, i.e., atinge a sua dignidade, a sua identidade e individualidade própria ou a sua sensibilidade, os seus sentimentos, a sua esperança, ou a sua liberdade intelectual ou integridade psicológica. Já o tratamento degradante é aquele que, com severidade e gravidade, humilha ou rebaixa a vítima, causa sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capazes de a humilhar ou a levar a agir contra a sua vontade ou consciência, quebrando a sua resistência física ou moral.

Nem sempre é possível distinguir o tipo de tratamento em causa, podendo determinada conduta conter simultaneamente elementos dos vários tipos referidos. No contexto da detenção e no tratamento de reclusos, como veremos, o TEDH normalmente não distingue entre tratamento desumano e degradante, e apenas considera estar perante tortura quando as autoridades penitenciárias infligem castigos ou violência gratuita insuportável e intencional sobre os reclusos.

Tem sido entendimento do TEDH que as obrigações que decorrem para o Estado no sentido de evitar a ocorrência destes tratos no seu território consistem, essencialmente, em obrigações negativas<sup>1597</sup>. No entanto, do art. 3.º podem ainda decorrer obrigações positivas<sup>1598</sup>, como é o caso, por exemplo, da proteção da saúde dos reclusos ou da salvaguarda da sua vida ou integridade física face a agressões de outros detidos. Tais obrigações implicam ainda a construção de um sistema de queixas e recursos efetivos a que os reclusos se possam dirigir caso considerem que os seus direitos se encontram a ser violados. Neste ponto, as obrigações positivas do Estado derivam da conjugação entre o art. 3.º e o art. 13.º da CEDH.

- 
1594. V. entre outros, a dec. de 17/01/2001, *Price c. Reino Unido*, queixa n.º 33394/96. Na dec. de 28/07 1999, *Selmouni c. França*, queixa n.º 25803/94, o TEDH considerou que o caráter repetitivo e prolongado dos maus-tratos exercidas sobre a vítima faziam com que os mesmos atingissem, no seu conjunto, um caráter particularmente grave e cruel, podendo atingir o nível de «tortura». Este caso é, aliás referido como um caso em que o TEDH baixou o grau de exigência para considerar determinado tratamento como integrando o conceito de «tortura». Cf. MARQUES, P., «Artigo 25.º – Direito à Integridade Pessoal», MIRANDA, J., RUI M, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Wolters Kluwer, (2010), p. 576.
1595. Dec. de 18/01/1978, *Irlanda c. Reino Unido*, queixa n.º 5310/71.
1596. Ver a Dec. de 06/05/1978 da ComEDH, *Kotalla c. Holanda*, queixa n.º 7994/77.
1597. Dec. de 25/04/2002, *Pretty c. Reino Unido*, queixa n.º 2346/02.
1598. Sobre este ponto, v. Sudre, F., Droit européen et international des Droits de l'homme, PUF, p. 320. Sobre a teoria das obrigações positivas neste contexto, v. MOWBRAY, A., The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, 2004.

## 2. NATUREZA ABSOLUTA DA PROIBIÇÃO

O art. 3.º da CEDH consagra um direito absoluto. Esse foi um entendimento desde cedo sublinhado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, que sublinhou ainda o facto de o mesmo não ser derrogável nos termos do art. 15.º, n.º 2, da CEDH. Isso significa que esse direito não é passível nem de suspensão, nem de restrições por nenhum motivo. E assim é, porque se considera que o mesmo consagra um dos valores essenciais da sociedade democrática<sup>1599</sup>. É hoje entendimento que a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes não têm qualquer justificação à luz do direito internacional dos direitos humanos, sejam quais forem as circunstâncias que os possam justificar – mesmo se estiver em causa uma reação a um perigo público que ameace a vida da Nação, como o terrorismo ou o crime organizado.

A constatação de violação do art. 3.º é, assim, independente da realização de qualquer juízo de proporcionalidade entre os direitos do recorrente, a conduta do mesmo e a salvaguarda de interesses públicos. Assim, os factos cometidos pelo recorrente ou o perigo que ele possa consubstanciar para a sociedade de acolhimento são irrelevantes, não podendo o mesmo ser sujeito a tais tratos, por mais graves que sejam esses factos ou perigo.

O caráter absoluto da proteção oferecida pelo art. 3.º da CEDH foi claramente assumido no contencioso da imigração, no caso *Chahal*, em que o TEDH afirmou que a proteção conferida pelo art. 3.º da CEDH é igualmente absoluta nos casos de expulsão, quando o estrangeiro invoque poder ser sujeito a tais tratos no país de origem<sup>1600</sup>. O TEDH referiu estar ciente das dificuldades enfrentadas pelos Estados para proteção das suas comunidades, nomeadamente no que toca à luta contra o terrorismo<sup>1601</sup>. Porém, mesmo tendo em conta esses fatores, havia que ter em consideração que a CEDH proíbe de forma absoluta os tratamentos contrários ao art. 3.º, pelo que nada poderá justificar a sujeição de uma pessoa aos mesmos, ainda que os tratos se verifiquem fora do território do Estado expulsante.

## 3. PRINCÍPIOS GERAIS SOBRE O TRATAMENTO DE RECLUSOS FACE AO ART. 3.º DA CEDH<sup>1602</sup>

O princípio geral da jurisprudência de Estrasburgo em matéria de tratamento dos reclusos assenta no princípio de que a detenção não priva o detido dos direi-

1599. Sudre, *op. cit.*, p. 304.

1600. Dec. de 15/11/1996. Não obstante, vários juízes emanaram declarações de voto, manifestando-se a favor de uma relativização da proteção oferecida pelo art. 3.º, nos casos de expulsões e extradições, defendendo que aí o Estado deveria ser admitido a ponderar, por um lado, a natureza da ameaça que a pessoa em causa representaria para a segurança nacional do país de acolhimento, e, por outro, a gravidade do risco potencial de maus tratos a que o recorrente poderia ser sujeito no país de destino. Sobre este ponto, v. Gil, A. R., Imigração e Direitos Humanos, 2.ª Edição, Petrony, 2021.

1601. Dec. de 12/04/2005, *Chamaïev e outros c. Georgia e Rússia*, queixa n.º 36378/02.

1602. Sobre esta matéria v., Gil, A. R., «Os Casos Petrescu e Badulescu c. Portugal – Revisitando a Jurisprudência do TEDH sobre condições de detenção e tratamento de reclusos nas prisões», Revista do CEJ, (2021-I), pp. 129-156; MARQUES, P., «Proibição de Tratamento Desumano e

tos conferidos pela Convenção, sendo apenas limitados aqueles direitos que são incompatíveis com a sua plena realização em ambiente prisional – e apenas *na medida* dessa incompatibilidade. De facto, deve lembrar-se que a punição imposta aos detidos consiste apenas na *própria restrição da liberdade pessoal* – e que esta já esgota, em si mesma, o efeito punitivo –, pelo que, em bom rigor, nenhum outro factor de sofrimento se deve juntar àquela<sup>1603</sup>.

No entanto, para que as más condições de detenção ou um maltrato dos reclusos ascenda a uma violação do art. 3.º da CEDH, os mesmos têm de atingir um nível mínimo de gravidade. A avaliação deste nível mínimo é relativa: depende de todas as circunstâncias do caso, como a duração do trato, os seus efeitos físicos e mentais e, em alguns casos, o sexo, a idade e a saúde da vítima. Será relevante, por exemplo, saber se o tratamento foi premeditado, se causou lesões corporais ou sofrimento físico e mental intenso, se era de molde a despertar na vítima sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capaz de humilhá-la e aviltá-la. Para que a punição ou tratamento seja «desumano» ou «degradante», o sofrimento ou humilhação deve, em qualquer caso, ir além do elemento inevitável de sofrimento ou humilhação relacionados com uma determinada forma de tratamento ou punição legítima ou com o sofrimento naturalmente inerente ao cumprimento de uma pena privativa da liberdade.

Para aferir da existência de maus-tratos, o TEDH tem em conta não só as alegações e provas das partes, mas também relatórios de diversas entidades, como, por exemplo, os relatórios do Comité de Prevenção da Tortura (CPT)<sup>1604</sup>, das Instituições

---

Degradante», in AA. VV., Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol. I, PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Universidade Católica Editora, (2019), pp. 723 e ss., PINTO DE ALBUQUERQUE, P., Direito Prisional Português e Europeu, Coimbra Editora, 2006.

1603. Assim, ZOLO, D., «Proibição da Tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes», in AA. VV. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, Silveira, A., Canotilho, M. (coord.), Almedina, (2013), p. 82.
1604. Há que ter em conta, porém, a diferença de juízo de violação do art. 3.º da CEDH da especificidade das conclusões dos relatórios do CPT. De facto, o CPT constitui um mecanismo não judiciário de inspeção preventiva, destinado a implementar uma outra convenção, integrada também no sistema de proteção de direitos humanos do Conselho da Europa – a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, de 26 de novembro de 1987. A atividade do CPT processa-se através de visitas ao Estado, onde pode inspecionar todos os estabelecimentos de privação da liberdade e ouvir todas as pessoas privadas da liberdade. No final, fará um relatório, poderá fazer recomendações ao Estado para reforçar a proteção das pessoas privadas da liberdade ou melhorar os seus direitos. Assim, as referidas recomendações podem situar-se num limiar bastante abaixo de um juízo de tratamentos desumanos e degradantes: podem – e, aliás, é esse o seu fim primordial – servir fins meramente preventivos, – ou responder a fatores de risco que se possam vir a transformar na ocorrência de tais factos. Sobre o trabalho do CPT, v. MURDOCH, J. «Tackling Ill-Treatment in Places of Detention: The Work of the Council of Europe's "Torture Committee"», European Journal on Criminal Policy and Research, n. 12 (2006), pp. 121-142.

*Ombudsman*<sup>1605</sup>, dos Mecanismos Nacionais de Prevenção da Tortura<sup>1606</sup>, *inter alia*. No que toca a parâmetros de decisão, para além do art. 3.º da CEDH e da vasta jurisprudência já desenvolvida, o TEDH tem ainda em consideração as chamadas Regras Penitenciárias Europeias do Conselho da Europa, adotadas em 2006 pelo Comité do Conselho de Ministros<sup>1607</sup>, apesar de as mesmas não possuírem força jurídica vinculativa. Já outros instrumentos relevantes na matéria, como as regras mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (as chamadas regras «Nelson Mandela»)<sup>1608</sup> são normalmente apenas referidas no elenco das normas internacionais aplicáveis, não chegando a ser efetivamente tidas em conta na decisão final<sup>1609</sup>.

Afirmados os princípios gerais ou comuns a todos os casos sobre condições de detenção ou tratamento de reclusos analisados pelo TEDH, importa agora traçar algumas linhas de decisão relativas a algumas tipologias de queixas. Iremos deter-nos sobre condições materiais de detenção, uso da força, proteção contra a violência e agressão de outros reclusos, medidas de isolamento e proteção da saúde do recluso.

#### 4. JURISPRUDÊNCIA SOBRE «CONDIÇÕES MATERIAIS DE DETENÇÃO»

No caso *Rezmiveş e outros c. Roménia*<sup>1610</sup>, o TEDH resumiu os vários fatores a ter em conta quando se trata de analisar se as «condições materiais de detenção» a que os reclusos estão sujeitos são aceitáveis face ao respeito pelo art. 3.º da CEDH. Para além da questão da eventual sobrelotação do estabelecimento prisional, importa ter em conta – mesmo quando tal sobrelotação não exista – outras condições materiais, tais como as condições de higiene e salubridade da cela, ou da prisão em geral.

##### 4.1. SOBRELOTAÇÃO

No que toca à sobrelotação, o TEDH verifica se o número de reclusos do estabelecimento ultrapassa, num certo nível, o número de vagas do mesmo. Nos casos em que a sobrelotação atinge um determinado grau, a mesma pode, de facto, acarretar a sujeição a tratamentos desumanos e degradantes para alguns reclusos – em várias dimensões.

- 1605. Veja-se, a título de exemplo, a dec. de 28/11/2017, *Valentin Baştovoi c. República da Moldávia*, queixa n.º 40614/14.
- 1606. Note-se que, em Portugal, é o Provedor de Justiça que exerce as funções de Mecanismo Nacional de Prevenção da Tortura.
- 1607. Recomendação Rec (2006)2 – rev do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre as Regras Penitenciárias Europeias, adotada pelo Comité de Ministros em 11 de janeiro de 2006, na 952.ª reunião de Delegados de Ministros e revista e aprovada pelo Comité de Ministros em 1 de julho de 2020 na 1380.ª reunião de Delegados dos Ministros.
- 1608. Adotadas pela Resolução da Assembleia Geral de 17 de dezembro de 2015 (A/RES/70/175). Sobre este ponto, v. HUBER, A., «The relevance of the Mandela Rules in Europe», ERA Forum, n.º 17, (2016), pp. 299-310.
- 1609. Veja-se, assim, por exemplo, a Dec. de 10/01/2019, no caso *Écis c. Letónia*, queixa n.º 12879/09.
- 1610. Dec. de 25/04/2017, queixa n.º 61467/12.

Desde logo, como vimos nos casos *Petrescu* e *Badulescu*, pode significar uma perda de espaço pessoal num nível insustentável. Note-se, porém, que, para convolar a sobrepopulação de um estabelecimento num juízo de exiguidade de espaço pessoal, não basta proceder a uma análise matemática, através da qual se determinaria, por divisão do número de reclusos pelo espaço de celas, a quantidade de espaço pessoal reservado a cada um. O TEDH tem em atenção o espaço pessoal que o recorrente em específico teve ao seu dispor em cada período de tempo de detenção – podendo ter passado por celas individuais ou celas mais ou menos ocupadas – merecendo, cada um desses períodos, um juízo autónomo. Nos casos em que o detido esteve num espaço manifestamente exíguo, ou em que teve de partilhar uma cela com mais reclusos, sendo-lhe reservado um espaço pessoal bastante limitado, poderá ter incorrido em tratamentos degradantes, como afirmado no caso *Muršić c. Croácia*<sup>1611</sup>. Neste caso, o Tribunal de Estrasburgo afirmou que a exigência de 3m<sup>2</sup> superfície por detido (incluindo o espaço ocupado pelo mobiliário, mas não pelos sanitários), deveria permanecer a regra mínima. Um espaço inferior geraria uma «forte presunção de violação do art. 3.º», que apenas poderia ser afastada se estivessem reunidos vários fatores atenuantes, como a brevidade do período de detenção, ou o pouco tempo de permanência diária nas celas. No entanto, noutras casos, o TEDH referiu que o mínimo espaço pessoal de detenção desejável é de 4 m<sup>2</sup> – em conformidade com as recomendações do CPT – parecendo, assim, considerar este como o espaço *desejável*<sup>1612</sup> – o que não implica, pois, que um espaço que seja inferior configure, automaticamente, um espaço insuficiente.

Tendo por base este elemento, o raciocínio do TEDH não deixa depois margem para dúvidas: se o recorrente alegar que esteve detido em condições tais que lhe deixavam um espaço pessoal na cela de menos que 3 m<sup>2</sup>, cabe depois ao Estado demonstrar que, ainda assim, não se poderia considerar que o mesmo estaria detido em condições desumanas e degradantes. Veja-se o já referido caso *Muršić c. Croácia*, em que o TEDH valorizou o facto de, não obstante o recluso ter tido um espaço pessoal inferior a 3 m<sup>2</sup> na cela, ficava na mesma durante muito pouco tempo por dia, e apenas havia permanecido em tais condições por curtos períodos de tempo.

O TEDH tem ainda em conta fatores que podem aumentar e diminuir a comodidade do espaço – e assim, agravar ou não o problema da exiguidade – tais como a temperatura da cela<sup>1613</sup>, a falta de ventilação, o acesso ao ar livre (tempo, qualidade de acesso), a forma de garantia de intimidade nas celas, entre outros. Estes fatores revelam-se da maior importância, pois a sobrelotação não só acarreta a perda de privacidade e de espaço pessoal, como pode implicar o incremento de conflitos

1611. Dec. de 20/10/2016, queixa n.º 7334/13.

1612. Assim, o já citado caso *Torreggiani e Outros c. Itália*.

1613. Neste ponto é relevante tanto uma temperatura demasiado baixa como, naturalmente, uma temperatura excessivamente alta. Assim, no que toca a este último ponto, veja-se o caso *Mandic e Jovic c. Eslovénia*, em que o TEDH considerou que os recorrentes haviam estado sujeitos a tratamentos desumanos e degradantes, por terem estado detidos, na prisão de Ljubljana, em celas com um espaço pessoal de 2.7 m<sup>2</sup> e sujeitos à tarde, no mês de agosto, a uma temperatura média, de 28.ºC. Cfr. dec. de 20/10/2011, queixa n.º 5774/10.

entre os detidos e o aumento dos níveis de stress dos mesmos<sup>1614</sup>. No que toca a este aspecto, as autoridades penitenciárias têm o dever de garantir que os demais reclusos não tornam as condições da cela inapropriadas para os que coabitam com eles<sup>1615</sup>.

#### 4.2. CONDIÇÕES DE HIGIENE

No que toca às condições sanitárias e de higiene, e seguindo de perto as Regras Penitenciárias Europeias, o Tribunal tem lembrado que o acesso livre a sanitários adequados e a sua manutenção em boas condições de higiene são elementos essenciais para um ambiente humano nas prisões. Naturalmente, também as celas devem oferecer tais condições<sup>1616</sup>. A falta de limpeza e desinfecção, a inexistência de ventilação, a deterioração dos espaços (humididade, o bolor) são fatores que contribuem para um ambiente pouco higiênico, e que, quando acumulados, podem levar a tratamentos contrários ao art. 3.º. O já referido caso *Kalashnikov c. Rússia* é, talvez, um verdadeiro caso-limite neste contexto. O recorrente alegava que a cela se encontrava infestada de baratas e formigas, tendo o mesmo sofrido sérios danos para a saúde em consequência. O TEDH afirma de forma perentória que recai sobre as autoridades o dever combater estes tipos de infestações através dos meios eficazes e com a periodicidade necessária<sup>1617</sup>.

#### 4.3. OUTRAS CONDIÇÕES MATERIAIS

Outras condições materiais – ou a falta delas – dos locais de privação da liberdade podem, por si só, ou em conjunto, sujeitar os reclusos a tratos incompatíveis com o art. 3.º. Assim, poderão ser determinantes para agudizar o sofrimento para lá do razoável, elementos como: camas inadequadas (demasiados pequenas, estreitas, sem colchão), temperaturas extremas da cela, sons permanentes / elevados durante a noite, falta de luz natural ou artificial ou presença permanente de luz artificial, falta de acesso ao ar livre, falta de intimidade, deterioração extrema dos espaços<sup>1618</sup> (por exemplo, através da humidade, bolor, fios elétricos a descoberto), inexistência de água quente ou água limpa, comida intragável, insalubridade da água para beber, entre outros. Em vários casos, o TEDH considerou que apesar de estes fatores serem, por exemplo mencionados nos relatórios do CPT, eles não atingiam, por si só, o nível de gravidade para poderem ser considerados tratamentos desumanos e degradantes – ainda que representassem um sofrimento adicional. Já diferente é a conclusão quando existe uma combinação de vários destes elementos – sobretudo se atingir uma dimensão

1614. Dec. de 15/07/2002, *Kalashnikov c. Rússia*, queixa n.º 47095/99.

1615. Por exemplo, no caso *Kalashnikov c. Rússia*, o recorrente invocava ser impossível dormir na cela que se encontrava a partilhar com outros reclusos, uma vez que a luz e a televisão se encontravam sempre ligadas.

1616. V., também, no mesmo sentido, dec. de 14/09/2010, *Florea c. Roménia*, queixa n.º 37186/03 e dec. de 10/05/2007, *Modarca c. Moldávia*, queixa n.º 14437/05.

1617. Dec. de 10/03/2015, *Varga e Outros c. Hungria*, queixa n.º 14097/12 et al.

1618. V., para um exemplo de um caso extremo, a dec. de 25/04/2013, *Canali c. França*, queixa n.º 40119/09.

extrema ou se for feita com a intenção de humilhar o detido. Nesses casos, um só elemento, ou uma combinação de vários, pode atingir o limiar de gravidade mínimo para violar o art. 3.º da CEDH. Vale aqui, pois, o chamado «critério dos efeitos cumulativos das condições de detenção» (assim, o caso *Dougoz c. Grécia*<sup>1619</sup>) – embora se admita também que apenas uma das situações mencionadas, pela sua gravidade, possa ascender a tratamentos desumanos ou degradantes. Para além das condições materiais *stricto sensu*, revelam-se ainda importantes outro tipo de «condições de vida», como a possibilidade de exercício físico, de trabalho e de ocupação de tempos livres através da oferta de um mínimo de atividades laborais, lúdicas ou educativas dentro do estabelecimento – essenciais para a manutenção da saúde mental dos reclusos, e aspectos permanentemente avaliados pelos relatórios do CPT.

Importa insistir numa condição material de detenção decisiva para os Juízes de Estrasburgo: a garantia da privacidade do uso dos sanitários. Esta foi, como se viu, uma das principais traves-mestras das decisões de 2019 e 2020 contra Portugal, e que tem sido por demais repetida em diversos julgamentos contra outros Estados-Parte<sup>1620</sup>, sublinhando o TEDH de forma contínua e permanente que um anexo sanitário que não se encontra parcialmente isolado não é aceitável numa cela com mais do que um ocupante. No caso *Ananyev e outros c. Rússia*, estava em causa, *inter alia*, essa questão. Face à repetição de condenações da Rússia por falta de condições materiais nos estabelecimentos prisionais, o TEDH emanou um julgamento piloto, ao abrigo do art. 46.º da CEDH. O Tribunal sublinhou, em particular, que poderiam ser tomadas a curto prazo certas medidas para melhorar as condições materiais de detenção<sup>1621</sup>.

De especial relevância face ao panorama português, que, em particular no ano de 2018 assistiu a várias greves dos guardas prisionais, importa dar conta do Ac. *Clasens c. Bélgica*<sup>1622</sup>. Neste caso estava em causa a deterioração das condições de detenção na prisão de Ittre, na Bélgica, durante uma greve dos guardas prisionais entre abril e junho de 2016. O Tribunal considerou que as condições de detenção do recorrente durante as greves levaram a que o mesmo sofresse tratamentos degradantes, resultantes do efeito cumulativo da falta contínua de exercício físico, de contato com o mundo exterior e da incerteza sobre se as suas necessidades básicas seriam atendidas<sup>1623</sup>.

1619. Dec. de 06/05/2011, queixa n.º 40907/98.

1620. V., de entre muitos outros, a dec. de 10/01/2012, *Ananyev e outros c. Rússia*, queixa n.º 42525/07, dec. de 19/04/2001, *Peers c. Grécia*, queixa n.º 28524/95.

1621. Também a Bélgica foi objeto de um julgamento-piloto devido às condições materiais de detenção referentes ao sistema prisional, na já citada dec. *Vasilescu*. O TEDH considerou que as condições referidas pelo recorrente eram, sem si, estruturais, e não diziam respeito apenas em relação ao caso concreto. Assim, recomendou que a Bélgica considerasse adotar medidas gerais que garantissem aos reclusos condições de detenção compatíveis com o art. 3.º da CEDH. No mesmo sentido, a França, no recente caso *J.M.B. e outros c. França*, decidido em 30/01/2020, no que toca às prisões de Nice, Nîmes, Fresnes, e Polinésia Francesa, Guadalupe e Martinica.

1622. Dec. de 28/05/2019, queixa n.º 1089/09.

1623. Sobre este ponto v., o Relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção de Portugal à Assembleia da República, 2018, p. 26.

#### 4.4. USO DA FORÇA

O uso abusivo ou excessivo da força constitui um dos casos mais impressivos em que poderão ocorrer tratamentos desumanos e degradantes, o que poderá ser feito quer pelos próprios agentes estaduais (caso em que a violação do art. 3.º da CEDH se dá por inobservância de uma obrigação negativa do Estado), quer por agentes privados – normalmente, neste contexto, por outros reclusos – (caso em que a inobservância do art. 3.º ocorre por violação de um dever de proteção do Estado, ou, por outras palavras, de uma obrigação positiva). Importa sublinhar que as condenações por violação do art. 3.º da CEDH por motivos de uso da força por parte de agentes estaduais se verificam também fora do contexto de privação da liberdade.

O TEDH aceita que o uso da força possa ser necessário, ocasionalmente, para garantir a segurança das prisões, para manter a ordem ou prevenir o crime nas instalações de detenção, tendo em conta que as mesmas constituem um espaço particularmente sensível, podendo a desobediência dos detidos encerrar um potencial de violência difícil de controlar<sup>1624</sup>. No entanto, o recurso à força física só pode ser usado se indispensável e na medida do estritamente necessário pela própria conduta do detido. O uso excessivo da força diminui a dignidade humana e constituirá, em princípio, uma violação do art. 3.º da Convenção<sup>1625</sup>. Assim é, desde logo, para o uso de bastões, de forma indiscriminada sobre reclusos, como forma de punição ou retaliação, quando feito de forma indiscriminada ou desproporcional<sup>1626</sup>. Alguns meios são, por si só, considerados contrários ao art. 3.º. No caso *Tali c. Estónia*<sup>1627</sup>, o recorrente alegava que, ao ter recusado obedecer às ordens dos guardas, os mesmos haviam usado gás pimenta o haviam amarrado a uma cama. Recorrendo aos relatórios do CPT, o TEDH afirmou que a substância em causa era potencialmente perigosa e não deveria ser usada em sítios fechados, principalmente quando havia meios alternativos de controlo do detido. Quanto à imobilização numa cama, o TEDH sublinhou que as medidas de imobilização nunca deveriam ser usadas como *medidas de punição* dos reclusos, mas apenas, na medida do necessário, para evitar danos para si próprio, para outros ou para a segurança da prisão. Ora, no caso do recorrente, havia sido demonstrado que o período de três horas, durante o qual o mesmo havia permanecido atado a uma cama, em muito tinha extravasado as referidas finalidades, constituindo ainda uma medida vexatória e degradante<sup>1628</sup>.

1624. V. dec. de 21/12/2006, *Gömi e outros c. Turquia*, queixa n.º 35962/97.

1625. Dec. de 24/07/2008, *Vladimir Romanov c. Rússia*, queixa n.º 41461/02, dec. de *Sharomov c. Rússia*, 24/07/2008, queixa n.º 8927/02.

1626. Dec. de 15/08/2008, *Dedovskiy e outros c. Rússia*, queixa n.º 7178/03.

1627. Dec. de 13/02/2014, queixa n.º 66393/10.

1628. O TEDH proferiu já um amplo conjunto de decisões sobre imobilização de reclusos, em particular sobre o uso de algemas – que pode constituir um tratamento vexatório em casos em que se afigure manifestamente desnecessário ou desproporcional. Assim, o uso de algemas em prisioneiros doentes em hospitais, enquanto aguardavam por uma cirurgia (dec. de 27/11/2003, *Henaf c. França*, queixa n.º 65436/01), ou de prisioneiros doentes oncológicos à cama do hospital (dec. de 15/10/2009, *Okhrimenko c. Ucrânia*, queixa n.º 53896/07), ou ainda durante vários exames médicos (dec. de 08/01/2009, *Filiz Uyan c. Turquia*, queixa

Por fim, a falta de uma investigação oficial eficaz, quando um indivíduo faz uma afirmação fiável de que sofreu um tratamento desumano ou degradante às mãos, *inter alia*, das autoridades policiais ou prisionais, pode acarretar, por si só, uma violação do art. 3.º da CEDH<sup>1629</sup>.

#### 4.5. MEDIDAS DE ISOLAMENTO

No que toca ao isolamento de reclusos, o TEDH tem considerado que a proibição de contactos com outros reclusos, por motivos disciplinares ou de segurança, não constitui, por si só, um tratamento contrário ao art. 3.º da CEDH. No entanto, um isolamento total pode levar à destruição da personalidade e constituir uma forma de tratamento desumano e degradante, que pode não ser justificada pelos referidos motivos<sup>1630</sup>. Neste sentido, o TEDH afirmou que todas as formas de detenção em isolamento sem acompanhamento de adequada estimulação mental e física levariam, a longo prazo, à deterioração das faculdades mentais e sociais do detido<sup>1631</sup>. Neste contexto, importa distinguir entre a exclusão de um detido da coletividade prisional por motivos de segurança ou disciplinares, do isolamento total (sensorial e social), que será aquele que pode destruir a personalidade do detido e pode constituir uma forma de tratamento desumano injustificável (assim, o caso *Messina c. Itália*<sup>1632</sup>).

Para verificar se a detenção em isolamento levanta problemas face ao art. 3.º da CEDH, o TEDH tem em consideração os contornos do caso concreto, como o rigor do isolamento (sendo relevante, por exemplo, a permissão e tempo de acesso ao ar livre e exercício físico), a sua duração, o objetivo prosseguido (segurança, disciplina ou retaliação, dissuasão), e os seus efeitos<sup>1633</sup>. Neste contexto, o TEDH procede a um exame cuidadoso sobre a duração do período de detenção, e as medidas tomadas pelas autoridades para garantir que as condições físicas e psicológicas do recluso o permitem permanecer em isolamento<sup>1634</sup>. O Tribunal indaga ainda da necessidade

---

n.º 7496/03), no transporte para o hospital ou para o tribunal, quando manifestamente desnecessário (dec. de 14/11/2002, *Mouisel c. França*, queixa n.º 67263/01). No que toca ao seu uso em tribunal, o TEDH firmou o princípio geral no caso *Gorodnitchev c. Rússia* (dec. de 03/05/2005, queixa n.º 52058/99), de que, mesmo que não se use força ou cause incômodo físico, a simples exposição do recluso com algemas durante audiências públicas, sem que tal medida seja razoavelmente necessária para a segurança do público ou da administração adequada da justiça, pode constituir um tratamento degradante na aceção do art. 3.º da Convenção.

- 1629. Dec. de 28/09/2015, *Bouyid c. Bélgica*, queixa n.º 23380/09 e dec. de 05/10/2017, *Ostrovejecs c. Letónia*, queixa n.º 36043/13. Sobre a importância de um sistema efetivo de queixas no interior do estabelecimento prisional, v. VALK Sophie van der & ROGAN, Mary, «Prisoner Complaints Mechanisms: Assessing Human Rights Requirements and the Role of a General Ombudsman», *European Public Law*, Volume 26, Issue 4 (2020) pp. 80-822.
- 1630. V., entre muitos outros, a dec. de 08/07/2009, *Messina c. Itália*, queixa n.º 25498/94.
- 1631. Dec. de 08/07/2014, *Harakchiev e Tolumov c. Bulgária*, queixas n.º 15018/11 e 61199/12.
- 1632. Dec. de 08/06/1999, queixa n.º 25498/94.
- 1633. Dec. de 21/07/2005, *Rohde c. Dinamarca*, queixa n.º 69332/01.
- 1634. Dec. de 09/10/2012, *X c. Turquia*, queixa n.º 24626/09.

da aplicação da medida face a outras alternativas. Tendo em conta que tais medidas consistem numa forma de «prisão dentro da prisão», afirma que apenas se deve recorrer às mesmas excepcionalmente, e após se terem tomado todas as precauções e oferecidas garantias procedimentais ao recluso, para evitar arbitrariedade. No Ac. *Onoufriou c. Chipre*, o TEDH desenvolveu as exigências procedimentais que devem acompanhar a decisão de colocação de um recluso em isolamento<sup>1635</sup>. Nesse caso, o TEDH apontou a falta de uma justificação adequada para tal isolamento, a impossibilidade de contestar a medida, a incerteza sobre a duração da mesma, a falta de um sistema de registo dessas medidas, e de garantia de que as mesmas não se prolongavam para lá do estipulado, como fatores que acarretavam a arbitrariedade das mesmas. No entanto, a arbitrariedade neste contexto não se resume a uma questão meramente procedural, nem se subsume a uma violação do art. 5.º da CEDH. O TEDH tem em consideração que o indivíduo em causa já se encontra detido - já se encontra numa situação de vulnerabilidade. Tal medida vai, enfim, levar a um sentimento de total impotência, subordinação, e, consequentemente, de humilhação, atingindo o nível de gravidade do art. 3.º da CEDH.

#### 4.6. SAÚDE DOS RECLUSOS

A proteção da saúde dos reclusos consubstancia mais uma obrigação positiva do Estado, derivada do art. 3.º CEDH<sup>1636</sup>. Ela traduz-se em várias dimensões, como seja, desde logo, a administração de cuidados médicos periódicos e quando necessário. Importa, porém, sublinhar que o TEDH tem insistido que o simples facto de um recluso ser examinado por um médico e de lhe ser prescrito um determinado tratamento leva automaticamente à conclusão de que os cuidados médicos que lhe foram prestados foram adequados (assim, *Provenzano c. Itália*<sup>1637</sup>). De facto, da jurisprudência do TEDH derivam alguns requisitos quanto à própria tipologia dos cuidados médicos. A intervenção de médicos que não tenham qualquer ligação com o estabelecimento prisional tem sido considerada, pelo Tribunal, como uma garantia importante e independente da saúde física e mental dos detidos (*Matheus c. Países Baixos*<sup>1638</sup>). Mas a proteção da saúde pode ainda implicar obrigações negativas, como seja, desde logo, a obrigação de não manter um recluso em condições de detenção inconciliáveis com a idade avançada do mesmo ou com o seu estado de saúde. Neste contexto, o Estado deve garantir que, por exemplo, que um recluso que tenha uma deficiência grave ou uma doença, beneficia de condições de detenção adaptadas às suas necessidades específicas (*Price c. Reino Unido e Bragadireanu c. Roménia*<sup>1639</sup>).

1635. Dec. de 25/10/2010, *Onoufriou c. Chipre*, queixa n.º 1636/2007.

1636. Sobre a proteção da saúde dos reclusos durante a pandemia provocada pela COVID-19, v., entre nós, Neves, A., «Direito Penitenciário em estado de exceção», in AA. VV., Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção, Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro (coord.), AAFDL Editora, (2020), pp. 557-591.

1637. Dec. de 25/10/2018, queixa n.º 55080/13.

1638. Dec. de 29/09/2005.

1639. Dec. de 06/12/2007.

Note-se, no entanto, como bem lembra Frédéric Sudre, que não se pode deduzir do art. 3.º da CEDH uma obrigação geral de libertar um detido ou de o transferir para um hospital civil por motivos de saúde<sup>1640</sup>.

Em *Floreac c. Roménia*, o TEDH analisou o caso de um recluso que sofria de hepatite e de hipertensão arterial e que, durante nove meses, partilhou uma cela, dotada de apenas 35 camas, com outros reclusos que chegaram a ascender a 120. Para além da sobrelotação – que, cremos, só por si teria sido suficiente para um juízo de violação da CEDH –, o recorrente alegava o facto de ter sido detido com cerca de 90% de fumadores, estando confinado com os mesmos durante cerca de 23 horas por dia. O Tribunal sublinhou que os Estados tinham a obrigação de garantir que as condições de detenção não comprometiam a saúde dos reclusos<sup>1641</sup>.

## 5. A JURISPRUDÊNCIA DO TEDH E O SISTÉMICO PROBLEMA EUROPEU DAS PRISÕES

Têm sido francamente vastas e muito numerosas as condenações de Estados europeus devido a problemas «estruturais» nas prisões. Ora, nos casos em que o TEDH chega à conclusão que existe, no Estado-Parte considerado, um problema estrutural com as condições de detenção ou com os direitos dos reclusos, assiste-se a duas consequências: (1) a um efeito imediato nos casos concretos, traduzida numa condenação do Estado e eventual compensação às vítimas; (2) a uma possível uma «recomendação» com caráter geral, destinada a que o Estado adote medidas amplas destinadas a ultrapassar ou resolver de forma definitiva os referidos problemas estruturais («julgamento-piloto»). Um «julgamento piloto» pode ocorrer em qualquer um dos pontos estudados neste artigo, bem como quando o TEDH considere que não existe um mecanismo efetivo de queixas destinado a analisar, prevenir e fazer cessar tratamentos ou condições nas prisões que possam ascender a tratamentos desumanos e degradantes, e, assim, respeitar o art. 3.º em conjugação com o art. 13.º, ambos da CEDH. Têm sido cada vez mais vastos os julgamentos deste tipo emanados no contexto do presente estudo, o que denota a urgência de todos os Estados-Parte da CEDH refletirem sobre o seu sistema prisional, de forma a adequá-lo aos mínimos exigidos pelo direito mais absoluto que é garantido pela Convenção.

---

1640. *Op. cit.*, p. 325.

1641. Criticando o facto de o TEDH não ter afirmado expressamente que a sujeição ao tabaco prejudicava gravemente a saúde dos «fumadores passivos» e podia ascender a tratamentos contrários ao art. 3.º, v. BREMS, E., «Forced exposure to passive smoking violates human rights», Strasbourg Observers, (24th September 2010), in <https://strasbourgobservers.com/>

## *Capítulo 24*

# La tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

LUCAS LECOUR<sup>1642</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONCEPTO DE TORTURA EN EL DIDH. 3. ALCANCE DEL CONCEPTO DE TORTURA Y SUS ELEMENTOS DIFERENCIADORES CON LAS PENAS O TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 3.1. *Consideraciones generales.* 3.2. *La finalidad específica de violencia sexual como forma de tortura.* 4. LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA EN EL DIDH. 5. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

Existen distintas maneras de quebrantar el derecho a la integridad personal, siendo la tortura la que mayor impacto tiene en las personas. Sin embargo, no resulta sencillo determinar los elementos que la componen y diferencian con otras formas de afectación, como son los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

En este documento examinaré las principales definiciones normativas dadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), para luego enfocarme en el sistema interamericano de derechos humanos, donde desarrollare críticamente los principales elementos de la tortura en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), haciendo un especial análisis

1642. Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Barcelona, España). Presidente Asociación Xumek, para la promoción y protección de los Derechos Humanos, Argentina (2012/2021), Profesor de Derechos Humanos en Diplomatura de Litigación Internacional (Universidad Nacional de Cuyo). Miembro del Grupo de Litigante contra la Tortura de América Latina. Miembro de la Asamblea General de la OMCT (2021). Miembro del Comité Local para la Prevención de la Tortura y otros tratamientos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la Provincia de Mendoza, Argentina (2013/2018). Representante legal de víctimas de delitos de Genocidio, Lesa Humanidad, Violencia Institucional (ejecuciones extrajudiciales, torturas en penitenciarias y comisarías, desapariciones forzadas y detenciones arbitrarias), Violencia de Género y Abuso Sexual Eclesiástico.

en los casos de violación sexual. Por último, determinaré la especial naturaleza de la prohibición de la tortura y la necesidad de reconocer las diferencias con otras formas de afectación a la integridad personal, para finalmente ofrecer algunas conclusiones.

## 2. EL CONCEPTO DE TORTURA EN EL DIDH

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) expresa en el segundo inciso de su artículo 5 referido al derecho a la Integridad Personal que «*nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*», sin embargo, nada dice que se entenderá por tortura y como se diferencia de las penas o los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)<sup>1643</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>1644</sup> y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)<sup>1645</sup> no proporcionan un concepto de tortura o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni determinan que conductas que se enmarcan en cada categoría.

El primer instrumento internacional que da una definición de tortura es Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1975. El artículo 1 consagra que se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflaja intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras.

Además, en el segundo inciso del mismo artículo se define por la negativa a los tratos trato o pena cruel, inhumano o degradante, al señalar que la tortura es una forma agravada y deliberada de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Luego, con mayor detalle, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de Naciones Unidas (UNCAT) aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 diciembre del año 1984 define en su artículo 1 a la tortura como «*todo acto por el cual se inflaja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier*

1643. DUDH, artículo 5: «*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*».

1644. PIDCP, artículo 7: «*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos*».

1645. CEDH, artículo 3. Prohibición de la tortura: «*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*».

*razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».*

De esta forma, la UNCAT se enrola en los criterios establecidos en ese momento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a partir del caso Irlanda contra El Reino Unido<sup>1646</sup>. En efecto, se toma de la sentencia mencionada los tres elementos que definen un acto como tortura: *a)* debe provocar un severo sufrimiento físico o mental; *b)* debe ser intencional; y *c)* debe tener como objeto la obtención de información o de confesiones, el castigo, intimidación o coerción de la víctima<sup>1647</sup>.

A pesar del detalle de la definición de tortura, la UNCAT no define, ni por la negativa, lo que se entiende por tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes. Solo se limita a decir en el inciso 1º de su artículo 16 que «*todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura».*

En 1985 se sancionó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) que en su artículo 2do. establece que «*se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se infligan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica».* Además, se establece que «*no estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo».*

Al igual que UNCAT, la CIPST también adopta una definición de tortura, con conceptos similares entre ambas, no obstante, los alcances no resultan idénticos. De su lectura detallada es posible señalar las siguientes diferencias.

La primera, que el sufrimiento o dolor –físico o mental– es determinante en ambos instrumentos, pero difieren en un punto central: la UNCAT exige que sea grave, mientras que la CIPST no realiza distinción alguna, es decir, no requiere de una intensidad determinada para que se hable de tortura.

Como segundo aspecto diferenciador y vinculado al punto anterior, es que la CIPST ha agregado un elemento que amplía la noción del padecimiento, cual es, considerar como tortura un acto que, sin provocar dolor o sufrimiento, este destinado a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.

1646. TEDH, Irlanda c. El Reino Unido, sentencia del 18 de enero de 1978. Serie A no. 25.

1647. BUENO, G., «El concepto de Tortura y de otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», Nueva Doctrina Penal, (2003/B), Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 616.

El tercer punto de distanciamiento está vinculado al sujeto activo. Ambos instrumentos mantienen una vinculación con una actividad (acción u omisión) de un agente estatal, sin embargo, la CIPST establece específicamente responsabilidad para aquellos empleados o funcionarios públicos que pudiendo impedirlo, no lo hiciere (artículo 3.a) y para aquellas personas que, a instigación de los funcionarios o empleados públicos, ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices (artículo 3.b).

La cuarta diferencia entre ambos instrumentos internacionales está en la finalidad que el acto debe perseguir. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos este requisito es prácticamente fútil, ya que, al enunciar algunas finalidades y a continuación establecer que también puede considerarse cumplido por cualquier otro fin, carece de sentido. El artículo está formulado en términos tan amplios que parece insignificante detenerse en su análisis. En cambio, cuando la Convención de Naciones Unidas abre el tema lo hace de un modo más acotado.

En cuanto a las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, al igual que la UNCAT, la CIPST no da una definición que permita determinar su alcance, solo se limita a exigir a los Estados Partes la adopción de medidas efectivas para su prevención y sanción (artículo 6), el adiestramiento de agentes de policías y otros funcionarios públicos responsable de la custodia de personas privadas de la libertad, en los interrogatorios, detenciones o arrestos (artículo 7) y la no extradición o devolución de personas cuando exista presunción fundada de que será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 13).

Por último, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobada el 17 de julio de 1998, refiere a la tortura como crimen de lesa humanidad en su artículo 7 y como un crimen de guerra en el artículo 8. Asimismo, define la tortura como causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

La definición acuñada por el Estatuto de Roma se ubica en un punto intermedio entre los conceptos de los instrumentos internacionales mencionados anteriormente. De la UNCAT toma la necesidad de que los actos tengan una determinada intensidad capaz de producir dolor o sufrimiento, al exigir que sea «grave». No obstante, se aparta del tratado de Naciones Unidas al eliminar los requisitos vinculados al sujeto activo, exigiendo únicamente que la persona tenga a la víctima bajo su «custodia o control», sin necesidad de que se trate de funcionario o empleado público. En este aspecto es incluso más amplio que la CIPST. De igual modo en cuanto a la ausencia de finalidad del acto. En este aspecto, la definición del Estatuto de Roma adopta una posición similar a la Convención Interamericana, al eliminar otros elementos subjetivos, haciendo referencia exclusivamente a la imposición de tortura con independencia de todo propósito o motivación.

Por otro lado, al igual que sus antecesoras, el Estatuto de Roma no define las penas y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, sino que los menciona entre los actos que se consideran crímenes de lesa humanidad y de guerra.

En consecuencia, podemos concluir que en el derecho internacional no existe un único concepto de tortura, no obstante, todos los instrumentos coinciden en la existencia de una conducta intencional que provoque dolor físico o mental, equiparándose en un mismo nivel ambos sufrimientos. De esta manera, el concepto no alcanza a conductas imprudentes y se protege, no solo las prácticas clásicas y convencionales de tortura, sino también se incluyen técnicas más modernas y sofisticadas que se caracterizan por dejar a un lado el dolor físico para actuar en la esfera del sufrimiento mental.

En este sentido, ningún instrumento precisa lo que se entiende por dolores físicos, mentales y cuando estos resultan graves, por lo que la vaguedad y relatividad de los conceptos favorecen a una buena dosis de subjetividad. En cuanto al sujeto activo, no hay uniformidad de criterios, por lo que no solo existe tortura ante la actuación directa o indirecta de un funcionario o empleado público, sino también, puede existir en casos de particulares. No obstante, habría que analizar de qué manera esa actuación privada puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Por último, la finalidad o propósito es insustancial en los últimos instrumentos internacionales por dos razones: *a)* la dificultad probatoria del elemento teleológico en casos que no se puede contar con la declaración de la víctima; y *b)* no dejar fuera del delito de tortura aquellos casos motivados por razones puramente sádicas<sup>1648</sup> o que buscan la aniquilación de la personalidad o el control social.

Además, podemos afirmar que, entre las formas de afectación ilegítima a la integridad personal, es la tortura la que mayor repudio provoca en el ámbito internacional, de allí la necesidad de dar una definición clara y de establecer sus principales elementos en cada uno de los tratados analizados, lo que no sucede con las penas y los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

### **3. ALCANCE DEL CONCEPTO DE TORTURA Y SUS ELEMENTOS DIFERENCIADORES CON LAS PENAS O TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

#### **3.1. CONSIDERACIONES GENERALES**

Las diferentes definiciones normativas provocan la necesidad de que sean los órganos de interpretación de los tratados quienes deben determinar el alcance y contenido del concepto de tortura en las resoluciones de los casos particulares.

---

1648. TEDH, Caso Irlanda vs. El Reino Unido, *cit.*, opinión separada del juez Fitzmaurice.

Es por ello que resulta imprescindible analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la delimitación de los distintos elementos que constituyen un acto que pueda ser calificado como tortura y su diferencia con las otras formas de afectación ilegítima a la integridad personal.

En ella se observa un desarrollo paulatino en la demarcación del término, mediante un diálogo constante con otros sistemas de protección de derechos humanos o con tribunales penales internacionales, que permiten a la Corte IDH ir elaborando una noción completa de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En su primera sentencia, la Corte IDH además de condenar al Estado de Honduras por la desaparición forzada del estudiante universitario Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez en 1981, también declaró su responsabilidad por la violación a la integridad personal al expresar que:

*«La desaparición de Manfredo Velásquez es violatoria del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención. En primer lugar, porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad, en contradicción con los párrafos 1 y 2 del citado artículo. En segundo lugar, porque, aun cuando no ha sido demostrado de modo directo que Manfredo Velásquez fue torturado físicamente, la mera circunstancia de que su secuestro y cautiverio hayan quedado a cargo de autoridades que comprobadamente sometían a los detenidos a vejámenes, crueza y torturas representa la inobservancia, por parte de Honduras, del deber que le impone el artículo 1.1, en relación con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención»<sup>1649</sup>.*

En los fundamentos de la sentencia de fondo, parece que el tribunal interamericano (sin expresarlo directamente y sin analizar la intensidad de las conductas o pretender distinguirlas), coloca dentro de la categoría tratos crueles e inhumanos a los ataques a la integridad psíquica, mientras que las lesiones a la integridad física constituirían tortura.

Asimismo, adopta como criterio probatorio que, aun sin la existencia de lesiones acreditadas en la víctima, por resultar imposible, debido a que permanece desaparecida, el solo contexto probado en Honduras, de la existencia de vejámenes, crueza y torturas en lugares de privación de libertad, permite igualmente condenar por tortura física.

En los siguientes casos hondureños<sup>1650</sup>, la Corte IDH sostuvo el trato cruel e inhumano por aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva. No obstante, por la desaparición en Honduras de los costarricenses Francisco Fairén Garbi y Yolanda Solís Corrales en diciembre de 1981 no sostuvo el criterio probatorio al

1649. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 187.

1650. Corte IDH. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C. No. 5, párr. 197 y Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párr. 149.

no condenar por tortura física, a pesar de reconocer expresamente el contexto de que «*las personas secuestradas eran vendadas, llevadas a lugares secretos e irregulares de detención (...) eran interrogadas y sometidas a vejámenes, cruezares y torturas*»<sup>1651</sup>.

En 1997, en el caso de la profesora universitaria *María Elena Loayza Tamayo c. Perú*, la Corte IDH incorpora (citando a su par europeo), la noción de grados de connotación en la infracción al derecho a la integridad personal, que van desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta<sup>1652</sup>. Es decir, la Corte IDH introduce la necesidad de analizar de modo casuístico, teniendo en cuenta factores internos como externos para calificar el tipo de violación a la integridad personal, no obstante, no explica cuáles serían esos factores a valorar en cada caso.

Además, mantiene implícito el criterio antes expuesto de considerar tratos crueles e inhumanos a los ataques a la integridad psíquica y solo tortura a las graves lesiones a la integridad física con apoyo en el mencionado caso Irlanda contra El Reino Unido del TEDH. Este sostiene que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima<sup>1653</sup>. Agregando posteriormente en Ribitsch contra Austria que la situación se agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida<sup>1654</sup>.

Hasta aquí, la Corte IDH considera que, la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación, ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas constituyen solo formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>1655</sup>.

Recién en el año 2000, en el caso de *Luis Alberto Cantoral Benavidez c. Perú*, de circunstancias similares a las violaciones sufrida por Loayza Tamayo, ya que ambos fueron procesados conjuntamente por el delito de traición a la patria y terrorismo, la Corte modifica la postura sostenida con anterioridad, sobre la base de la sentencia del TEDH de 1992 que expresa que ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, podrían ser calificados en el futuro como torturas, dado que, a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de

1651. Corte IDH. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras, *cit.* párr. 153.

1652. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57.

1653. TEDH, Caso Irlanda vs. El Reino Unido, *cit.*, párr. 167.

1654. TEDH, Caso Ribitsch vs. Austria, sentencia 4 de diciembre de 1995, Series A no. 336, párr. 36.

1655. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. *cit.*, párr. 58.

las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas<sup>1656</sup>.

El nuevo paradigma incluye como tortura, no solo el ejercicio de la violencia física, sino también aquellos actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo<sup>1657</sup>.

Para reafirma lo anterior, la Corte IDH cita al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que califica a las amenazas de hacer sufrir una grave lesión física como una «tortura psicológica»<sup>1658</sup>.

En síntesis, la nueva posición entiende que los actos de agresión sufridos por Cantoral Benavidez, que en Loayza Tamayo habían sido calificados como tratos crueles e inhumanos, ahora constituyen torturas, físicas y psíquicas. Dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma<sup>1659</sup>.

Reafirma esta postura unos meses después en el caso de *Efraín Bámaca Velásquez c. Guatemala* al expresar que la víctima fue sometida deliberadamente a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado período de tiempo con los fines de obtener información relevante para el Ejército y, así, puesta en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional, no puede calificarse sino como tortura, tanto física como psicológica<sup>1660</sup>. En el fallo también se menciona, sin destacarse, otro de los elementos constitutivos de la tortura, la actuación «intencional» o deliberada de los autores.

Además, resulta particularmente esclarecedor el voto del Juez Sergio García Ramírez quien entiende que la diferencia entre tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes no se hallan en el carácter preordenado y deliberado de alguno de ellos, puesto que todos revisten estos rasgos, generalmente, ni en el propósito con que se infligen, que también pudiera ser común. La diferencia puede encontrarse en la gravedad del sufrimiento causado a la víctima, en la intensidad del dolor –físico o moral– que se le infinge, en las características de la acción lesiva y de la reacción que ésta provoque en quien la padece<sup>1661</sup>.

---

1656. TEDH, Caso Tomasi vs. Francia, sentencia del 27 agosto de 1992, Series A Vol. 241-A, párr. 101.

1657. Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 100.

1658. Cfr. Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Miguel Ángel Estrella vs. Uruguay, No. 74/1980 de 29 de marzo de 1983, párrs. 8.6 y 10.

1659. Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. *cit.*, párr. 104.

1660. Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 7025, párr. 158.

1661. Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, *cit.* Voto Razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 7. Además, afirma el prestigioso juez mexicano que la calificación de las con-

En el caso *Tibi c. Ecuador*, la Corte IDH vuelve a resaltar el elemento intencional al señalar que los actos de violencia perpetrados de manera *intencional* por agentes del Estado contra el señor Daniel Tibi produjeron a este grave sufrimiento físico y mental<sup>1662</sup>.

Mientras que en la sentencia del caso del penal de máxima seguridad *Miguel Castro Castro* ubicado al este de la ciudad de Lima, la Corte IDH destaca algunas de las circunstancias que se deben ponderar para determinar la gravedad de los actos, tales como la duración de los tratos, sus efectos físicos y mentales, y en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima, entre otros<sup>1663</sup>.

Sin embargo, es en el caso de *Juan Francisco Bueno Alves c. la Argentina* que la Corte IDH elabora una enumeración de los elementos constitutivos al señalar de una manera organizada que la tortura es *a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales; y c) que se cometa con determinado fin o propósito*<sup>1664</sup>.

En cuanto al primero, se refiere a los actos que fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito<sup>1665</sup>.

En cuanto a lo segundo, retoma los términos «factores endógenos» y «factores exógenos» referidos en Loayza Tamayo y explica que los factores endógenos se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. En cambio, los factores exógenos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal<sup>1666</sup>.

---

ductas no son estáticas, sino dinámicas, puesto que «el desarrollo de las condiciones generales de vida, con el impacto que tiene en la formación de la cultura y la sensibilidad de los individuos que participan de ésta, puede traer consigo una evolución en la forma en que son percibidos ciertos tratos y en la consecuente calificación que reciben. En tal virtud, podría variar su calidad en relación con las personas que los sufren en un medio y un tiempo determinados: los tratos crueles o inhumanos, e incluso los degradantes, pasarían a ser constitutivos de tortura en función de sus características y del efecto que ejercen sobre la víctima» (párr. 9).

- 1662. Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 158.
- 1663. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 316.
- 1664. Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 79. Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) había elaborado en el caso 10.832 Luis Lizardo Cabrera vs. La República Dominicana el Informe de Fondo N.º 35/96 del 19 de febrero de 1998 una enumeración similar al expresar que la tortura *a) debe tratarse de un acto intencional o de un método; b) debe infijir a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales; c) debe tener un propósito; d) debe ser perpetrado por un funcionario público o por una persona privada a instancias del primero* (párr. 81).
- 1665. Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina, *cit.*, párr. 81.
- 1666. Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina, *cit.*, párr. 83.

Respecto a las circunstancias personales como factor exógeno, resulta bien descriptivo lo expuesto en el caso del *Pueblo Indígena Xucuru* con relación a la necesidad de tener en cuenta estas circunstancias al momento de determinar si la integridad fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo y, por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos. El sufrimiento es una experiencia propia de cada individuo y, en esa medida, va a depender de una multiplicidad de factores que hacen a cada persona un ser único<sup>1667</sup>.

Por último, en cuanto al tercer elemento –el fin o propósito–, la Corte IDH no da una definición en Buenos Alves, sino que se limita a explicar que los actos tuvieron como propósito que confesara en contra de quien era su abogado<sup>1668</sup>.

Si bien en la mayoría de los casos la Corte IDH indaga sobre el propósito perseguido por los autores, admite cualquier finalidad al momento de calificar el acto como tortura. Es así que, en *Maritza Urrutia c. Guatemala* concluye que los actos cometidos contra ella fueron preparados e infligidos deliberadamente para anular su personalidad y desmoralizarla, lo que constituye una forma de tortura psicológica<sup>1669</sup>, sin necesidad de analizar el motivo de los mismos y si eso afecta la calificación de tortura de los actos.

Incluso ha llegado la Corte IDH a señalar finalidades no previstas en los tratados, tales como, intimidar a la población, en situaciones de violación masiva de derechos humanos, mediante el uso sistemático de la tortura<sup>1670</sup>.

Otro ejemplo de la amplitud teleológica que puede tener la tortura se puede observar en uno de los últimos casos contra Venezuela, conocido como *Guerrero, Molina y otros*, donde la Corte IDH analiza la finalidad de los vejámenes sufridos por Jimmy Guerrero, antes de su ejecución extrajudicial, cuando apenas tenía 26 años de edad, en la ciudad de Coro. En la sentencia, el tribunal interamericano enmarca lo sucedido en un contexto de violencia policial contra hombres jóvenes en situación de pobreza. El mismo tenía por base el prejuicio de que tales personas, por su pertenencia a un sector social, resultaban «peligrosas». Los vejámenes estuvieron motivados en una animadversión y ensañamiento contra la víctima, por considerarlo un riesgo para la sociedad. Señala que el personal policial, al agredirlo, le decía que él era «antisocial» y «peligroso». Los ataques tuvieron como finalidad un sustento discriminatorio, con base en preconceptos ligados a la posición económica y condición social de Jimmy Guerrero<sup>1671</sup>.

---

1667. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 171.

1668. Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina, *cit.*, párr. 82.

1669. Corte IDH. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 94.

1670. Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 146.

1671. Corte IDH. Caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 424, párr. 118.

Mención aparte merece el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH en los casos de violencia sexual como otra forma de tortura con una finalidad específica que analizaré en el siguiente título.

En síntesis, podemos afirmar en el acervo jurisprudencial de la Corte IDH un avance hacia una mayor protección del derecho a la integridad personal, clarificando los elementos que definen la tortura y la distinguen de las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, mediante un empoderamiento del rol de la víctima, considerando sus particularidades subjetivas, sin dejar de tener en cuenta los elementos objetivos, pero sin pretender establecer criterios estandarizados basados en prejuicios o estereotipos que surgen de visiones predominantes en un momento histórico determinado<sup>1672</sup>.

### 3.2. LA FINALIDAD ESPECIFICA DE VIOLENCIA SEXUAL COMO FORMA DE TORTURA

Decíamos que la Corte IDH siempre ha indagado sobre el elemento teleológico a pesar de que el propio artículo 2 de la CIPST lo considere casi innecesario.

Su importancia, no solo permite distinguir la tortura de otras formas de afectación a la integridad personal, sino que también sirve para determinar la extensión de la reparación a las víctimas, principalmente la indemnización por daño material, siempre ligado a la dimensión del sufrimiento.

Además, resulta fundamental analizar la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional en lo atinente a las experiencias propias de las mujeres, las niñas y las personas pertenecientes al colectivo de LGBTQ desde una perspectiva transversal y de género. Es en este marco donde adquiere relevancia la violencia sexual como otra forma de tortura con finalidad específica, la que debe ser evaluada conjuntamente con los derechos reconocidos en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém Do Pará)<sup>1673</sup> y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas<sup>1674</sup>.

La primera vez que la Corte IDH analiza esta metodología es en el caso del penal de máxima seguridad *Miguel Castro Castro*, donde se recurre a fallos de tribunales internacionales e informes de Relatores Especiales de Naciones Unidas para afir-

- 
- 1672. Al respecto, véase NASH ROJAS, C., «Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes», Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XV, Montevideo, (2009), pp. 585-601, ISSN 1510-4974.
  - 1673. Aprobada el 6 de septiembre de 1994 en Belém Do Pará, Brasil, en el Vigésimo Cuarto Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.
  - 1674. Aprobada el 18 de diciembre de 1979 por Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

mar que los actos de violencia sexual sufridos por las mujeres detenidas (desnudez forzada, inspecciones vaginales dactilares, entre otras) constituyen tortura.

La sentencia explica que la violencia sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideraba tradicionalmente, sino que también debe entenderse por tales actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril<sup>1675</sup>.

La Corte IDH sobre la base del caso *Aydin c. Turquía* del TEDH e Informes de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, valora a la violación sexual de una detenida por un agente del Estado como un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Resalta que se trata de una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias que causa un gran daño físico y psicológico que deja a la víctima humillada física y emocionalmente, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas<sup>1676</sup>.

Además, con cita de la Relatoría Especial para la Violencia contra las Mujeres de Naciones Unidas expresó que «[l]a agresión sexual a menudo se considera y práctica como medio para humillar al adversario» y que «las violaciones sexuales son usadas por ambas partes como un acto simbólico»<sup>1677</sup>.

También agregó que «las graves condiciones de detención [...] la desatención de las necesidades fisiológicas de la mujer al negarles materiales de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse; la desatención de las necesidades de salud pre y post natal; la prohibición de dialogar entre sí, leer, estudiar y realizar trabajos manuales. [...] La imposibilidad de comunicarse con sus hijos [...] constituyó tortura física y psicológica»<sup>1678</sup>.

Los hechos del caso reflejan, con relación a la violencia sexual, dos finalidades distintas en las conductas desplegadas por los agentes penitenciarios. Una dirigida

1675. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, *cit.*, párr. 310.

1676. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, *cit.*, párr. 311, conf. TEDH Caso de *Aydin c. Turquía*, sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 83 y ONU, Comisión de Derechos Humanos, 50º período de sesiones. Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/1995/34 del 12 de enero de 1995, párr. 19.

1677. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, *cit.*, párr. 313, conf. O. N. U., Comisión de Derechos Humanos, 54.º período de sesiones. Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión. Doc. E/CN.4/1998/54 del 26 de enero de 1998, párrs. 12 y 13.

1678. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, *cit.*, párrs. 319, 330/332.

a menoscabar la integridad sexual de mujeres determinadas a través de acciones tales como revisiones o inspecciones vaginales de presas en el contexto de requisas llevadas a cabo por policías varones encapuchados, usando fuerza, y sin otro propósito que la intimidación y abuso de ellas; mientras que otras conductas están dirigidas al colectivo de mujeres, con un objetivo específico de castigarlas por su condición tal, como por ejemplo, cuando se las obligó a permanecer desnudas en el hospital, tiradas en el suelo, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban.

Esto permite concluir a la Corte IDH que, conforme la mayor vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres al estar privadas de libertad, todas estas violencias sexuales constituyen tortura física y psicológica, en los términos de la CADH y CIPST.

En agosto de 2010 la Corte IDH profundiza estos conceptos en un caso contra México, por la violación sufrida por *Fernández Ortega*, una mujer indígena de 25 años que, en el año 2002, en el Estado de Guerrero, estando en su casa, junto a sus cuatro hijos, un grupo de militares ingresó a su domicilio y apuntándoles con sus armas, la interrogó por su marido, ante la negativa a contestar, uno de ellos la tiró al suelo, le subió la falda, le bajó su ropa interior y la violó mientras los otros observaban.

Con el objeto de determinar si la violación se subsume en la figura de tortura, conforme los elementos señalados en *Buenos Alves*, la Corte IDH entiende que se trató un acto intencional, ya que el maltrato fue deliberadamente infligido contra la víctima. En cuanto a la intensidad, se reiteran citas de la sentencia del *Penal Castro Castro*, concluyendo que las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales. Por último, en cuanto a la finalidad, la Corte IDH considera que en el presente caso tuvo la finalidad específica de castigo ante la falta de información solicitada.

Agrega que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales. Los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza<sup>1679</sup>.

Un día después, la Corte IDH vuelve a condenar a México, también por un caso de violencia sexual y tortura ocurrido en el Estado de Guerrero en 2002 contra la Sra. *Rosendo Cantú*, mujer indígena de 17 años de edad, quien se encontraba lavando ropa en un arroyo cuando fue rodeada por militares, quienes la interrogaron, la golpearon, para luego ser penetrada sexualmente por dos de ellos.

Resulta interesante como la sentencia resalta el valor fundamental de la declaración de la víctima en este tipo de agresiones que se caracteriza por producirse

---

1679. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 128. Cfr. Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT). Caso V. L. vs. Suiza, Decisión del 22 enero de 2007, U. N. Doc. CAT/C/37/D/262/2005, párr. 8.10.

en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Además, entiende que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, *a priori*, inconsistencias en el relato, teniendo en cuenta que se relacionan a un momento traumático, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al rememorarlos. Además, valora los diferentes momentos desde 2002 a 2010 donde fueron rendidos estos testimonios. Adicionalmente, tiene en cuenta que al momento de ocurridos los hechos la víctima era una niña, conforme lo prescripto en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1680</sup>.

Para calificar el hecho como tortura, utiliza la misma metodología que en *Fernández Ortega*, agregando que la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima<sup>1681</sup>.

Más adelante, en el marco del conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares de Perú entre 1980 y 2000 se da el caso de *Gladys Carol Espinoza González*, por abusos sexuales y maltratos físicos ocurridos durante su detención en 1993 en la sede de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE).

En la sentencia resulta interesante el análisis del testigo Félix Reátegui, asesor principal del Presidente de la Comisión por la Verdad y la Reconciliación, quien señaló que la violencia sexual podía tener una motivación instrumental, asociada a la intención de castigar y destruir moralmente a la víctima, como al varón por medio de la utilización del cuerpo de la mujer; y una motivación no instrumental, mediante el ejercicio del poder absoluto que el varón tiene sobre la mujer, utilizando como «recompensa» o «botín de guerra» para la satisfacción sexual de los soldados o subalternos<sup>1682</sup>.

Posteriormente, en el llamado caso *Mujeres Víctima de Tortura Sexual en Atenco*, se estableció que violencia sexual vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada de las personas, supone una intromisión en su vida sexual y anula su derecho a tomar libremente las decisiones respecto a con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas<sup>1683</sup>. En este caso, el Estado de México

- 
1680. De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1, «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Por su parte, el Código Civil del estado Libre y Soberano de Guerrero, en su artículo 35 establece que «las personas físicas que no hayan cumplido dieciocho años son menores de edad».
1681. Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 110.
1682. Corte IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 228.
1683. Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 179.

fue condenado por la violencia física, psicológica y sexual, que sufrieron 11 mujeres que fueron detenidas en 2006 en un operativo policial conjunto entre distintas fuerzas de seguridad organizado para reprimir una protesta en los municipios de San Salvador de Atenco, Texcoco y en la carretera Texcoco-Lechería.

En cuanto al propósito, la violencia ejercida contra las once mujeres tenía el objetivo de humillarlas, a ellas y a quienes asumían eran sus compañeros de grupo; de atemorizarlas, intimidarlas e inhibirlas de volver a participar de la vida política o expresar su desacuerdo en la esfera pública, pues no les correspondía salir de sus hogares, único lugar en el que supuestamente pertenecían de acuerdo a su imaginario y visión estereotipada de los roles sociales. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de México resaltó que «una de las causas que generaría los abusos sexuales reclamados pudo ser la circunstancia de que algunos policías, al saber de la agresión que sufrieron de manera previa sus compañeros, estaban afectados en su estado de ánimo y querían castigar a quienes creían que eran o estaban relacionados con los responsables»<sup>1684</sup>.

En 2018 la Corte IDH condena al Estado de Venezuela en el caso de *Linda Loaiza López Sotos*, de 18 años de edad, que en 2001 fue privada de su libertad por un particular, Luis Antonio Carrera Álmoina, quien la sometió de manera continua durante cuatro meses a diversos actos de mutilaciones, severas lesiones físicas y afectaciones psicológicas cometidas con suma crueldad, así como repetidas formas de violencia y violación sexual, todo con un impacto profundo e irreversible en su vida. De las pruebas recibidas, la Corte IDH entiende que el propósito del agresor era intimidarla, anular su personalidad y subyugarla, afirmando una posición de subordinación de la mujer, así como su relación de poder y dominio patriarcal sobre la víctima, lo cual evidencia el propósito discriminatorio<sup>1685</sup>.

El Estado de Venezuela puso en dudas la calificación de tortura por tratarse de un caso cometido por un particular. Sin embargo, de los tres elementos señalados en Buenos Alves, la Corte IDH no fijó un requisito de que el acto tuviera que ser cometido por un funcionario público<sup>1686</sup>. Con apoyo en la Observación General N.º 2 del Comité contra la Tortura, la Corte IDH entiende que, la configuración de la

1684. Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, *cit.*, párr. 197.

1685. Corte IDH. Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 188.

1686. Dicha interpretación se ve corroborada a partir de la literalidad del texto de la CIPST, que lleva a concluir que lo dispuesto en su artículo 3 se refiere a las responsabilidades penales y no a la atribución de responsabilidad del Estado, lo que constituye la función de esta Corte. Así, la CIPST en su definición de tortura del artículo 2 no incorpora un nexo estatal, sino que lo dispone de forma separada en su artículo 3 al ocuparse de los «responsables del delito de tortura», en clara referencia al ámbito penal interno. En este sentido, ello no sería relevante para el establecimiento de la responsabilidad internacional del Estado, la cual debe regirse por las reglas de derecho internacional. Por otra parte, si se considerase lo establecido en el artículo 3 como un condicionante para el encuadre de la tortura, es pertinente resaltar que dicho instrumento también alude de forma expresa a supuestos en que pudieran tener participación de particulares, si los funcionarios públicos no impidieran los

tortura no se encuentra circunscripta únicamente a su comisión por parte de funcionarios públicos ni que la responsabilidad del Estado solo pueda generarse por acción directa de sus agentes<sup>1687</sup>. Además, la Corte IDH aplicando los estándares de la Convención Belém Do Pará, entiende que los actos intencionales que acarrean a la mujer sufrimientos graves de carácter físico, sexual o psicológico cometidos por un particular pueden configurar actos de tortura y merecen un reproche adecuado a su gravedad para alcanzar el objetivo de su erradicación<sup>1688</sup>.

En 2020 la Corte condena a Perú por las torturas sufridas por *Azul Rojas Marín*, perteneciente a la población del LGBTIQ quien fue detenida por agentes estatales, golpeada e insultada por su orientación sexual, desnudada forzosamente y abusada sexualmente en febrero de 2008. Resulta esclarecedor el dictamen del perito Juan Méndez, ex Relator Especial contra la Tortura de Naciones Unidas, quien indica que para determinar si un caso de tortura ha sido motivado por un prejuicio contra personas LGBTIQ se puede usar como indicadores: «*la modalidad y características de la violencia inspirada en la discriminación*». Por ejemplo, en casos de personas LGBTIQ, la violación anal o el uso de otras formas de violencia sexual; insultos, comentarios o gestos discriminatorios realizados por los perpetradores durante la comisión de la conducta o en su contexto inmediato, con referencia a la orientación sexual o identidad de género de la víctima o la ausencia de otras motivaciones.

En consecuencia, la Corte IDH entiende que se trata de un «delito de odio» o «*hate crime*», ya que la tortura estuvo motivada por la orientación sexual, por lo que no solo lesionó bienes jurídicos de Azul Rojas Marín, sino que también fue un mensaje a todas las personas LGBTIQ, como amenaza a la libertad y dignidad de todo este grupo social<sup>1689</sup>.

---

actos de tortura pudiendo hacerlo. *Cfr.* Corte IDH. Caso López Soto y otros vs. Venezuela, *cit.*, párrs. 189 a 191.

1687. Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008: [...] cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales perpetran actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención por consentir o tolerar esos actos inaceptables. La negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho. El Comité ha aplicado este principio a los casos en que los Estados Partes no han impedido actos de violencia de género, como la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina o la trata, o no han protegido a las víctimas (párr. 18).

1688. Corte IDH. Caso López Soto y otros vs. Venezuela, *cit.*, párr. 194.

1689. Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrs. 163 y 165.

De este rápido repaso de la jurisprudencia vinculada a la violencia sexual como forma de tortura observamos que la finalidad se encuentra vinculada a patrones discriminatorios con un ánimo de castigo por su condición de mujer o su orientación sexual o identidad de género, principalmente vinculado a una visión patriarcal y estereotipada del rol que estas víctimas deben ocupar en la sociedad.

#### **4. LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA EN EL DIDH**

El derecho a la integridad personal tiene especiales particularidades que la sitúan en un lugar central en la construcción normativa y jurisprudencial dentro de los sistemas de protección internacional. Este lugar queda evidenciado en los numerosos instrumentos internacionales que consagran la prohibición de la tortura, incluso en situaciones excepcionales de suspensión de garantías, tales como guerra, peligro público o cualquier otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado<sup>1690</sup>. Esto demuestra el carácter absoluto de este derecho, que no se puede restringir o suspender bajo ninguna circunstancia.

Además, la Corte IDH, a partir del caso de Maritza Urrutia, ha consagrado a la prohibición de la tortura como norma *ius cogens* internacional<sup>1691</sup> lo que significa que, conforme lo expresado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>1692</sup>, una norma imperativa de derecho internacional general o norma *ius cogens*, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo caracteres. Por lo tanto, resulta nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Además, el artículo 64 del mismo instrumento establece que, en el caso de la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición se convertirá en nulo y terminará.

Por lo tanto, ningún Estado puede sustraerse a su cumplimiento, por lo que no son admisibles las reservas de ningún tipo al momento de la ratificación de cualquier tratado que consagre la prohibición de la tortura.

Afirmado este sentido, la Corte IDH ha establecido que:

«la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Esta prohibición pertenece hoy día al dominio del

1690. Ver artículo 27 de la CADH y artículo 4 del PIDCP.

1691. Corte IDH. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. *cit.*, párr. 92.

1692. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969. Entró en vigencia el 27 de enero de 1980.

*jus cogens internacional. Los tratados de alcance universal y regional consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser sometido a ninguna forma de tortura. Igualmente, numerosos instrumentos internacionales consagran ese derecho y reiteran la misma prohibición, incluso bajo el derecho internacional humanitario»<sup>1693</sup>.*

Esta naturaleza de la prohibición modifica el alcance de la obligación de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos.

Desde sus orígenes, el tribunal interamericano había señalado que esta obligación debía cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación debía tener un sentido y ser asumida como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependiera de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública buscasse efectivamente la verdad<sup>1694</sup>.

En la sentencia del caso *Chumbipuma Aguirre y otros*, conocido como Barrios Altos, por hechos ocurridos en Perú en noviembre de 1991, la Corte IDH expresó:

*«son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] dichas leyes conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que carecen de efectos jurídicos y no pueden ser un obstáculo para la investigación y el castigo de los responsables»<sup>1695</sup>.*

El fallo parece establecer una nueva categoría de delitos internacionales, motivados por la intensidad del daño, a los que denomina «*violaciones graves*», en los que incluye a la tortura, junto a las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas de personas.

Esta nueva categoría trae consigo una extensión en las obligaciones de investigar y sancionar, al señalar que «*la función de la justicia no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva obliga a los jueces evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos»<sup>1696</sup>.*

1693. Corte IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 141.

1694. Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 144.

1695. Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41 a 44.

1696. Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párrs. 71 y 72; y Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77.

Nótese que esta amplitud adoptada con las graves violaciones modifica el criterio sostenido desde la primer sentencia de la Corte IDH, cuando expresaba que «*un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos [...] La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio*»<sup>1697</sup>.

Ahora bien, esta nueva categoría de creación pretoriana, denominada «*graves violaciones*», coloca a los Estados en la obligación de revisar sus normas internas sobre prescripción y excluyentes de responsabilidad, ya que estos institutos no podrán ser opuestas en los procesos penales donde se investiguen aquellos delitos.

En el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia*, la Corte IDH expresamente dijo que «*en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisible e inaplicable la prescripción, así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas*»<sup>1698</sup>.

En conclusión, podemos afirmar que la prohibición de la tortura, además de ser una norma de *ius cogens* internacional de carácter absoluto, también es clasificada como una grave violación a los derechos humanos por lo que resultan inaplicables las disposiciones de derecho interno relativas a prescripción, amnistía, indulto o cualquier otra excluyente de responsabilidad penal, obligando a los Estados a llevar adelante, sin excepción, investigaciones serias y sin dilaciones, con sanciones adecuadas a los autores.

En virtud de todo lo señalado, resulta fundamental conocer con exactitud cuándo un acto puede ser calificado como tortura y cuando se trata de otra forma de afectación del derecho a la integridad personal, ya que no solo constituye uno de los crímenes que mayor repudio provocan, tanto en el ámbito nacional como internacional, sino que también contiene una naturaleza especial, que generan consecuencias considerables desde el punto de vista de los principios básicos de la responsabilidad del Estado, en virtud de los cuales se estipula el interés y, en determinadas circunstancias, la obligación de todos los Estados de impedir la tortura y otras formas de malos tratos, abolirla y adoptar o reconocer conductas que vulneren tal prohibición, debiendo adecuar su legislación interna a estos principios.

---

1697. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *cit.* párr. 177.

1698. Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 207. En igual sentido, sostuvo su posición en caso Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 171 y en caso Gelman Vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 225.

## 5. CONCLUSIÓN

Del análisis realizado podemos afirmar que la prohibición de la tortura ocupa un lugar central en el DIDH al encontrarse previsto expresamente en los principales instrumentos internacionales de los sistemas regionales y universal de protección de derechos humanos.

Si bien, algunos de sus elementos varían en los distintos tratados que ensayan un concepto, todos coinciden en el carácter imperativo del derecho, que lo define como norma *ius cogens* internacional, por lo que no admite reserva, ni excepciones a su prohibición de ninguna clase.

Además, resulta fundamental distinguir la tortura de otras formas de afectación a la integridad personal, no solo para una correcta calificación de las conductas lesivas, sino por la naturaleza especial que tiene la prohibición de la tortura y sus efectos en materia de reparaciones y en la extensión de la responsabilidad internacional de los Estados en la adecuación de su derecho interno y en la obligación de investigar y sancionar estos delitos.

Para su distinción, será necesario verificar en cada caso la concurrencia de sus tres elementos principales (intencionalidad, severidad y propósito) que, en los casos de tortura a mujeres y personas pertenecientes al colectivo del LGBTIQ, su análisis deberá aplicar perspectiva de géneros y garantizar los derechos reconocidos en la Convención Belém Do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Finalmente, es importante sostener en todo momento y lugar la prohibición absoluta de la tortura, ante el avance de nuevas tendencias –minoritarias por el momento– que pretenden justificarla en determinadas ocasiones.

## *Capítulo 25*

# O direito à liberdade e à segurança na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na Convenção americana sobre Direitos Humanos

THAÍS N. CESÁRIO SILVA<sup>1699</sup>

«Em frente da Lei está um porteiro; um homem que vem do campo acerca-se dele e pede-lhe que o deixe entrar na Lei. O porteiro, porém, responde que nesse momento não pode deixá-lo entrar: (...) se te sentes tão atraído, procura entrar a despeito da minha proibição. Todavia, repara: sou forte e não passo do mais ínfimo dos porteiros. De sala para sala, porém, há outros porteiros, cada um deles mais forte do que o anterior». – Franz Kafka, *O Processo*.

**SUMÁRIO:** 1. O DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA. 2. A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE. 2.1. *Duração da privação da liberdade.* 2.2. *Privação Física.* 2.3. *Propósito da privação.* 3. OS PRESSUPOSTOS DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE «LEGALMENTE ADMISSÍVEL E JURIDICAMENTE SUPORTÁVEL»: LEGALIDADE, NÃO ARBITRARIEDADE E NECESSIDADE. 4. OS FUNDAMENTOS À RESTRIÇÃO LEGÍTIMA AO DIREITO À LIBERDADE E SEGURANÇA. 4.1. *Os fundamentos no Sistema Europeu.* 4.2. *Os fundamentos no Sistema Interamericano.* 5. AS GARANTIAS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE. 6. CONCLUSÃO.

### **1. O DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA**

O direito à liberdade e à segurança está previsto no art. 5.º da CEDH e no art. 7.º da CADH, tendo como primordial objeto a proteção da pessoa contra prisões ou detenções arbitrárias. Ambos os diplomas tratam a liberdade e a segurança conjuntamente, pelo que formam um todo – ainda que não se confundam –, merecendo uma leitura e interpretação agregadas. De acordo com Ireneu Cabral Barreto, o TEDH «tem sublinhado o lugar eminentíssimo que o direito à liberdade e à segurança

1699. Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). E-mail: thaisnscs@gmail.com.

ocupa numa sociedade democrática, importância que deve presidir à interpretação desta norma»<sup>1700</sup>. No âmbito do sistema interamericano, a CIDH apresenta posicionamento no sentido de que esta proteção abrange tanto a *liberdade física* como a *segurança pessoal*, «em uma situação em que a ausência de garantias pode subverter a regra de direito e privar os detidos de proteção legal»<sup>1701</sup>.

Efetivamente, a liberdade e a segurança são dois ângulos de uma mesma esfera tutelada pelo ordenamento jurídico. Por um lado, a liberdade «constitui o direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social conforme suas próprias opções e convicções»<sup>1702</sup>. Por outro lado, a segurança «seria a ausência de perturbações que restrinjam ou limitem a liberdade além do razoável»<sup>1703</sup>. Assim, são direitos que caminham juntos uma vez que representam, em certa medida, a salvaguarda um do outro.

Com efeito, esse caráter de salvaguarda refere-se à interpretação segundo a qual o direito à liberdade abrange «subdireitos»<sup>1704</sup> como o direito de não ser detido, preso, aprisionado ou fisicamente impedido ou constrangido, e o direito à proteção estatal contra os atentados de terceiros a esta liberdade, tendo, em contrapartida, o direito à segurança um papel mais voltado a uma *garantia* de direitos<sup>1705</sup>. Nesse sentido, são identificadas duas dimensões do direito à segurança: uma negativa, referente à defesa contra agressões à liberdade; e uma positiva, referente à proteção devida pelas autoridades públicas<sup>1706</sup>.

Cumpre referir que o direito à liberdade e à segurança é também protegido por outros documentos de grande relevância. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no seu art. 3.º, define que «(t)odo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal». Por seu turno, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) tutela o mesmo direito no art. 9.º, nos seguintes

1700. CABRAL Barreto, I., «Notas sobre o Direito à Liberdade e à Segurança», in RPCC, n.º 2, (1992), p. 443.

1701. Brasil, Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direito à Liberdade Pessoal, Ministério da Justiça, Brasília, 2014, p. 51.

1702. *Idem*, p. 243.

1703. *Ibidem*.

1704. Essa interpretação é apresentada em jeito de anotação ao art. 27.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que tutela o direito à liberdade e à segurança. Para maiores desenvolvimentos, *vide* CANOTILHO, J. J. G. / MOREIRA V., Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 475 e ss. A propósito da IV Revisão Constitucional, que alterou significativamente o art. 27.º da CRP, ao clarificar, por exemplo, as diferenças entre detenção e prisão preventiva, bem como ao consagrar um princípio da tipicidade das medidas privativas e restritivas de liberdade, *vide* SARMENTO E CASTRO, C., «A IV Revisão Constitucional e o Direito à Liberdade e Segurança e Direitos Conexos», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 74, (1998), pp. 455-492.

1705. Cf. CANOTILHO, J. J. G. / MOREIRA V., Constituição da República Portuguesa..., *op. cit.*, pp. 478-479.

1706. Cf. *idem*, p. 479.

termos: «Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, excepto pelos motivos fixados por lei e de acordo com os procedimentos nela estabelecidos».

No âmbito do sistema interamericano, há alguns documentos que se relacionam com a proteção do direito em tela, como o Protocolo à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, referente à abolição da pena de morte; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência<sup>1707</sup>. A nível europeu, cumpre referir, ainda, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo art. 6.º define que «(t)oda a pessoa tem direito à liberdade e segurança».

## 2. A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

Como vimos, os arts. 5.º da CEDH e 7.º da CADH protegem a pessoa contra restrições<sup>1708</sup> injustificadas à sua liberdade. Contudo, como bem afirma Pedro Miguel Freitas, «faz-se necessário, em primeiro lugar, determinar em que situações estaremos perante uma privação da liberdade, para depois, a jusante, perceber se esta é legalmente admissível e juridicamente suportável»<sup>1709</sup>. Para o efeito, analisaremos alguns aspectos relevantes à configuração da privação de liberdade para, então, tornar-se possível aferir a violação do direito à liberdade.

### 2.1. DURAÇÃO DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

Relativamente à interpretação do TEDH sobre a duração da privação de liberdade, temos que a jurisprudência não define objetivamente um período mínimo para aferir a relevância da privação, em que pese esta deva ocorrer por um intervalo temporal minimamente significativo<sup>1710</sup>. No entanto, há casos em que, devido à verificação conjunta de outros fatores, a privação da liberdade mesmo por curto período de tempo foi considerada relevante. Por exemplo, no caso *Gillan e Quinton c. Reino Unido*<sup>1711</sup>, de 12 de janeiro de 2010, a privação da liberdade durou menos de 30 minutos, mas, devido à coerção policial ocorrida, foi considerada relevante.

1707. Cf. Brasil, *Por uma Cultura de Direitos Humanos: Direito à Liberdade e à Segurança da Pessoa*, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013, p. 32.

1708. Para a distinção entre restrição e privação, *vide CABRAL Barreto, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 6.ª ed, Coimbra: Almedina, 2020, p. 125.

1709. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. I*, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), p. 780.

1710. Cf. *idem*, pp. 781-782.

1711. *Gillan e Quinton c. Reino Unido*, n.º 4158/05, 12 janeiro 2010.

Por outro lado, a CIDH observa os prazos estabelecidos nas constituições de cada Estado, devido à disposição do art. 7.º, n.º 2, da CADH, que estabelece como condições da privação da liberdade aquilo que for previamente fixado pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. Assim, a título exemplificativo, no caso *Suárez Rosero c. Equador*, de 12 de novembro de 1997, a CIDH considerou relevante para julgamento a privação e incomunicabilidade durante um período que excedeu em 35 dias o limite previsto na Constituição Política do Equador<sup>1712</sup>.

## 2.2. PRIVAÇÃO FÍSICA

Na construção da noção de uma privação de liberdade, cumpre também analisar o elemento relativo ao confinamento do indivíduo a um espaço físico. O TEDH já veio a definir dois elementos constitutivos deste aspecto, quais sejam: um elemento objetivo, referente à «restrição da liberdade de um indivíduo a um espaço limitado por um período de tempo não negligenciável»<sup>1713</sup>; e um elemento subjetivo, referente à «inexistência de consentimento válido por parte do indivíduo em relação a tal privação da liberdade»<sup>1714</sup>.

Contudo, pode-se configurar a privação de liberdade nas situações em que, apesar da não circunscrição da pessoa a um espaço físico, esse não confinamento vem acompanhado de fatores que impossibilitam a liberdade física individual, como o recurso de autoridades públicas à coerção: «o facto de ninguém ter sido algemado, colocado em celas ou fisicamente retido durante o período em causa não constitui fator decisivo na determinação da existência de privação de liberdade»<sup>1715</sup>.

Quanto à jurisprudência da CIDH, encontramos menção à questão da privação física já numa análise que pressupõe a circunscrição, i.e., num viés da adequação do espaço de privação da liberdade. No mencionado caso *Suárez c. Equador*, foi levada em consideração a privação da liberdade por ter sido provado que o indivíduo permaneceu em uma dependência policial inadequada para abrigar um detido<sup>1716</sup>. No caso do *Presídio Miguel Castro Castro c. Peru*, de 25 de novembro de 2006, a privação física foi analisada à luz do art. 5.º da CADH, tendo as condições da privação da liberdade das pessoas configurado violação à integridade física dos internos conforme o entendimento da Corte<sup>1717</sup>.

1712. Cf. Brasil, Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direito à Liberdade Pessoal, p. 18.

1713. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), p. 782.

1714. *Ibidem*.

1715. Caso *M. A. v. Chipre*, n.º 41872/10, 23 julho 2013.

1716. Cf. Brasil, Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direito à Liberdade Pessoal, p. 18.

1717. *Idem*, p. 174.

### 2.3. PROPÓSITO DA PRIVAÇÃO

Na jurisprudência do TEDH, há casos em que o objetivo envolvido na efetivação da privação da liberdade foi levado em consideração para determinar a não existência de privação da liberdade. Por exemplo, no caso *X. c. Alemanha*<sup>1718</sup>, de 19 de março de 1981, a permanência de crianças num posto policial durante duas horas não foi considerada incompatível com a CEDH porque a intenção das autoridades era obter informações, e não a detenção em si. Contudo, Pedro Miguel Freitas observa uma evolução jurisprudencial no sentido de que «o propósito com que certas medidas privativas da liberdade são tomadas pelas autoridades não é mais decisivo para o TEDH determinar se existiu uma privação da liberdade. Poderá, isso sim, ser útil para avaliar a compatibilidade da medida com o art. 5.º da CEDH»<sup>1719</sup>.

No âmbito do sistema interamericano, a CIDH interpreta a questão do propósito da privação da liberdade enquanto um critério de *(im)previsibilidade*, no sentido de que a restrição do direito deve obedecer a causas, finalidades e motivos concretos, sob pena de ser configurada como imprevisível e, portanto, arbitrária<sup>1720</sup>. Por exemplo, no memorial do caso *Pedro Chavero c. Vadaluz*, fala-se na violação à previsibilidade por ter havido a prisão para fins de dissolver uma manifestação e não para o suposto fim de proteção do bem jurídico saúde<sup>1721</sup>. Nesse sentido, «qualquer restrição à liberdade que não disponha de motivação suficiente que permita avaliar se se ajusta às condições mencionadas será arbitrária»<sup>1722</sup>, em que pese esta última ponderação já adentre na análise da compatibilidade com o texto da Convenção – objeto do próximo tópico.

## 3. OS PRESSUPOSTOS DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE «LEGALMENTE ADMISSÍVEL E JURIDICAMENTE SUPORTÁVEL»: LEGALIDADE, NÃO ARBITRARIEDADE E NECESSIDADE

Vistos alguns dos requisitos para a determinação da existência de uma privação de liberdade, cumpre verificar quais são os pressupostos para averiguar se esta privação de liberdade é legítima, i.e., se é uma privação da liberdade «legalmente admissível e juridicamente suportável»<sup>1723</sup>. Nesse sentido, temos que a admissibilidade das restrições ao direito à liberdade e segurança fundamenta-se na caracterização destas como legais, não arbitrárias e necessárias<sup>1724</sup>. Igualmente aplicável e funcional na análise da privação de liberdade admissível é o princípio da razoabilidade.

1718. *X. c. Alemanha*, n.º 8818/79, 19 março 1981.

1719. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, p. 783.

1720. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Torres Millacura y Otros c. Argentina*, Sentencia de 26 de agosto de 2011, p. 27.

1721. Caso *Pedro Chavero vs. Vadaluz*, Memorial da Vítima, s. d., p. 19.

1722. Cf. Brasil, Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direito à Liberdade Pessoal, p. 248.

1723. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, p. 780.

1724. *Idem*, p. 783.

dade, interpretado na sua tríplice dimensão *adequação, necessidade e proporcionalidade* em sentido estrito<sup>1725</sup>.

Numa análise da jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a *arbitrariedade* verifica-se no caso de uma prisão em que o Estado não permite o exame pelo Judiciário ou quando há um lapso temporal prolongado e injustificado<sup>1726</sup>. No que concerne à *legalidade*, a prisão será ilegal quando não se observar justa causa ou razoabilidade<sup>1727</sup>. Ainda no viés do requisito da legalidade, é de grande relevância assegurar o conhecimento da ordem, lugar e data da emissão, devendo haver formulação precisa das acusações<sup>1728</sup>. No sistema europeu, ao referir alguns casos tais como *Kurt c. Turquia, de 25 de maio de 1998*, e *Al Nashiri c. Polónia, de 24 de julho de 2014*, Pedro Miguel Freitas afirma que «a falta de documentação sobre a hora, data e local da detenção, nome do detido, motivos da detenção e nome da pessoa que levou a cabo a detenção constitui uma violação grave do requisito da legalidade da detenção e uma negação profunda da finalidade do art. 5.º da CEDH»<sup>1729</sup>.

Relativamente à CEDH, são identificados três níveis de garantia: «a) um, relativo ao processo de privação de liberdade: de acordo com o procedimento legal; b) outro, sobre a própria privação da liberdade: apenas nas situações prevenidas nas alíneas do n.º 1; c) um terceiro, que inclui as relativas às pessoas que foram privadas da sua liberdade – n.ºs 2 a 5»<sup>1730</sup>.

#### **4. OS FUNDAMENTOS À RESTRIÇÃO LEGÍTIMA AO DIREITO À LIBERDADE E SEGURANÇA**

##### **4.1. OS FUNDAMENTOS NO SISTEMA EUROPEU**

No art. 5.º, alíneas *a* a *f*), da CEDH, estão expressamente previstos os casos concretos em que se verifica o caráter de legitimidade na restrição ao direito à liberdade e segurança. A privação da liberdade de uma pessoa só será legalmente admissível se for verificada em conformidade com uma das hipóteses destas alíneas. Assim, «(t)odas as hipóteses admitidas no n.º 1 do artigo 5.º pressupõem um agir de acordo com o procedimento legal, quer sob o aspeto substancial quer processual»<sup>1731</sup>.

Trata-se de um rol taxativo, o que tem sido reiteradamente mencionado pela jurisprudência do TEDH, «a par da enfatização do pressuposto da legalidade, subs-

1725. Gomes, L. / Mazzuoli, V., *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, vol. 4, 3.ª ed., GOMES, L. e SANCHES CUNHA, R. (Coord.), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 78.

1726. Interpretação feita por Gomes. L. / Mazzuoli, V., *Comentários à Convenção Americana...*, *op. cit.*, p. 61.

1727. *Idem*, a respeito do Informe Anual 1980/1981, Res. 15/81 e 16/81, Argentina.

1728. *Idem*, a respeito dos Informes Anuais 1981/1982, Colômbia; e 1987, Paraguai.

1729. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, p. 786.

1730. CABRAL Barreto, I., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 124.

1731. *Idem*, p. 129.

tantiva e processual, da detenção e da importância de um controlo judicial célere»<sup>1732</sup>. O caráter exaustivo da enumeração, para além de servir de guião para o respeito pelo devido procedimento legal, igualmente se relaciona com o objetivo de evitar privações de liberdade arbitrárias<sup>1733</sup>. Nesse contexto, Ireneu Cabral Barreto ensina que aqui «a noção de arbitrário vai para além da falta de conformidade com o direito nacional, de modo que uma privação de liberdade pode ser regular segundo a legislação interna, mas continuando arbitrária porque contrária à Convenção, uma privação da liberdade não é regular se ela não releva de pelo menos de uma dessas alíneas»<sup>1734</sup>, o que enforma a importância de uma harmonização das leis internas com a CEDH<sup>1735</sup>.

Evidentemente, sendo as alíneas *a) a f)* do art. 5.º da CEDH representativas de exceções ao respeito por um direito fundamental, a sua interpretação deve apresentar um caráter restritivo e não abrangente, uma vez que só assim será coerente com o objetivo desse artigo, nomeadamente o de garantir que ninguém seja arbitrariamente privado da sua liberdade<sup>1736</sup>.

A al. *a*) prevê como admissível a privação de liberdade de um indivíduo «(s)e for preso em consequência de condenação por tribunal competente». Trata-se da exigência de uma prisão *regular*, i.e., regularmente efetuada<sup>1737</sup>. Assim sendo, «(e)sta prisão deve ser consequência de uma condenação, o que pressupõe entre a condenação e a prisão não uma simples ordem cronológica mas uma relação de causalidade»<sup>1738</sup>. Dois são os pontos sobre os quais a jurisprudência do TEDH e a doutrina preocupam-se em definir interpretações: a noção de *condenação* e a caracterização de *tribunal competente*.

Relativamente à noção de condenação, temos que esta não precisa necessariamente ser proveniente da prática de uma infração criminal, abarcando não só a aplicação de uma pena de prisão propriamente dita, mas também as medidas de segurança ou defesa social que possam constituir um complemento da pena ou a sua substituição<sup>1739</sup>. Dos casos *Gurepka c. Ucrânia*<sup>1740</sup>, de 06 de setembro de 2005, e

1732. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, pp. 789-790.

1733. Contudo, releva mencionar que podemos estar perante situações em que há o preenchimento de uma das alíneas e, ainda assim, o TEDH venha a declarar a violação do art. 5.º da CEDH, como casos em que o propósito dominante da detenção mostra-se desviado, referente a detenções baseadas em acusações vagas ou falsas, prolongamentos manipulados da detenção, ou, ainda, detenções que tenham como meta uma qualquer retaliação. Com exemplos referenciando os casos jurisprudenciais do TEDH, ver FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, p. 791.

1734. CABRAL Barreto, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 128.

1735. De acordo com Ireneu Cabral Barreto, «(a) privação de liberdade deve, antes de mais, respeitar o direito interno (que deve estar em harmonia com a Convenção), do ponto de vista formal e substancial, com a observação pelas jurisdições nacionais das regras e do processo pertinentes». Cf. *idem*, p. 129.

1736. Caso *Khlaifia e Outros c. Itália*, § 88, n.º 16483/12, 15 December 2016.

1737. Cf. CABRAL Barreto, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 132.

1738. Cf. *ibidem*.

1739. Cf. *idem*, p. 133; e FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, p. 792.

1740. *Gurepka c. Ucrânia*, n.º 61406/00, 6 September 2005.

*Galstyan c. Arménia*<sup>1741</sup>, de 15 de novembro de 2007, extrai-se que «(a) pedra de toque é que a condenação implique uma privação de liberdade, independentemente da exata configuração normativa da infração dada pelo direito nacional»<sup>1742</sup>. Releva mencionar que a condenação não precisa ser final, ou seja, não é necessário haver trânsito em julgado da decisão da primeira instância para a apreciação da privação de liberdade à luz da al. a)<sup>1743</sup>.

Quanto à caracterização de tribunal competente à luz da CEDH, em conformidade do que se extraí do caso *X c. Reino Unido*<sup>1744</sup>, de 05 de novembro de 1981, exige-se que o órgão «detenha competência para decidir sobre a legalidade de uma privação de liberdade e para ordenar a libertação de um indivíduo se considerar que foi ilegal»<sup>1745</sup>, devendo ter funções decisórias e não meramente consultivas. Além disso, «Tribunal, no sentido da Convenção, caracteriza-se pela independência face ao poder executivo e às partes»<sup>1746</sup>.

A al. b) considera legalmente admissível a privação da liberdade do indivíduo «(s)e for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei». Compõe-se, na verdade, por mais de uma hipótese: a desobediência a uma decisão de um tribunal e o cumprimento de uma obrigação prescrita por lei.

Relativamente às situações em que se verifica uma desobediência a decisões judiciais, entram em cena medidas como prisões com o intuito de manter a disciplina nas audiências ou, ainda, para garantir a comparência dos indivíduos nos atos processuais que se mostrarem necessários<sup>1747</sup>. A este propósito, a jurisprudência do TEDH já se manifestou em algumas oportunidades, como nos casos *Paradis e Outros c. Alemanha*<sup>1748</sup>, de 04 de setembro de 2007, em que houve o incumprimento de uma decisão a respeito da convivência paterna com os filhos; *X. c. Alemanha*<sup>1749</sup>, de 10 de dezembro de 1975, sobre a recusa à realização de um exame médico de saúde mental; e, dentre outros, *X. c. Áustria*<sup>1750</sup>, de 13 de dezembro de 1979, a respeito da

1741. *Galstyan c. Arménia*, n.º 26986/03, 15 November 2007.

1742. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, p. 792.

1743. *Idem*, p. 796. Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, ver caso *Ruslan Yakovenko c. Ucrânia*, Application n.º 5425/11, em que o TEDH afirmou o seguinte: «(...) the Court reiterates that the important guarantees of Article 5 of the Convention are not dependent on national legislation (...). Thus, even if the domestic law of a member State provides that a sentence only becomes final on completion of all appeals, pre-trial detention comes to an end for the purposes of the Convention with the finding of guilt and the sentence imposed at first instance».

1744. *X. c. Reino Unido*, n.º 7215/75, 5 November 1981.

1745. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, p. 795.

1746. Cf. CABRAL Barreto, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 133.

1747. Cf. *idem*, p. 134.

1748. *Paradis e Outros c. Alemanha*, n.º 4065/04, 4 September 2007.

1749. *X. c. Alemanha*, n.º 6659/74, of 10 December 1975.

1750. *X. c. Áustria*, n.º 8278/78, of 13 December 1979.

recusa a um exame de sangue ordenado judicialmente. Neste último caso, ainda que a Comissão tenha se posicionado no sentido de que a submissão forçada a uma análise ao sangue de uma pessoa é uma privação da liberdade desta, considerou ter havido uma intervenção justificada: «(...) as the respondent Government have rightly pointed out, subparagraph 1.b of Article 5 permits detention of a person for non-compliance with the lawful order of the Court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law».

Em suma, daquilo que é possível extrair dos casos jurisprudenciais sobre este tema, afirma-se que, conforme os posicionamentos do TEDH, «deve procurar-se um equilíbrio justo entre a importância, numa sociedade democrática, de garantir o cumprimento de uma ordem judicial, em conformidade com a lei, e a importância do direito à liberdade»<sup>1751</sup>, tendo em conta elementos como o objeto e propósito da ordem, bem como a duração e a proporcionalidade da privação de liberdade.

Relativamente à medida de prisão ou detenção para o cumprimento de uma obrigação prescrita na lei, devem estar reunidas as seguintes condições: «a) Que a pessoa esteja sujeita a uma obrigação específica e concreta compatível com a Convenção; b) Que esta obrigação se mantenha sem cumprimento ainda que tal não decorra necessariamente de uma vontade deliberada ou de uma negligência; c) Que o visado tenha tido, previamente, a possibilidade de cumprir a obrigação; d) Que as circunstâncias sejam tais que não exista, para além da prisão, outro meio disponível para garantir o cumprimento da obrigação»<sup>1752/1753</sup>.

A al. c) permite a privação da liberdade do indivíduo «(s)e for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido». Aqui está em causa a disciplina da prisão preventiva, devendo esta alínea ser lida em conjunto com o n.º 3 do art. 5.º, que impõe a necessidade de apresentação do preso ou detido a uma autoridade judicial competente, seja para exame do problema da sua detenção seja para o seu julgamento sobre o fundo<sup>1754</sup>. A garantia prevista no n.º 3 divide-se em dois segmentos, um primeiro que determina um *controle judicial imediato da privação da liberdade* e um segundo que trata do *julgamento em prazo razoável ou colocação em liberdade*. Numa interpretação do caso *Mckay c. Reino Unido*<sup>1755</sup>, de 03 de outubro de 2006, afirma-se que «o controlo judicial exigido no n.º 3 circunscreve-se à apreciação da legalidade da privação da liberdade e sua compatibilidade com a al.

1751. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, p. 799. A este respeito, o autor cita os seguintes casos do TEDH: Vasileva c. Dinamarca; Gatt c. Malta; Paradis e Outros c. Alemanha.

1752. Cf. CABRAL BARRETO, I, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 135.

1753. A este respeito, Pedro Miguel Freitas cita alguns casos do TEDH, quais sejam: Ciulla c. Itália; McVeigh e Outros c. Reino Unido; Johansen c. Noruega; Khodorkovskiy c. Russia. Pedro Miguel Freitas, «Fundamentos da privação da liberdade I», p. 800.

1754. Cf. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 137.

1755. *McKay c. Reino Unido*, n.º 543/03, 3 outubro 2006.

c), não englobando questões como a libertação sob fiança (*bail*) decorrente de uma avaliação dos méritos da detenção (*merits of the detention*)»<sup>1756</sup>.

Ao ler essa hipótese de uma forma desmembrada, encontram-se três fundamentos distintos: suspeita de ter cometido uma infração, impedir a prática de nova infração e evitar a fuga<sup>1757</sup>. A aferição do caráter razoável de uma suspeita para fins de aplicação da al. c) depende, evidentemente, das circunstâncias do caso concreto, tendo já o TEDH estabelecido uma interpretação no sentido de que aquele caráter pressupõe a existência de factos ou informações suficientes para convencer um observador objetivo que determinada pessoa poderá ter cometido um crime<sup>1758</sup>.

A al. d) autoriza a privação de liberdade «(s)e se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente». Não se trata de uma previsão que simplesmente permite a detenção de um menor, uma vez que se verificam exemplos específicos das circunstâncias em que isto será admissível, ou seja, quando se der para efeitos de supervisão educacional ou de apresentação dos menores perante a autoridade competente.

Relativamente à primeira parte, a educação sob vigilância do menor admite, a título exemplificativo, «a sua subtração ao meio familiar para o internar num estabelecimento de assistência adequado»<sup>1759</sup>. Daí que é de afirmar a exigência de que esta detenção ocorra num centro apropriado (cf. casos *Blokhin c. Russia*<sup>1760</sup>, de 23 de março de 2016, e *D.G. c. Irlanda*<sup>1761</sup>, de 16 de maio de 2002. Neste último caso, o TEDH considerou ter havido uma violação ao art. 5.º, n.º 1, al. d) em razão da demora por parte das autoridades nacionais em colocar o menor num alojamento adequado).

De acordo com Ana Paula Guimarães e Fernanda Rebelo, «esta forma de detenção tem-se verificado nos casos em que o menor tem uma necessidade particular de supervisão educacional devido a ter, por exemplo, uma personalidade perturbada ou assumir certos comportamentos violentos»<sup>1762</sup>. Nessa circunstância, a justificação para que o Estado possa privar uma criança de liberdade liga-se precisamente ao melhor interesse da mesma, uma vez que assim será concedida uma oportunidade de afastar aquele menor da justiça criminal formal<sup>1763</sup>.

Quanto ao segundo segmento da al. d), cabe referir o caso *X. c. Suíça*<sup>1764</sup>, de 14 de dezembro de 1979, em que a detenção de um menor para a tomada de decisão sobre

1756. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, p. 810.

1757. FREITAS, M., «Fundamentos da privação da liberdade I», *op. cit.*, p. 802.

1758. *Idem*, p. 803, a respeito do caso *Sahin Alpay c. Turquia*, n.º 16538/17, 20 março 2018.

1759. Cf. CABRAL Barreto, I., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 139.

1760. *Blokhin c. Russia*, n.º 47152/06, 23 March 2016.

1761. *D. G. c Irlanda*, n.º 39474/98, 16 May 2002.

1762. Guimarães, A., / Rebelo, F., «Fundamentos da privação da liberdade II», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. I*, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), p. 817.

1763. *Idem*, p. 816.

1764. *X. c. Suíça*, n.º 8500/79, 14 December 1979.

as suas condições mentais foi considerada conforme a alínea em estudo, *i.e.*, com o propósito de fazer comparecer o menor perante autoridade competente. Por um lado, diz-se que a autoridade deve ser judicial, em que pese o texto não o expresse<sup>1765</sup>. Por outro lado, afirma-se que «deve entender-se, de acordo com os trabalhos preparatórios, que esta disposição se destina a cobrir a detenção de um menor em face de processos civis ou administrativos, enquanto a detenção no âmbito de um processo penal se destina a ser abrangida pela alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º»<sup>1766</sup>.

A al. e), por sua vez, admite a privação de liberdade «(s)e se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo». Afirma-se que esta previsão tem como objetivo, em geral, dar resposta às situações em que as pessoas representam um perigo para a sociedade ou para elas próprias<sup>1767</sup>.

No que concerne à detenção de pessoas suscetíveis de propagar uma doença contagiosa, por forma a evitar o caráter arbitrário e respeitar o princípio da proporcionalidade nestas detenções, o TEDH estabeleceu condições conforme as quais a privação de liberdade dessas pessoas pode ocorrer<sup>1768</sup>: i) a doença deve estar inquestionavelmente estabelecida; ii) o perigo deve ser tal que legitime o internamento; iii) o não prolongamento do internamento em caso de não persistência do perigo; iv) em princípio, deve ocorrer num estabelecimento de saúde – hospital, clínica ou outro adequado; v) perigo à saúde e segurança pública e vi) a detenção deve ser o último recurso para impedir a propagação da doença.

No que respeita à detenção de um alienado mental, esta é admitida independentemente do cometimento de uma infração penal e da existência de um processo penal ou civil<sup>1769</sup>. Contudo, para além das garantias previstas no próprio art. 5.º, devem estar preenchidas certas condições de caráter cumulativo, derivadas do entendimento formulado pelo TEDH em diversos arestos<sup>1770</sup>, tais como a certificação da perturbação mental através de perícias de profissionais da saúde; a adoção da

1765. P. van Dijk e G. J. H. van Hoof *Apud CABRAL Barreto, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 139.

1766. Guimarães, A. / Rebelo, F., «Fundamentos da privação da liberdade II», *op. cit.*, p. 820.

1767. Vide caso *Guzzardi c. Itália*, n.º 7367/76, 6 November 1980.

1768. Para maiores desenvolvimentos, ver CABRAL Barreto, I., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 141; e Guimarães, A. / Rebelo, F., «Fundamentos da privação da liberdade II», *op. cit.*, p. 827.

1769. Barreto, I. C., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 141.

1770. Para uma síntese das decisões mais importantes do TEDH a respeito da privação de liberdade de pessoas com deficiência mental, emanadas desde o primeiro caso de que se ocupou o TEDH em matéria de deficiência mental – caso *Winterwerp c. Holanda*, 24 de outubro de 1979 (Cf. Figueiredo, E., (R)evolução da Legislação de Saúde Mental à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, p. 46) –, e já organizadas conforme subtemas como o conceito de privação de liberdade, o conceito de alienado mental, os pressupostos ou condições mínimas para a garantia da licitude do internamento compulsivo, *vide* Figueiredo, E., (R) evolução da Legislação de Saúde Mental..., *op. cit.*, pp. 47-48.

medida enquanto última alternativa possível (*ultima ratio*); a verificação da necessidade de tratamento, controle ou supervisão; o internamento em locais adequados como instituições de saúde e, por fim, a duração do internamento somente enquanto for verificável a perturbação mental<sup>1771</sup>.

Quanto às perícias médicas, o seu caráter de imprescindibilidade vem relatado nos casos *Ruiz Rivera c. Suíça*<sup>1772</sup>, de 18 de fevereiro de 2014, e *S.R. c. Países Baixos*<sup>1773</sup>, de 18 de setembro de 2012. Neste último caso, foi estabelecido o seguinte: «No deprivation of liberty of a person considered to be of unsound mind may be deemed in conformity with Article 5 § 1 (e) of the Convention if it has been ordered without seeking the *opinion of a medical expert*. Any other approach falls short of the required protection against arbitrariness, inherent in Article 5 of the Convention» (§ 31) (realce nosso).

No mais, afirma-se que a regularidade da privação de liberdade da pessoa com deficiência mental depende de uma terapia adequada ao seu estado de saúde<sup>1774/1775</sup>. Contudo, como já afirmado, não é necessário que a doença ou deficiência seja tratável, o que se extrai do seguinte trecho da decisão do caso *N. c. Roménia*<sup>1776</sup>, de 28 de novembro de 2017: «(...) although Article 5 § 1 (e) authorises the confinement of a mentally disordered person even in the absence of plans to provide him with medical treatment (...), such a measure must nevertheless be duly justified by the seriousness of the person's state of health so as to ensure his own protection or the protection of others».

No que respeita à privação da liberdade dos alcoólicos e toxicómanos, cumpre mencionar que não é muito recorrente o TEDH tratar dos problemas relacionados a estes grupos. O que se discute, normalmente, nos casos existentes, é a questão de saber se se faz necessário um diagnóstico de alcoolismo ou não. Conforme o decidido no caso *Hilda Hafsteinsdóttir c. Islândia*<sup>1777</sup>, de 8 de junho de 2004, basta que, sob a influência de álcool, o comportamento da pessoa represente uma ameaça para a ordem pública ou para si própria: «(t)he Court, seeing no reason for reaching a contrary conclusion, finds it established that the applicant's conduct and behaviour were under the strong influence of alcohol and could reasonably be considered to

1771. Figueiredo, E, (R)evolução da Legislação de Saúde Mental..., *op. cit*, pp. 48-49.

1772. *Ruiz Rivera c. Suíça*, n.º 8300/06, 18 February 2014.

1773. *S.R. c. Países Baixos*, n.º 13837/07, 18 September 2012.

1774. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 142.

1775. A título informativo, *vide* o art. 12.º da Lei de Saúde Mental portuguesa: 1 – O portador de anomalia psíquica grave que crie, por força dela, uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico pode ser internado em estabelecimento adequado. 2 – Pode ainda ser internado o portador de anomalia psíquica grave que não possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, quando a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o seu estado.

1776. *N. c. Roménia*, n.º 59152/08, 28 November 2017.

1777. *Hafsteinsdóttir c. Islândia*, n.º 40905/98, 8 June 2004.

entail a threat to public order. It is further satisfied that the purpose of the measures was to avert that kind of threat. In other words, the matter was covered by the notion of “alcoholic” in sub-paragraph (e), which is therefore applicable». No caso *Witold Litwa c. Polónia*<sup>1778</sup>, de 4 de abril de 2000, o entendimento fixado deu-se no mesmo sentido, sendo o mesmo princípio aplicável aos toxicómanos<sup>1779</sup>. Quanto aos vagabundos, a problemática prende-se à sua definição, que deve dar-se em termos restritivos<sup>1780</sup>.

Finalmente, a al. f) admite a privação de liberdade «(s)e se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição». Desmembramos desta disposição três hipóteses: a entrada ilegal, a expulsão e a extradição<sup>1781</sup>. No que concerne à detenção ou prisão para evitar a entrada ilegal (neste sentido, não autorizada) num país, o TEDH sublinha alguns aspectos<sup>1782</sup>: i) os Estados-membros podem controlar a liberdade de estrangeiros num contexto imigratório, podendo detê-los antes da concessão da autorização para entrada no respectivo território; ii) não são aprovadas as práticas de detenção automática dos requerentes de asilo sem uma prévia avaliação das suas necessidades específicas; iii) a detenção deve ser compatível com o ideal da não arbitrariedade. Quanto à detenção para fins de garantia da expulsão ou extradição, a jurisprudência do TEDH firma-se em alguns pontos, como a adequação da medida às particularidades e vulnerabilidades dos indivíduos, a duração da privação da liberdade enquanto durar o procedimento de expulsão ou extradição e o guião da não arbitrariedade na detenção de boa-fé, em local e condições adequados e com duração razoável<sup>1783</sup>.

#### 4.2. OS FUNDAMENTOS NO SISTEMA INTERAMERICANO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), por sua vez, remete a previsão dos fundamentos da privação de liberdade às constituições dos Estados-Parte. Conforme o art. 7.º, n.º 2, «(n)inguém 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». Não há, portanto, um rol taxativo de exceções ao direito à liberdade e segurança, como ocorre na CEDH, mas uma expressão da garantia da reserva de lei. Tendo a liberdade como a regra, e a limitação ou restrição como a exceção, afirma-se «que a forma pela qual a legislação interna afeta o direito à liberdade é notadamente negativa, quando permite que se prive

1778. *Witold Litwa c. Polónia*, n.º 26629/95, 4 April 2000.

1779. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 143.

1780. Sobre este grupo, ver o já mencionado caso *Guzzardi c. Itália*, também sobre a (in)compatibilidade entre a definição nacional e da CEDH.

1781. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 144.

1782. Para maiores desenvolvimentos sobre os tópicos que se seguem, *vide* Guimarães, A. / Rebelo, F., «Fundamentos da privação da liberdade II», *op. cit.*, pp. 848-849.

1783. Para maiores desenvolvimentos sobre estes pontos interpretativos, *vide idem*, pp. 849-850.

ou restrinja a liberdade»<sup>1784</sup>. Assim sendo, ao julgar os casos que tratam da matéria relativa ao direito à liberdade pessoal, a tarefa da CIDH corresponde a verificar se a privação da liberdade do indivíduo ocorreu em conformidade com a legislação interna, a fim de determinar a sua (i)legalidade.

No caso *Bayarri c. Argentina, de 30 de outubro de 2008*, a CIDH considerou que houve violação ao art. 7.º, n.º 2, dado que um senhor foi detido sem ordem judicial prévia, tendo sido apresentado perante a autoridade judicial somente uma semana depois de detido e de forma inadequada, uma vez que o ato segundo o qual o juiz recebeu o sujeito pessoalmente «não incluiu oportunamente os aspectos que poderiam sustentar ou não a legalidade de sua detenção»<sup>1785</sup> e, além disso, após ouvir o indivíduo, o juiz enviou-o de volta à penitenciária sem decretar a prisão preventiva oficialmente. Em razão do exposto, foi considerado que o ocorrido não observou a legislação argentina vigente à época: a Constituição da Nação Argentina de 1853, que vinculava a legalidade da prisão à existência de ordem escrita de autoridade competente; bem como o Código de Processo Penal, que também previa a exigência de ordem escrita de juiz competente baseada em prova semiplena ou indícios de culpabilidade.

No caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez c. Equador, de 21 de novembro de 2007*, a CIDH igualmente considerou ter havido uma violação ao art. 7.º, n.º 2, uma vez que a ordem escrita de autoridade judicial referente ao senhor Lapo foi emitida posteriormente à sua detenção, contrariando a disposição da Constituição Política do Equador vigente à época dos acontecimentos, que exige a ordem escrita para que a privação da liberdade seja legal. Além disso, a CIDH, ao se pronunciar sobre o pedido do Estado a propósito da substituição da exigência de ordem escrita pela presença efetiva da autoridade judicial, não aceitou tal interpretação por não haver a permissão desta hipótese na legislação interna<sup>1786</sup>.

---

1784. Brasil, Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direito à Liberdade Pessoal, p. 243.

1785. *Idem*, p. 298.

1786. A título informativo, ainda que sem recorrer a um caso concreto, releva mencionar como é tratada a questão dos fundamentos da privação da liberdade na legislação brasileira. Estabelece o art. 5.º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, que «ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei». No ordenamento jurídico brasileiro, a prisão é legal e constitucionalmente possível nos casos e circunstâncias definidos para a prisão penal ou extrapenal (civil ou administrativa). De acordo com Luís Flávio Gomes, «(a) ordem de prisão, de outro lado, para além de ser emitida por autoridade judiciária competente (...), deve ser fundamentada, cabendo ao juiz demonstrar fática e juridicamente a necessidade da prisão cautelar, que resulta da evidenciação do fumus boni iuris (...) assim como do periculum in mora». Cf. Gomes. L. / Mazzuoli, V., Comentários à Convenção Americana..., *op. cit.*, p. 58.

## 5. AS GARANTIAS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

Vistos os níveis de garantia relativos à privação de liberdade em si (seus fundamentos, *i.e.*, as exceções em que pode ocorrer legalmente) e ao processo da privação de liberdade, cumpre analisarmos as garantias das pessoas que foram privadas da sua liberdade. No fundo, estas garantias acabam por igualmente corresponder à fonte da caracterização do procedimento legal da privação de liberdade como não arbitrário e proporcional, o que cremos ser o fundamento da interpretação da CIDH no sentido de que «qualquer violação dos parágrafos 2 a 7 do artigo 7 da Convenção implicará necessariamente a violação do artigo 7.1 desse Tratado, uma vez que a falta de respeito às garantias da pessoa privada da liberdade redonda, em suma, na falta de proteção do próprio direito à liberdade dessa pessoa»<sup>1787</sup>.

Como bem afirma Flávia Loureiro, ao referir-se às garantias da pessoa detida previstas na CEDH, «entenderam as Altas Partes Contratantes que não seria suficiente enunciar taxativamente as hipóteses de limitação da liberdade dos cidadãos sujeitos à sua jurisdição, mas que se impunha igualmente ir mais longe na estatuição das garantias que lhes assistem depois de serem detidos ou presos, de modo a assegurar a efetiva possibilidade de reação face a um tal acontecimento»<sup>1788</sup>.

Com efeito, a CEDH e a CADH preveem algumas garantias em comum, como o direito à informação com brevidade sobre as razões da sua prisão, detenção ou acusações (art. 5.º, n.º 2, CEDH; art. 7.º, n.º 4, CADH); o direito à condução com brevidade à presença de uma autoridade judicial, ao julgamento em prazo razoável ou colocação em liberdade<sup>1789</sup> (art. 7.º, n.º 5, CADH)<sup>1790</sup>; e, ainda, o direito ao recurso a tribunal (art. 5.º, n.º 4, CEDH; art. 7.º, n.º 6, CADH)<sup>1791</sup>. Efetivamente, um indivíduo que veja a sua liberdade privada sem saber os motivos, sem lhe ser dada a chance de apresentação a um juiz para a apreciação da legalidade da sua detenção ou sem a oportunidade de recorrer a um tribunal para o pronunciamento de eventuais injustiças ou ilegalidades estará *desproporcional e arbitrariamente* privado da sua liberdade. Diante do risco destas prejudiciais circunstâncias se verificarem, a CEDH, de modo particular, prevê o direito à indemnização às pessoas que forem presas ou detidas em condições contrárias ao disposto no art. 5.º (art. 5.º, n.º 5),

- 
1787. Brasil, Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direito à Liberdade Pessoal, p. 244.
1788. NOVERSA LOUREIRO, F., «Direitos do detido», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, (2019), p. 858.
1789. A título informativo, cabe mencionar o disposto no art. 5, LXV, da Constituição da República Federativa do Brasil: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.
1790. Aqui não mencionamos o art. 5.º, n.º 3, CEDH, porque no âmbito do sistema europeu esta garantia deve ser interpretada conjuntamente à al. c) do n.º 1, conforme já exposto *supra*.
1791. Sobre a viabilidade do indivíduo apresentar denúncias à CIDH, *vide* Neto, J. L. de Sousa, «O Homem como Sujeito de Direito no Sistema Interamericano de Direitos Humanos», in Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 105, ano 26, São Paulo, (2018), pp. 121-134.

sendo o «único preceito da CEDH que prevê um direito a indemnização a nível nacional pela violação de um direito específico fixado na própria Convenção»<sup>1792</sup>.

Na leitura destas garantias, é de realçar a recorrente presença de termos que denotam a necessidade de se evitar a morosidade na prestação dos trâmites que visam a proteção da liberdade e da segurança, como os excertos «mais breve prazo» (art. 5.º, n.º 2), «imediatamente» (art. 5.º, n.º 3), «prazo razoável» (art. 5.º n.º 3; e art. 7.º, n.º 5), «sem demora» (art. 7.º, n.º 5 e 6) e «curto prazo de tempo» (art. 5.º, n.º 4). Certo é que cabe à jurisprudência definir os critérios para aferir se houve ou não dilações injustificadas quando a lei não o expresse<sup>1793</sup>, em que pese a importância de se buscar um sentido mais prático a estas expressões, de ter em consideração a diferença entre duração irrazoável e simples descumprimento de prazo processual, bem como de contemplar a «tríplice face da garantia» prestacional, mandamental e reparatória<sup>1794</sup>.

Ainda no domínio das garantias da pessoa privada de liberdade, a CADH, no seu art. 7.º, n.º 7, inadmite, em regra, a prisão civil (por dívida), excepcionando o caso do inadimplemento de obrigação alimentar. A título informativo, esta disposição tornou inválidas todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro que previam a prisão do depositário infiel, uma vez que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o valor supraregal dos tratados de direitos humanos relativamente à legislação ordinária<sup>1795</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

Aqui chegados, pudemos analisar, ainda que de modo não tão aprofundado, o tratamento dispensado ao direito à liberdade e à segurança na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), bem como algumas breves interpretações dadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Com efeito, algumas distinções foram identificadas, sobretudo no domínio das previsões positivadas nos textos das Convenções. Em jeito de síntese, a principal diferença corresponde à contemplação taxativa, por parte da CEDH, das situações que justificam a privação da liberdade, matéria que a CADH, por seu turno, remete às constituições dos Estados. Neste ponto, conclui-se no sentido de que o sistema interamericano apresenta uma fórmula mais aberta, que acaba por dar ao legislador

1792. Para maiores desenvolvimentos, *vide* NOVERSA LOUREIRO, F., «Direitos do detido», *op. cit.*, p. 872.

1793. Alguns prazos devem ser obrigatoriamente previstos por lei, como é o caso do prazo máximo da prisão preventiva. Cf. CABRAL Barreto, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 150.

1794. Cf. NOVERSA LOUREIRO, F., «Direitos do detido», *op. cit.*, p. 67.

1795. Para maiores desenvolvimentos, *vide idem*, p. 76.

uma maior margem de apreciação<sup>1796</sup>. Em contrapartida, nesse estudo de direito comparado, pode-se afirmar que a CEDH «estabelece uma proteção mais sólida dos direitos que consagra»<sup>1797</sup>. Ademais, outra distinção relevante é a previsão, por parte da CEDH, do direito à compensação por danos sofridos pela inobservância das regras estipuladas na Convenção, o que, no âmbito do sistema interamericano, é deixado ao nível interno.

Contudo, em geral, observa-se com clareza certa coerência e convergência no objetivo que sustenta ambos os sistemas. Para além de se verificarem similares garantias da pessoa privada de liberdade, tanto a CEDH como a CADH apresentam, estruturalmente, preocupações concernentes às mesmas questões, como a duração da privação da liberdade, a razoabilidade na duração dos procedimentos para a tutela do direito, a completude na prestação de informações à pessoa a respeito da sua detenção ou prisão, bem como – e sobretudo – a não arbitrariedade nas privações de liberdade. A propósito das interpretações dos textos pelo TEDH e pela CIDH, ambos perseguem a mesma finalidade, a «de prevenir primeiro e o de sancionar depois as violações dos Direitos Humanos»<sup>1798</sup>.

- 
1796. CLEVÉ, Proteção Internacional dos Direitos do Homem nos sistemas regionais americano e europeu: uma introdução ao estudo comparado dos direitos protegidos, 2013, disponível em: [jus.com.br](http://jus.com.br).
1797. SILVA SANTOS, T. / Vale, I., «O Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos: A Força Normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos», in Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 95, ano 24, São Paulo, (2016), p. 347.
1798. CABRAL Barreto, I., «Os Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos», in III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. I, s. d., p. 130.



## *Capítulo 26*

# O direito fundamental de acesso à justiça à luz do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: das condições de efetividade no acesso à justiça à admissibilidade de meios extrajudiciais de resolução de conflitos

LURDES VARREGOSO MESQUITA<sup>1799</sup>  
CÁTIA MARQUES CEBOLA<sup>1800</sup>

SUMÁRIO: 1. ENQUADRAMENTO GERAL E OBJETIVOS PROPOSTOS. 2. DELIMITAÇÃO DOS CONTORNOS DO ARTIGO 6.º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 2.1. *Sobre a noção de tribunal.* i. Quanto a encontrar-se estabelecido por lei. ii. Sobre a independência e a imparcialidade. 2.2. *Sobre o efetivo acesso ao tribunal.* 3. A DENSIFICAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA: DOS TRIBUNAIS AOS ADR. 3.1. *Da compatibilização do artigo 6.º da CEDH com os meios extrajudiciais de resolução de conflitos (ADR).* i. Em sede de arbitragem. ii. No contexto de sistemas de mediação /conciliação. iii. O entendimento do TEDH sobre os ADR em síntese. 4. CONCLUSÕES.

### **1. ENQUADRAMENTO GERAL E OBJETIVOS PROPOSTOS**

O art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>1801</sup> (doravante CEDH) consagra o «direito a um processo equitativo» de acordo com o qual,

1799. Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto. Professora Auxiliar da Universidade Portucalense (Portugal). Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense (IJP). Doutora em Direito. E-mail: lvm@upt.pt
1800. Professora Adjunta da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria (Portugal). Investigadora do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense (IJP / IPLeiria). Doutora em Direito. E-mail: catia.cebola@ipleiria.pt
1801. Criada no seio do Conselho da Europa é também designada Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cujo texto está disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf)

«[q]ualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça»<sup>1802</sup>.

Resulta desta disposição um conjunto de direitos fundamentais dos cidadãos, designadamente: o direito à ação, o direito a um processo equitativo, público e com uma decisão em prazo razoável, o direito a um juiz independente e imparcial, o direito à assistência jurídica gratuita, assim como o direito de defesa<sup>1803</sup>.

Ora, o direito de acesso aos tribunais constitui o corolário das garantias de acesso à justiça, entendida num sentido mais amplo. Por isso mesmo, a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o Conselho da Europa afirmam que «[o] direito de acesso aos tribunais constitui um elemento importante do acesso à justiça, uma vez que os tribunais prestam proteção contra práticas ilegais e salvaguardam o Estado de direito»<sup>1804</sup>.

Concomitantemente, o direito de acesso à justiça traduz-se, nesta aceção genérica, no direito à proteção jurídica ou à jurisdição e congrega em si uma série de direitos inter-relacionados, nomeadamente o direito de acesso ao direito – o «direito ao direito» – que se desdobra no direito à informação e consulta jurídicas – e o direito de acesso aos tribunais, onde se inserem o direito de ação, o direito a uma decisão em prazo razoável e o direito a um processo de execução. E, ainda, como garantia

1802. No mesmo sentido, o art. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra o «direito à ação e a um tribunal imparcial», de onde decorre que: «[t]oda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça. o direito à ação e a um tribunal imparcial, o que consubstancia a tutela judicial efetiva». Também o art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem preceitua que: «[t]oda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida».

1803. Cfr. MARTÍN DIZ, F., «Garantías Procesales Básicas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», in La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, coord. Alberto A. Herrero de la Fuente, (2003), pp. 228-229; MARTINS, P. F., Da Proclamação à Garantia Efectiva dos Direitos Fundamentais – Em busca de um due process of law na União Europeia, 1.<sup>a</sup> ed., Principia, 2007, p. 137.

1804. Cfr. Manual de legislação europeia sobre o acesso à justiça, elaborado conjuntamente pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) e o Conselho da Europa, disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_access\\_justice\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_POR.pdf)

do exercício do direito de acesso aos tribunais a todos os indivíduos, independentemente da sua condição social e económica (em igualdade de oportunidades), o direito ao patrocínio judiciário<sup>1805</sup>. Não poderemos também esquecer, como nos dá conta Gomes Canotilho, que «a protecção jurídica eficaz pressupõe a exequibilidade das sentenças ("fazer cumprir as sentenças") dos tribunais através dos tribunais (ou, evidentemente, de outros órgãos), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz»<sup>1806</sup>.

Desta forma, o acesso à justiça ou o direito à jurisdição, constituindo um direito fundamental, está presente de forma transversal em todo o processo civil<sup>1807</sup>. Como escreve Dinamarco, «mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer dos grandes princípios»<sup>1808</sup>.

Nesta senda, importa compreender de que forma o art. 6.º da CEDH consagra e garante o direito de acesso à justiça através das dimensões pressupostas no direito a um processo equitativo. Iniciaremos, assim, o nosso estudo pela análise do entendimento do TEDH relativamente à concretização do plasmado no preírito normativo da CEDH, visando-se perceber qual o seu âmbito de aplicação e em que se traduz o conceito de tribunal independente, imparcial e que, devendo ser estabelecido por lei, julgue publicamente a causa num prazo razoável. Procura-se, ainda, concretizar em que condições o acesso à justiça é efetivo, em cumprimento do referido art. 6.º da Convenção, mostrando os obstáculos que cumpre ultrapassar em defesa da garantia fundamental de acesso à justiça.

1805. SOUSA, M. T. de, Estudos sobre o Novo Processo Civil, Lex, Lisboa, 1997, p. 34.

1806. CANOTILHO, J. J. G., Direito Constitucional, Coimbra Editora, 1993, p. 654.

1807. Prova disso é que os legisladores não são alheios à sua importância. Veja-se, a título de exemplo, as palavras do legislador português no preâmbulo do DL 329-A/95, de 12 de dezembro, aquando da revisão processual de 95/96: «Os princípios gerais estruturantes do processo civil, em qualquer das suas fases, deverão essencialmente representar um desenvolvimento, concretização e densificação do princípio constitucional do acesso à justiça. Na verdade, tal princípio não se reduz à mera consagração constitucional do direito da acção judicial, da faculdade de qualquer cidadão propor acções em Tribunal, implicando, desde logo, como, aliás, a doutrina vem referindo, que a todos seja assegurado, através dos Tribunais, o direito a uma protecção jurídica eficaz e temporalmente adequada. Tal garantia constitucional implica o direito ao patrocínio judiciário, sem limitações ou entraves decorrentes da condição social ou económica, mas, igualmente, a obter, em prazo razoável, decisão judicial que aprecie com força de caso julgado a pretensão regularmente deduzida em juízo, a faculdade de requerer, sem entraves desrazoáveis ou injustificados a providência cautelar que se mostre mais adequada a assegurar o efeito útil da acção e a possibilidade de, sempre que necessário, fazer executar, por via judicial, a decisão proferida e não espontaneamente acatada. O direito de acesso aos Tribunais envolverá identicamente a eliminação de todos os obstáculos injustificados à obtenção de uma decisão de mérito, que opere a justa e definitiva composição do litígio, privilegiando-se assim claramente a decisão de fundo sobre a mera decisão de forma».

1808. DINAMARCO, C., A Instrumentalidade do Processo, Editora Malheiros, S. Paulo, 1999, p. 304.

Compreendido o alcance normativo e aplicativo do direito de acesso aos tribunais pressuposto pelo TEDH, analisaremos se as exigências e a conceção desta corte europeia abrange, ou sequer admite, a existência de meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Em concreto, pretende-se perceber se a consagração de tribunais arbitrais, voluntários ou necessários, e de sistemas de mediação, eventualmente obrigatórios, viola as exigências de proteção do art. 6.º da CEDH ou antes concretiza a conceção ampla do direito de acesso à justiça a que nos referimos.

A amplitude do direito de acesso à justiça afasta uma visão redutora deste direito fundamental a apenas algumas das suas dimensões. Conscientes da indissociabilidade dos elementos que o compõem, não deixaremos de o assinalar, mas queremos destacar algumas das vertentes que consideramos essenciais na plenitude e efetividade do acesso à justiça.

## **2. DELIMITAÇÃO DOS CONTORNOS DO ARTIGO 6.º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM**

O direito a um processo equitativo, consagrado no art. 6.º da CEDH, é garante do Estado de Direito Democrático e visa a proteção dos cidadãos contra um sistema arbitrário e relapso na administração da justiça. Considerada como um instrumento internacional revestido de grande eficácia na tutela dos direitos fundamentais, atenta a vinculação dos Estados-parte ao texto legal e à existência de um mecanismo específico de reação à violação dos direitos nela consagrados, a Convenção assume-se como o principal mecanismo internacional na defesa do *due process*<sup>1809</sup>. Porquanto, na verdade, o *due process and fair trial*, basilar no processo civil, resulta das leis fundamentais dos ordenamentos de cada Estado, mas está igualmente plasmado em legislação supranacional, para garantia dos cidadãos contra o próprio Estado, e constitui um dos direitos fundamentais mais relevantes para uma cidadania integral.

Aí se consagram – no n.º 1 do art. 6.º da Convenção, como vimos, – as diferentes dimensões do processo equitativo e os corolários do direito a um processo equitativo, seja *na determinação dos direitos e obrigações de carácter civil*, seja *sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal*. Restringindo-se a nossa análise ao âmbito civil, é de notar que o conceito de «direitos e obrigações de carácter civil» é um conceito autónomo que não deve ser interpretado à luz de cada foro doméstico e que não deve ser tomado apenas como uma referência ao Direito interno do Estado do demandado. Efetivamente, como foi sustentado no *Ac. James e outros c. Reino Unido*<sup>1810</sup>, o «[a]rticle 6 para. 1 (art. 6-1) extends only to “contestations” (disputes) over (civil) “rights and obligations” which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law; it does not in itself guarantee any particular content for (civil) “rights and obligations” in the substantive law of the Contracting States».

1809. Neste sentido, VAZ, M. A.; BOTELHO, C. S., «Algumas reflexões sobre o artigo 6.º da convenção europeia dos direitos do homem – Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável», in Revista Eletrónica de Direito Público, 3(1), (abril 2016), pp. 233 e 234.

1810. Ac. de 21 de fevereiro de 1986, no Processo n.º 8793/79, § 81.

De acordo com o sentido que tem sido dado pelo TEDH, a referência a «*direitos e obrigações de carácter civil*» não exclui as jurisdições administrativas e fiscais, até porque a qualidade das partes intervenientes no litígio não é um critério excludente da aplicação do art. 6.º da CEDH<sup>1811</sup>. É entendido que esta disposição e as garantias que dela resultam são aplicáveis independentemente da qualidade das partes, da natureza da lei que rege o litígio e da autoridade competente para o decidir, como foi afirmado no *Ac. Georgiadis c. Grécia*<sup>1812</sup>. Por outro lado, o conceito deve ser interpretado de forma atual sem que, porém, se desconsidere a letra da lei<sup>1813</sup>.

Considerando este âmbito material, o *due process of law* confere aos cidadãos a prerrogativa, elevada a direito e garantia fundamental, de acesso a um tribunal *i) estabelecido por lei; ii) independente; iii) imparcial; iv) equitativo; v) que julgue a causa num prazo razoável; e vi) publicamente.*

Nesta conformidade, o cidadão, enquanto pessoa, tem direito de acesso a um tribunal, ou seja, a que a «*sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei*». Esta afirmação desde logo convoca a necessidade de existir, em cada Estado de direito democrático, uma via judicial efetiva para tutela dos direitos dos cidadãos, à qual compete decidir «causas»<sup>1814</sup>. E, por outro lado, levanta duas questões, entre si relacionadas, quais sejam: *a) saber o que se entende por «tribunal», ademais no sentido de entidade estabelecida por lei, independente e imparcial; e b) como se assegura o efetivo acesso ao tribunal*. Vejamos.

- 
1811. Sobre a definição do conceito de direitos e obrigações de carácter civil, ver BRANCO, R., «*Direitos e obrigações de carácter civil*», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), pp. 877-895.
1812. Ac. de 29 de maio de 1997, no Processo n.º 21522/93, § 34, onde se diz: «[i]t remains to be established whether such a right can be considered a “civil” right, as pleaded by the applicant. In this respect, the Court recalls that the concept of “civil rights and obligations” is not to be interpreted solely by reference to the respondent State’s domestic law and that Article 6 para. 1 (art. 6-1) applies irrespective of the status of the parties, as of the character of the legislation which governs how the dispute is to be determined and the character of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (see, among other authorities, the *Baraona v. Portugal* judgment of 8 July 1987, Series A n.º 122, p. 18, para. 42)». Posteriormente, o TEDH chega a decidir que o art. 6.º da Convenção é aplicável em litígio laboral que envolve um funcionário público e o Estado (Cfr. *Ac. Vilho Eskelinen e Outros c. Finlândia*, de 19 de abril de 2007, Processo n.º 63235/00).
1813. Como ficou dito no *Ac. Ferrazzini c. Itália*, de 12 de julho de 2001, Processo n.º 44759/98, § 30: «[t]he principle according to which the autonomous concepts contained in the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions in democratic societies does not give the Court power to interpret Article 6 § 1 as though the adjective “civil” (with the restriction that that adjective necessarily places on the category of “rights and obligations” to which that Article applies) were not present in the text».
1814. Noutras versões da Convenção, como é o caso da versão espanhola, é usado o termo «litígio». Este direito a um processo equitativo dirige-se a quem está perante uma controvérsia (interesses contraditórios) que seja real e séria, ou seja, com relevância jurídica.

## 2.1. SOBRE A NOÇÃO DE TRIBUNAL

Mais uma vez, o conceito tem de ser interpretado como um conceito autónomo, desapegado das construções do foro doméstico, independente da designação que seja atribuída à entidade em causa e desprovido de considerações de ordem formal. O que importa e releva, para o efeito, é tratar-se de um «tribunal» no sentido material do termo. E, neste sentido, é o exercício da função jurisdicional que caracteriza, substancialmente, a entidade a quem possa, com propriedade, designar-se «tribunal» nos termos e para os efeitos do disposto no art. 6.º da Convenção. Como se decidiu no *Ac. Sramek c. Áustria*<sup>1815</sup>, o traço que define, na sua essencialidade, o exercício do poder jurisdicional é a função de decidir – garantir uma solução para o litígio, isto é, a justa composição do litígio – sobre matérias da sua competência com base em regras de direito, segundo procedimentos previamente estabelecidos. Ao que acresce, como elemento absolutamente essencial das funções jurisdicionais, dever tratar-se de entidade com poder para proferir uma decisão que ponha definitivamente fim a um litígio, cujo caráter vinculativo impõe essa decisão à parte vencida, seja ela privada ou pública, sem que outra entidade não jurisdicional a possa alterar. Em nome da segurança jurídica e da paz social, igualmente objetivos associados ao Estado de Direito democrático, atingir uma decisão definitiva e não modificável é imprescindível à justiça. O que verdadeiramente diferencia o tribunal de outra entidade decisora, como o poder administrativo, é esta garantia de que as decisões proferidas por um órgão jurisdicional não só são vinculativas para todos os outros poderes do Estado, como por estes não podem ser modificadas ou revogadas<sup>1816</sup>.

- 
1815. Ac. de 22 de outubro de 1984, Processo n.º 8790/79 (ver § 36). No caso concreto, a Autoridade Regional Austríaca, com competência para a resolução de litígios em matéria de transações imobiliárias, foi considerada «tribunal», para os efeitos do art. 6.º da Convenção, apesar de não integrar a orgânica dos tribunais estaduais austriacos. Também no *Ac. Argyrou e Outros c. Grécia*, onde esteve em disputa um litígio florestal, o TEDH foi de entendimento de que os Comités de Resolução de Litígios Florestais de primeira ou segunda instância, presididos pelos presidentes do tribunal de grande instância ou do tribunal de recurso respetivamente, integravam o conceito de «tribunal», na medida em que reunia os traços considerados essenciais, ou seja, competia-lhe decidir com base em normas jurídicas, sobre certa matéria cuja competência lhe foi atribuída, com base num procedimento previamente estabelecido, e decidem, se a terra é ou não terra florestal. Sendo que, as suas decisões são vinculativas tanto para as autoridades administrativas envolvidas como para as pessoas interessadas. Nas circunstâncias deste caso, o subsequente recurso ao Conselho de Estado só pode resultar numa revisão da legalidade do ato contestado. De facto, quando o tribunal superior administrativo anula a decisão do Comité de Resolução de Litígios Florestais, remete o caso para o comité competente que decide com plena jurisdição e de forma vinculativa para a administração e para a parte interessada, qualquer questão relacionada com a classificação de um pedaço de terra como terra florestal. Cfr. §§ 25 a 27 do Ac. de 15 de abril de 2009, Processo n.º 10468/04.
1816. Sobre a delimitação da função jurisdicional, ver FERNANDEZ, E., «Função jurisdicional e tribunal», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. II*, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), pp. 915-923.

Assim o confirma o *Ac. Van de Hurk c. Países Baixos*<sup>1817</sup>, onde claramente se afirma: «*the power to give a binding decision which may not be altered by a non-judicial authority to the detriment of an individual party is inherent in the very notion of a "tribunal", as is confirmed by the word "determination" ("qui décidera")*». No mesmo sentido, o *Ac. Brumărescu c. Roménia*<sup>1818</sup> confirma que o Estado de Direito e, consequentemente, o direito ao justo processo exigem certeza jurídica, o que por sua vez implica que as decisões dos tribunais, uma vez definitivas – ou seja, constituindo caso julgado – não possam ser postas em causa por outro poder.

A interpretação do conceito de tribunal, nos termos expostos e conforme sustentada pela jurisprudência do TEDH, permite concluir, em relação ao ordenamento português, que os tribunais arbitrais ou outros tribunais, estaduais ou não estaduais, independentemente de integrarem, ou não, a orgânica do sistema judiciário, integram o referido conceito de tribunal, como melhor veremos neste capítulo. No caso português, por exemplo, os centros de arbitragem, os tribunais arbitrais *ad hoc*, os julgados de paz.

O tribunal deve, por sua vez, encontrar-se estabelecido por lei e assegurar condições de independência e imparcialidade. Sendo que, no que concerne a estas condições, não é suficiente a sua consagração constitucional, é necessário que efetivamente as garantias constitucionais da independência e imparcialidade do poder judicial se encontrem incorporadas nas atitudes e práticas quotidianas e sejam objetivamente avaliadas. Conforme ficou patente no *Ac. Agrokompleks c. Ucrânia*, a independência e a imparcialidade judicial exigem que os juízes individuais estejam livres de qualquer influência, não só de fora do poder judicial, mas também de dentro. Esta independência judicial interna exige que os juízes estejam livres de orientações ou pressões de outros juízes ou daqueles que têm responsabilidades administrativas num tribunal, como, por exemplo, o presidente do tribunal. Isso mesmo aconteceu no citado *Ac. Agrokompleks c. Ucrânia*, onde o Presidente do *Higher Administrative Court* deu instruções diretas aos seus dois deputados para reconsiderarem a decisão do tribunal de 19 de setembro de 2000 (pela qual tinha sido rejeitado o pedido de revisão do montante da dívida da empresa requerente). E, por isso, face à ausência de salvaguardas suficientes que garantissem a independência dos juízes dentro do poder judicial e, em particular, perante os seus superiores judiciais, o TEDH concluiu que as dúvidas de um candidato quanto à independência e imparcialidade de um tribunal eram consideradas objetivamente justificadas<sup>1819</sup>.

#### i. Quanto a encontrar-se estabelecido por lei

O significado de «*estabelecido por lei*» não só diz respeito à necessidade de suporte legal para a própria existência do «tribunal», mas também à exigência de cumprimento

1817. Ac. de 19 de abril de 1994, Processo n.º 16034/90, § 45.

1818. Ac. de 28 de outubro de 1999, Processo n.º 28342/95, § 61.

1819. Cfr. § 136 do Ac. de 06 de outubro de 2011, Processo n.º 23465/03.

mento – pelo tribunal – das regras normativas específicas que o regem<sup>1820</sup>. Sempre que o tribunal nacional extravase as suas competências e julgue uma causa que não está abrangida na sua jurisdição isso constituirá uma violação do art. 6.º da CEDH. É ainda contrária a esta disposição e, por isso, atenta contra o direito fundamental dos cidadãos a um processo equitativo, a circunstância de a causa ser julgada por juiz que não foi designado de acordo com o regime legal aplicável ou cujos poderes jurisdicionais já cessaram à data da decisão da causa. Do mesmo modo, para que o tribunal se considere estabelecido por lei, a sua jurisdição e a organização do sistema judicial tem que decorrer da lei – ou seja, do poder legislativo – não podendo encontrar-se entregue ao poder executivo.

## ii. Sobre a independência e a imparcialidade

Numa decorrência do princípio da separação de poderes, é indispensável que os tribunais sejam independentes dos demais poderes, seja o executivo, seja o legislativo, assim como dos próprios partidos. Sendo que essa independência tem de ter suporte em garantias processuais. E, por outro lado, os sistemas de nomeação de juízes e a duração dos mandatos são fatores a ponderar no grau de independência do ordenamento em causa. A imparcialidade, por sua vez, exige que se encontre assegurada a ausência de prejuízo ou vantagem que o juiz possa extrair da decisão de uma causa em concreto. Além do necessário distanciamento que deve existir entre o tribunal e as partes, não podendo ocorrer nenhum elemento ou fator que possa beliscar a sua isenção, seja de natureza pessoal ou funcional. Para garantia da imparcialidade, os sistemas devem consagrar, implementar e garantir o efetivo cumprimento de regimes. Os regimes jurídicos dos institutos dos impedimentos e das suspeições, a sua aplicação e sindicância são um elemento a considerar no cumprimento e salvaguarda do processo equitativo. No ordenamento português, o Código de Processo Civil consagra as garantias das imparcialidades nos arts. 115.º a 118.º (quanto aos impedimentos) e 119.º a 129.º (quanto às suspeições).

## 2.2. SOBRE O EFETIVO ACESSO AO TRIBUNAL

A garantia fundamental consagrada no art. 6.º, n.º 1, da CEDH, não se basta com a mera existência de uma via de acesso à tutela judicial. É necessário, para o seu cabal cumprimento, que esse acesso seja concreto e efetivo. Dito de outro modo, que não existam limites ou obstáculos injustificados ao exercício desse direito por qualquer pessoa. Não pode haver constrangimentos, seja de que ordem for, nem relacionados com a condição da pessoa, nem relacionados com condições processuais.

Isso não quer dizer, no entanto, que se trate um direito absoluto. Por exemplo, no *Ac. Dos Santos Calado e Outros c. Portugal*<sup>1821</sup>, «[o] Tribunal recorda, em particu-

1820. Sobre esta condição, ver o Ac. Sokourenko e Strygoun c. Ucrânia, de 20 de julho de 2006, em particular os §§ 27 e 28, Processos n.º 29458/04 e 29465/04.

1821. Ac. de 31 de março de 2020, Processos n.º 55997/14, 68143/16 e 78841/16.

lar, que o “direito a um tribunal”, do qual o direito de acesso é um aspeto, não é absoluto; está sujeito a limitações implicitamente aceites, em particular no que diz respeito às condições de admissibilidade de um pedido, uma vez que está, pela sua própria natureza, sujeito a regulamentação pelo Estado, que goza de uma certa margem de apreciação a este respeito. Não é tarefa do Tribunal substituir-se aos tribunais nacionais; de facto, cabe principalmente às autoridades nacionais, em particular aos tribunais, interpretar a legislação nacional (ver Vučković, citado acima, § 80). Sujeito a uma interpretação arbitrária ou manifestamente irracional, o papel do Tribunal limita-se a verificar a compatibilidade com a Convenção dos efeitos de tal interpretação (Nejdet Şahin e Perihan Şahin v. Turquia [GC], no. 13279/05, § 49, 20 de outubro de 2011 e Molla Sali v. Grécia [GC], no. 20452/14, § 149, 19 de dezembro de 2018)». Porém, as limitações aplicadas não devem implicar restrições de tal forma ou a tal ponto que a própria substância do direito seja afetada. E só são compatíveis com o art. 6.º da CEDH se prosseguirem um objetivo legítimo e se existir uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objetivo prosseguido, como se desenvolverá mais adiante.

Assim, a existência de um formalismo excessivo que afaste o recurso a um tribunal consubstanciará uma violação do direito à tutela jurisdicional efetiva. Sendo que há três aspetos a considerar na interpretação do que será um «excessivo formalismo», a saber: *a)* se as modalidades de recurso são previsíveis; *b)* se, em face do erro processual, o interessado sofreu um ónus excessivo; *c)* se esse formalismo excessivo resultou de uma interpretação particularmente rigorosa de uma regra de processo que, em consequência, impediu o exame do mérito de uma ação.

Resta, ainda, saber se este acesso ao tribunal inclui também o acesso a tribunais de recurso. Ora, sobre o acesso a um tribunal superior, entende-se que o art. 6.º da CEDH não exige que os Estados Contratantes estabeleçam tribunais de recurso<sup>1822</sup>. Contudo, um Estado que estabeleça tais tribunais tem a obrigação de assegurar que os indivíduos gozem das garantias fundamentais que resultam do citado art. 6.º.

No acesso à jurisdição do Tribunal Constitucional, por exemplo, como se trata de apreciar recursos relativos apenas a questões de constitucionalidade, é admisível assumir que as condições de admissibilidade de um recurso constitucional podem ser mais rigorosas do que para um outro recurso. Mas, não obstante, deve ser tido em conta todo o processo conduzido na ordem jurídica interna e o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional no mesmo.

Sucedeu recentemente em relação a Portugal – no já citado *Ac. Dos Santos Calado e Outros c. Portugal*, no processo n.º 55997/14 – ter sido condenado por violação da CEDH, em concreto por violação do direito de acesso a um tribunal, em consequência de uma situação onde se considerou ter sido impedido ao recorrente, injustificadamente, o acesso ao Tribunal Constitucional. Nesse caso,

---

1822. *Cfr.* Ac. Arrozpide Sarasola e Outros c. Espanha, de 23 de outubro de 2018, Processo n.º 65101/16, § 99.

o Tribunal Constitucional português não admitiu o recurso pelo facto de este ter sido interposto ao abrigo de uma alínea incorreta, mesmo depois de ter sido esclarecido que o foi por lapso de escrita. O TEDH, por sua vez, entendeu que essa decisão de rejeição do recurso foi fundada numa exigência excessivamente formal e desproporcionada, na medida em que impediou o acesso ao tribunal superior e a apreciação do recurso interposto.

Por último, uma nota sobre a necessidade de os Estados contratantes impedirem que se mantenham obstáculos de ordem pessoal, em especial relativos à condição económica da pessoa, no acesso à justiça. Os Estados podem exigir que seja paga uma taxa pela utilização dos serviços de justiça, mas ninguém deverá ser excluído por não a poder pagar. Por exemplo, foi decidido haver violação do art. 6.º da CEDH numa situação em que o tribunal exigiu uma quantia para apreciar um pedido, quando o requerente, não possuindo condição económica para a pagar, aguardava decisão do gabinete de assistência jurídica, do que, aliás, deu conhecimento ao juiz do processo<sup>1823</sup>. Noutra situação, igualmente foi decidido haver violação desta disposição pelo facto de um recurso não ter sido admitido por falta de pagamento do montante exigido por lei – que correspondia ao do montante da indemnização recebida – como pré-requisito para a interposição formal de recurso. Entendeu o TEDH que essa exigência privou o cidadão do recurso, cuja apreciação poderia ter sido decisiva para o resultado do caso<sup>1824</sup>. Concluiu-se, assim, ter havido uma interferência desproporcionada no direito de acesso a um tribunal.

Chegados aqui, visto o direito de «aceder a um tribunal» em matéria civil nos termos expostos antes, desde já se adianta que esse direito de «aceder» é apenas uma vertente do direito de acesso à justiça. Acrescem as demais garantias prescritas no citado art. 6.º, por um lado, a imparcialidade e independência desse tribunal, que são garantias relativas à organização e composição do tribunal, às quais fizemos alusão. E, por outro, as garantias relativas à condução do processo, ou seja, a publicidade, a igualdade de armas, o contraditório e a obtenção da decisão em prazo razoável, que não desenvolveremos, na medida em que se afasta do propósito por nós delimitado, que foi – até aqui – o de definir o âmbito de aplicação do art. 6.º da CEDH, procurando expor o conceito de tribunal independente, imparcial e estabelecido por lei, salientando as condições do efetivo acesso à justiça, numa demonstração de que há obstáculos a evitar em defesa desta garantia fundamental.

Compreendido o alcance normativo e aplicativo do direito de acesso aos tribunais pressuposto pelo TEDH, analisaremos agora a relação do art. 6.º da CEDH com a consagração de meios extrajudiciais de resolução de conflitos pelos Estados.

---

1823. *Cfr. Ac. Aït-Mouhoub c. França*, de 28 de outubro de 1998, Processo n.º 103/1997, §§ 57 e 58.

1824. *Cfr. Ac. Garcia Manibardo c. Espanha*, de 15 de fevereiro de 2000, Processo n.º 38695/97, §§ 38 a 45.

### 3. A DENSIFICAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA: DOS TRIBUNAIS AOS ADR

O reconhecimento dos direitos sociais, no âmbito dos Estados Providência do século XX, transformou o direito de acesso à justiça numa obrigação estatal<sup>1825</sup>. Todos os cidadãos devem possuir condições de acesso aos meios de defesa dos seus direitos, ao mesmo tempo que o Estado deve disponibilizar mecanismos de resolução dos litígios de cada cidadão.

Nas palavras de Paulo de Brito, «a garantia de acesso ao direito é o corolário natural da ideia de proibição da justiça privada (...)» e, nessa medida, «uma exigência lógica, decorrente da ideia de “contrato social”, tal como ela foi desenvolvida pelos filósofos pós-Renascimento, em particular pelos filósofos das Luzes, como marca do fim do tempo dos antigos e da instituição da modernidade»<sup>1826</sup>.

O incremento do direito de acesso à justiça, aliado a uma maior consciencialização dos direitos dos cidadãos, aumentou a demanda judicial<sup>1827</sup>, mas também a procura por formas de resolução de conflitos fora dos tribunais. Neste sentido, Paula Costa e Silva afirma que «o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais»<sup>1828</sup>.

Com efeito, paulatinamente foram sendo promovidas formas extrajudiciais de resolução de conflitos, de que a arbitragem e a mediação constituem exemplos paradigmáticos, e o âmbito do direito de acesso à justiça, restrito na sua conceção originária aos tribunais do Estado, logrou uma necessária densificação. A ideia de «tribunais multiportas», proposta por Frank Sander em 1976 na *Pound Conference*, assente na integração num mesmo edifício de vários métodos para solucionar litígios, sejam judiciais ou extrajudiciais, foi ganhando adesão<sup>1829</sup>. E, concomitantemente, o desenvolvimento das designadas vias «alternativas» – *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, na expressão anglo-saxónica –, com expressão máxima no incremento do recurso à mediação e à arbitragem, como referimos, tornou premente o debate em torno do âmbito de aplicação do direito fundamental de acesso aos

1825. Sobre a evolução do direito de acesso à justiça no século XX, veja-se CAPPELLETTI, M.; GARTH, B., *Access to Justice – a World Survey*, Vol. I, Giuffr Editore, Milão, 1978.

1826. Cfr. BRITO, P., «Direito de acesso a um tribunal, a mediação e a arbitragem», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. II*, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), p. 897.

1827. Como nos dá conta António Barreto, «os cidadãos, em democracia, têm maior consciência dos direitos e procuram, na justiça, um substituto para velhas resignações e conformismos». Cfr. BARRETO, A., «Crises da Justiça», in *Justiça em crise? Crises da justiça*, BARRETO, A. (org.), 1.ª ed., Publicações Dom Quixote, Lisboa, (2000), pp. 13-28.

1828. Cfr. SILVA, P. C. e, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, Lisboa, 2009, p. 19.

1829. Cfr. SANDER, F., «Varieties of Dispute Processing», in *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, edit. A. Leo Levin e Russell R. Wheeler, West, (1979), pp. 65-87.

tribunais e à justiça, bem como à sua compatibilização jurídico-operacional com as vias extrajudiciais de resolução de litígios em franco reflorescimento.

Como já tivemos oportunidade de afirmar noutra sede, «[o]s meios de resolução alternativa de litígios fazem emergir um novo e diferente entendimento quer da administração da justiça, quer do direito de acesso à justiça. A administração da justiça passa a assentar na criação de um sistema integrado de resolução de litígios que disponibilize uma panóplia de meios, sem barreiras económicas, sociais, culturais. Por seu lado, o direito de acesso à justiça começa a ser entendido como o acesso à entidade que os litigantes considerem mais legítima e mais adequada a resolver o conflito em causa e a proteger os seus direitos. Tudo isto não põe em causa, naturalmente, a validade, a necessidade e a adequação do processo judicial»<sup>1830</sup>.

### 3.1. DA COMPATIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 6.º DA CEDH COM OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS (ADR)

A densificação conceptual do direito de acesso à justiça, abrangendo, num sentido amplo como indicámos, os meios judiciais e extrajudiciais de resolução de conflitos, convoca a análise do plasmado no art. 6.º da CEDH no sentido de se perceber se este normativo é compatível ou derrogado pela promoção legal e aplicação prática de meios de resolução de litígios em alternativa aos tribunais judiciais estaduais.

Ora, nesta sede, como escrevemos noutro lugar e reforçámos acima na nossa análise, a jurisprudência do TEDH tem vindo a declarar que o direito de acesso à justiça não é absoluto e pode estar sujeito a limitações<sup>1831</sup>, uma vez que a sua natureza exige regulamentação por parte dos Estados, o que pode variar em função do tempo e do lugar ou de acordo com as necessidades e recursos da comunidade e dos indivíduos em questão. Acrescenta, contudo, que essas limitações não podem privar totalmente o indivíduo do acesso a um tribunal com funções jurisdicionais e, por outro lado, só poderão ser consideradas válidas se buscarem objetivos legítimos, devendo ser proporcionais ao prosseguimento desses objetivos<sup>1832</sup>. Neste sentido, tomando agora como referência o *Ac. Philis c. Grécia*<sup>1833</sup>, o TEDH afirma que «[t]he right of access, however, is not absolute but may be subject to limitations since the right by its very nature calls for regulation by the State. Nonetheless the limitations applied must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that

1830. Cfr. MESQUITA, L. V., Noções de Direito Processual Civil, Gestlegal, Coimbra, 2020, pp. 27 e 28.

1831. CONSELHO DA EUROPA, Guía del artículo 6 del Convenio – Derecho a un proceso equitativo (parte civil), 2013, p. 15.

1832. Cfr. CEBOLA, C. M., La Mediación, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 50-53; MONTEIRO, S.; CEBOLA, C. M., «Uma nova concretização do Direito Humano de Acesso à Justiça: Estado de Direito Democrático e Cidadania», in Anais do I Congresso Global de Direitos Humanos: Novas políticas de cidadania e de desenvolvimento sustentável, org. João Bichão, Laís Locatelli e Maria Aquino, (2019), pp. 209-220.

1833. Ac. de 27 de agosto de 1991, Processo n.º 12750/87, § 59.

*the very essence of the right is impaired».* O mesmo entendimento do TEDH encontra expressão nos *Acórdãos Geouffre de la Pradelle c. França*<sup>1834</sup> e *Stanev c. Bulgária*<sup>1835</sup>.

Já no Ac. *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Bélgica*, o TEDH tinha considerado que o art. 6.º, n.º 1, da CEDH «does not oblige the Contracting States to submit “contests” (disputes) over “civil rights and obligations” to a procedure conducted at each of its stages before “tribunals” meeting the Article’s various requirements» e, acrescentou, imperativos de flexibilidade e eficácia, totalmente compatíveis com a proteção dos direitos humanos, podem justificar a intervenção prévia de órgãos administrativos ou empresariais e, *a fortiori*, de tribunais<sup>1836</sup>.

No Ac. *British-American Tobacco Company Ltd. c. Países Baixos*, o TEDH reconheceu que numa área técnica, como a concessão de patentes, pode haver boas razões para optar por um órgão de decisão que não seja um tribunal de tipo clássico integrado no aparelho judicial normal do país<sup>1837</sup>.

Desenvolvendo agora a nossa análise, vamos cingir-nos ao campo da arbitragem e da mediação/conciliação por considerarmos constituírem os meios extrajudiciais com maior expressão na experiência prática hodierna no âmbito dos *Alternative Dispute Resolution* (ADR), sendo mesmo designados por muitos como meios primários nesta sede<sup>1838</sup>.

### i. Em sede de arbitragem

Concretizando a referida jurisprudência do TEDH e acompanhando o que escreve Paulo de Brito, se tivermos em conta a arbitragem, voluntária ou necessária, o art. 6.º da CEDH «não fica comprometido nem é violado pelo facto de o tribunal acedido não ser um tribunal judicial ou não ser, sequer, um tribunal estadual. O ponto é que seja um verdadeiro tribunal, com competência para tomar decisões de carácter jurisdicional, proferidas por quem se encontre investido de indispensáveis garantias de imparcialidade e independência»<sup>1839</sup>.

Corroborando este entendimento, em 2021, o TEDH, no Ac. *Beg S.p.a. c. Itália*<sup>1840</sup>, admitindo a constituição de um tribunal arbitral para decidir litígios decorrentes de

1834. Ac. de 16 de dezembro de 1992, Processo n.º 12964/87, § 28.

1835. Ac. de 17 de janeiro de 2012, Processo n.º 36760/06, § 230.

1836. Ac. de 23 de junho de 1981, Processo n.º 6878/75, § 51.

1837. Ac. de 20 de novembro de 1995, Processo n.º 19589/92, § 77.

1838. *Cfr.* GOLDBERG, S. B.; SANDER, F. E. A.; ROGERS, N. H.; COLE, S. R., *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 5.<sup>a</sup> ed., Aspen Publishers, Nova York, 2007, pp. 3-14; SINGER, L. R., *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*, 2.<sup>a</sup> ed., Westview Press, Boulder, 1994, pp. 15-29. Sobre a categorização dos meios extrajudiciais e, em concreto, sobre a distinção entre meios consensuais e adjudicatórios ou meios heterocompositivos e autocompositivos, veja-se, entre outros, CEBOLA, C. M., *La Mediación*, *op. cit.*, pp. 30-36.

1839. *Cfr.* BRITO, P., «Direito de acesso a um tribunal, a mediação e a arbitragem», *op. cit.*, pp. 905-906.

1840. Ac. de 20 de agosto de 2021, Processo n.º 5312/11.

um contrato, considerou ser evidente a violação do art. 6.º da CEDH precisamente por falta de imparcialidade dos árbitros. Em causa estava um conflito entre a Beg S.p.a. (empresa sediada em Itália que operava no sector da construção e gestão de centrais hidroelétricas) e a Enelpower (que tinha sido separada da Enel - antiga companhia de eletricidade do Estado). Entre estas empresas tinha sido celebrado um contrato no qual foi incluída uma cláusula arbitral, estabelecendo que para qualquer litígio futuro decorrente do mesmo, seria competente o tribunal arbitral da Câmara de Comércio de Roma (ACR). À data da celebração deste contrato era vice-presidente da Enel quem mais tarde foi nomeado árbitro do tribunal arbitral que viria a decidir uma contenda decorrente daquele contrato entre ambas as empresas. A empresa Beg Spa recorreu da sentença arbitral para o tribunal italiano de Apelação e, posteriormente, da Cassação, discordando do sentido da decisão e alegando, além do mais, o conflito de interesses relativamente ao árbitro nomeado pela Enelpower, que teria sido em tempos vice-presidente e consultor da Enel. Os tribunais de recurso italianos consideraram que não tinha ficado demonstrado o «alinhamento de interesses» entre o predito árbitro nomeado pela Enelpower e esta empresa, em termos de determinar o sentido do laudo arbitral.

Ora, o TEDH, ao arreio do que foi o entendimento dos tribunais italianos, veio declarar que a «presunção de conhecimento», ou seja, de que a Beg Spa sabia de facto da anterior ligação do árbitro à Enel, não ficou provada, a que acresce que, mesmo que tivesse sabido e não se tivesse oposto antes, tal não poderia significar uma renúncia ao seu direito de ver os tribunais italianos analisarem as garantias de independência dos procedimentos de arbitragem. Assim, neste processo o TEDH admite a arbitragem e considera que os tribunais arbitrais têm legitimidade para decidir causas em substituição dos tribunais judiciais, tanto mais que as partes voluntariamente optaram por esta via, mas não devem ser preteridas as mesmas garantias de imparcialidade exigidas a um tribunal judicial.

## ii. No contexto de sistemas de mediação /conciliação

Centrando-nos agora na mediação/conciliação, enquanto formas autocompositivas de resolução de conflitos<sup>1841</sup>, a base de análise terá, necessariamente, de ser outra, uma vez que estes meios de resolução de conflitos não se concretizam na criação de um tribunal com funções jurisdicionais, mas antes assentam na tentativa de obtenção de um acordo pelas partes, auxiliadas por um mediador/conciliador<sup>1842</sup>.

---

1841. Não desenvolveremos aqui a querela doutrinária e legal sobre a distinção entre mediação e conciliação, conceitos que tomaremos de forma indistinta e, no quadro dos sistemas de composição de conflitos, como meios autocompositivos de resolução de conflitos, no sentido de que serão sempre as partes a, pelo menos, concordar com a solução final do conflito. Sobre a distinção entre mediação e conciliação, ver, entre outros, o nosso CEBOLA, C. M., *La Mediación*, *op. cit.*, pp. 156-167.

1842. No sistema português, a mediação é voluntária e, regra geral, assente num regime facilitador ou assistencial, sem qualquer interferência do mediador na solução encontrada para o conflito. Sobre estas características ver, MESQUITA, L. V., «Mediação civil e comercial – As

Neste sentido e em verdade, a questão inerente à compatibilização com o art. 6.º da CEDH apenas haverá de colocar-se quanto à previsão da obrigatoriedade de recurso prévio à mediação/conciliação enquanto pressuposto processual de interposição de uma ação judicial ou arbitral.

Com efeito, sendo a mediação/conciliação uma opção das partes e enquanto manifestação de uma vontade livre de resolução do litígio de forma amigável, não se verifica qualquer denegação do direito de acesso aos tribunais. Será, então, quanto a eventuais previsões legais da obrigatoriedade da mediação/conciliação que a violação do art. 6.º da CEDH pode levantar-se<sup>1843</sup>.

A este propósito, o TEDH analisou no *Ac. Deweer c. Bélgica*<sup>1844</sup> a conformidade de sistemas consensuais de resolução de litígios com o art. 6.º da CEDH. Neste processo estava em causa a transação quanto ao pagamento de uma multa em virtude da infração à legislação belga sobre a fixação de preços, praticada pelo Sr. Deweer, proprietário de um talho, na sequência de uma inspeção geral levada a cabo pelas autoridades económicas competentes. Tendo em conta esta infração, e a fim de que o processo terminasse sem acusação e julgamento, o Procurador da República belga propôs ao Sr. Deweer um acordo amigável respeitante ao pagamento de uma multa no valor de 10.000 BEF. Este montante foi pago pelo Sr. Deweer apenas para evitar procedimentos criminais e o encerramento do seu estabelecimento. O cidadão belga invocou, assim, uma violação do art. 6.º da CEDH, uma vez que a adesão ao acordo amigável não tinha sido livre e incondicional. O governo belga respondeu que o Sr. Deweer podia sempre rejeitar o acordo, uma vez que o seu direito de acesso a um tribunal não se encontrava limitado.

Tendo em conta estes factos, o TEDH declarou que os sistemas de renúncia aos tribunais, tais como, no domínio penal, o pagamento de multas acordadas entre as partes, são, em princípio, válidas, uma vez que revelam vantagens tanto para os indivíduos como para a administração da justiça. Contudo, no específico *Ac. Deweer c. Bélgica*, o TEDH considerou que a possibilidade de acordo prevista na lei belga violava o art. 6.º da CEDH, uma vez que colocava os cidadãos numa situação de

---

modalidades pré-judicial e intra-processual como elemento motivador», in Maia Jurídica, Ano VIII, n.º 1, (2017), pp. 25-27.

1843. Refira-se que em Portugal a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, estabelece o princípio da voluntariedade da mediação no seu art. 4.º. Também a fase prévia de mediação prevista no âmbito dos Julgados de Paz é meramente eventual e, portanto, facultativa, de acordo com o art. 49.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho. Já em Itália se prevê a mediação como fase processual prévia e obrigatória para as matérias plasmadas no art. 5.º, n.º 1, do *Decreto legislativo n.º 28 del 4 marzo 2010*, após as alterações introduzidas pelo Decreto Legislativo n.º 69, de 21 de junho de 2013 e pelo Decreto Legislativo n.º 130, de 6 de agosto de 2015. Sobre os modelos de mediação obrigatória na UE, veja-se, entre outros, PALO, G. de; D'URSO, L., «Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings», in *The Implementation of the Mediation Directive – Compilation of In-depth Analyses*, Directorate General for Internal Policies, (2016), pp. 11-30.
1844. Ac. n.º 6903/75, de 27 de fevereiro de 1980. Sobre o mesmo acórdão já nos debruçamos em CEBOLA, C. M., *La Mediación*, *op. cit.*, pp. 50-53.

pressão inaceitável tendo em conta que a alternativa à recusa de pagamento da multa seria um processo criminal e o encerramento do estabelecimento comercial. Assim, segundo o entendimento deste Tribunal, a solução amigável proposta ao Sr. Deweer não era verdadeiramente livre e, por isso, colocava em causa o direito de acesso aos tribunais plasmada no art. 6.º em referência. Em resumo, o TEDH não considera que sistemas consensuais de resolução de conflitos, ainda que imperativos ou obrigatórios, violam o art. 6.º da CEDH, desde que não fique precludido o direito de aceder a um tribunal, caso não haja acordo, e se verifique total liberdade na aceitação ou recusa do mesmo, sem a presença de elementos de pressão desproporcionados.

No *Ac. Momčilović c. Croácia*<sup>1845</sup>, o TEDH foi chamado novamente a pronunciar-se sobre a admissibilidade de «uma fase de mediação prévia obrigatória junto do *State Attorney's Office* (equivalente à nossa PGR [Procuradoria-Geral da República]) antes do recurso aos tribunais, no caso de um pedido de indemnização contra o Estado, por facto danoso ilícito de um soldado ao serviço das suas forças armadas»<sup>1846</sup>. Neste acórdão o TEDH admite o procedimento de mediação prévio, inclusive porque o mesmo suspende os prazos de prescrição para recurso a tribunal em caso de não acordo<sup>1847</sup>. Com efeito, atendendo a que o Governo belga visou permitir que as partes resolvessem o seu litígio sem o envolvimento dos tribunais e por forma a evitar processos judiciais longos e dispendiosos, o TEDH considerou que o sistema de mediação obrigatória instituído prosseguia, neste caso, o objetivo legítimo de assegurar a economia judicial.

### iii. O entendimento do TEDH sobre os ADR em síntese

Fica desta forma evidente que a jurisprudência do TEDH admite meios extrajudiciais de resolução de litígios, incluindo formas obrigatórias prévias e condicionais do acesso aos tribunais judiciais, desde que tenham por base objetivos legítimos e proporcionais às metas que se pretendem alcançar. No caso da arbitragem, porque e sempre que o tribunal arbitral respeite os requisitos plasmados no art. 6.º da CEDH para os tribunais judiciais, designadamente as garantias de imparcialidade e independência. Já quanto à mediação/conciliação, e pela sua natureza autocompositiva, desde que sejam visados objetivos legítimos, como será o de permitir uma resolução mais célere e menos dispendiosa do conflito, e as partes possam sempre, não alcançando um acordo, recorrer a um tribunal judicial.

Os meios de resolução extrajudicial de conflitos constituirão, assim, vias não só compatíveis com as exigências do art. 6.º da CEDH, como poderão mesmo concretizar de forma prático-operacional os corolários desta norma e o entendimento do TEDH nesta matéria.

1845. Ac. de 26 de março de 2015, Processo n.º 11239/11.

1846. BRITO, P., «Direito de acesso a um tribunal, a mediação e a arbitragem», *op. cit.*, p. 912.

1847. Ac. de 26 de março de 2015, Processo n.º 11239/11, § 52.

#### 4. CONCLUSÕES

Como dizia Rudolf Von Ihering, «[o] objetivo do direito é a paz, a luta é o meio de consegui-la. Enquanto o direito tiver de rechaçar o ataque causado pela injustiça – e isso durará enquanto o mundo estiver de pé – ele não será poupado. A vida do direito é a luta, a luta de povos, de governos, de classes, de indivíduos. Todo o direito do mundo foi assim conquistado, todo ordenamento jurídico que se lhe contrapôs teve de ser eliminado e todo direito, assim como o direito de um povo ou de um indivíduo, teve de ser conquistado com luta. O direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a justiça segura numa das mãos a balança com a qual pesa o direito e na outra a espada com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força com a qual a justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança»<sup>1848</sup>.

Convocamos aqui esta declaração de Von Ihering – que no texto em que se insere é uma evocação à não resignação e apela ao sentimento de justiça (e necessidade de recurso à justiça) que cada cidadão tem e pretende ver concretizado, independentemente de qualquer condição, seja económica, psicológica ou outra – como expressão da «luta» permanente que cada um de nós tem de travar em nome da justiça (no sentido de obter a paz, seja pela via heterocompositiva, seja pela via autocompositiva) e que nenhum Estado pode obstaculizar, seja por que motivo for.

A grandeza e a multiplicidade das garantias associadas ao direito a um processo equitativo colocam os Estados Contratantes, através dos seus tribunais, no dever de acompanhamento e atenção às decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos relativas à interpretação do art. 6.º da CEDH. Deixámos aqui, no essencial, as linhas que balizam o conceito de tribunal e o sentido da conceção de acesso «efetivo» ao tribunal. Para concluir que, no quadro do art. 6.º e do direito de acesso à justiça, numa visão atual e ampla, esta norma admite a previsão legal de mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios, prévios e obrigatórios aos tribunais judiciais, desde que a sua consagração tenha subjacente um juízo de oportunidade, visando concretizar objetivos legítimos e até de proteção da própria justiça do caso, como sejam a celeridade (no caso da mediação) ou especialização do foro de decisão (quanto à arbitragem).

Os tribunais arbitrais garantirão o direito a um processo equitativo de acordo com a CEDH na exata medida que verifiquem as mesmas exigências e condicionantes inerentes a qualquer tribunal judicial, designadamente em termos de independência e imparcialidade, não importando o seu carácter voluntário ou necessário, mas sim a sua natureza e funcionamento.

Já no tocante à mediação/conciliação a sua admissibilidade à luz da CEDH resultará da sua natureza autocompositiva aliada à premissa de que, em última

1848. IHERING, R. Von, A Luta pelo Direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 27.

instância, nunca ficará vedado o acesso aos tribunais pelas partes do conflito, em caso de não obtenção de acordo. A suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade durante o processo de mediação constituirá uma das medidas essenciais para garantir a compatibilização de sistemas de mediação/conciliação com o art. 6.<sup>º</sup> da CEDH.

Em conclusão, o direito a um processo equitativo subjacente ao conteúdo normativo do art. 6.<sup>º</sup> da CEDH não afasta nem é afastado pela consagração de meios de ADR, mas antes pode concretizar os corolários pressupostos por esta norma.

## *Capítulo 27*

# A ação executiva à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

TIAGO AZEVEDO RAMALHO<sup>1849</sup>

SUMÁRIO: 1. A AÇÃO EXECUTIVA E O PROCESSO CIVIL: ESPECIFICIDADES E PROBLEMAS. 2. O PROCESSO CIVIL NA CONVENÇÃO. 2.1. *A sedes materiae: o art. 6.º da Convenção.* 2.2. *Os parâmetros do art. 6.º, n.º 1, da Convenção.* 3. QUESTÕES ESPECÍFICAS DA AÇÃO EXECUTIVA. 3.1. *A garantia de execução.* a. Desde o art. 6.º da Convenção. b. Desde o art. 1.º ao Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção. 3.2. *Responsabilidade do Estado pela atuação dos seus auxiliares de justiça.* 3.3. *Insuficiência económica do Estado.* 4. REFLEXOS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA.

### **1. A AÇÃO EXECUTIVA E O PROCESSO CIVIL: ESPECIFICIDADES E PROBLEMAS**

Uma ponderação atenta da realidade do Processo Civil permite prontamente concluir que, sob uma possível aparente uniformidade de rito, se esconde uma multiplicidade de formas processuais. É ver, desde logo, os diversos processos especiais previstos, ora na lei processual comum – em especial, no livro V do Código de Processo Civil (doravante: CPC), arts. 878.º e ss. –, ora em legislação extravagante<sup>1850</sup>. Em comum a tais formas processuais muito diversas está somente a circunstância de as pretensões a que respeitam não serem devidamente tuteladas pelos meios comuns.

Mas semelhante polimorfia do Processo Civil manifesta-se de modo mais pleno numa divisão de bem maior radicalidade: a distinção entre a *ação declarativa* e a *ação executiva*. Dela decorre a inexistência, afinal, de uma forma comum última: ao subirmos às alturas do processo, não é com uma unidade, mas com uma diáde

1849. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). Investigador do Centro de Investigação Jurídica (CIJ-FDUP).

1850. Vejam-se, a título de exemplo, os regimes previstos no Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de setembro, que incluiu a ação especial para cumprimento de obrigações pecuniárias, e o a Lei n.º 11/2015, de 8 de setembro, que respeita ao regime geral do processo tutelar cível.

que deparamos<sup>1851</sup>. Não por acaso, aos processos especiais regulados no livro V são antepostos o processo *declarativo* e o processo *executivo*, prova da existência, afinal, não de uma, mas de dois grandes arquétipos de processo comum (cf. os arts. 546.<sup>º</sup>, 548.<sup>º</sup> e 550.<sup>º</sup> CPC).

Compreende-se a irredutibilidade da ação executiva à ação declarativa (e vice-versa). Não é ela senão corolário da distinção de fins confiados a uma e a outra. Consideremos as ações de índole declarativa. Dispõe o art. 10.<sup>º</sup>, n.º 2, CPC, que as ações declarativas podem ser de simples apreciação, de condenação ou constitutivas. Em qualquer um desses casos, pretende o Autor que o tribunal declare positivamente o objeto da petição que lhe dirige: seja a realidade de um direito ou de um facto, conforme ocorre nas ações de simples apreciação [10.<sup>º</sup>, n.º 3, al. *a*] ; seja a condenação do Réu na pretensão exercida no processo, como é próprio das ações de condenação [10.<sup>º</sup>, n.º 3, al. *b*] ; seja a produção de um novo efeito na ordem jurídica, característica das ações constitutivas [10.<sup>º</sup>, n.º 3, al. *c*] . *Hoc sensu*, estamos diante de ações «jurisdicionais», tomado este adjetivo no seu sentido etimológico: ações destinadas a dizer o Direito, à dicção do Direito (*iuris dictio*).

Diferente é o problema próprio da ação executiva<sup>1852</sup>. Nesta, diferentemente do que ocorre na ação declarativa, o propósito é «imperial». Pressupõe e mobiliza ela o *imperium*, esse impor-se jurídico e factual que é característico do poder público: procura produzir-se, não um efeito no plano da dicção do Direito, mas da sua impositiva realização prática, tornando *real* o conteúdo da *pretensão ideal* do exequente contra o executado, e nesta medida se transformando a própria realidade<sup>1853</sup>.

Enquanto a ação declarativa se move no domínio da *palavra*, a ação executiva situa-se no plano do *facto*; enquanto a ação declarativa pede *discurso*, a ação executiva reclama *ação*; enquanto a ação declarativa se traduz «fundamentalmente em *decisões*»; a ação executiva traduz-se «fundamentalmente em *operações*»<sup>1854</sup>.

Este figurino específico da ação executiva bem sintetizado no art. 10.<sup>º</sup>, n.º 5, CPC: «Dizem-se “ações executivas” aquelas em que o credor requer as providências adequadas à realização coativa de uma obrigação que lhe é devida».

A realização refere-se a esse tornar real da prestação que é próprio da ação executiva. A *coatividade* a esse constrangimento que é feito ao devedor: coativo provém do verbo latino *cogo*, que significa *impôr* ou *constranger*. Assim, as ações

1851. A ponto de, nalguns Estados, o Direito executivo estar previsto em codificação própria. É o caso de França (*Code des procédures civiles d'exécution*) e Áustria (*Executionsordnung*).

1852. Subentenda-se: na ação executiva propriamente dita, e não nas tramitações de índole declarativa que nela possam interferir, seja a título principal (por ex., a oposição à execução), seja a título incidental (por ex., a oposição à penhora).

1853. OLIVA SANTOS, A., Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil, Cizur Menor, Aranzadi 2005, p. 118 (§110).

1854. Nestes exatos e impressivos termos, cf. MENDES, J., Direito Processual Civil, vol. III, s. l., AACDL, s. d., pp. 270-271. O mesmo autor observa como legislador é colocado diante da decisão de adotar um paradigma *declarativista* ou *executivista* do Processo Civil (pp. 271-272).

executivas são aquelas em que o credor requer as providências adequadas a que se torne real, através da imposição ao e constrangimento do devedor, uma obrigação que lhe é devida.

Desta diferente índole da ação declarativa e da ação executiva resulta, já se disse, a irredutibilidade de uma a outra. O que traz consigo consequências: onde quer que se identifique paradigmaticamente o Direito Processual Civil com alguma dessas modalidades de ação, corre-se o risco, quando não se ressalve a não hegemonia desse mesmo paradigma processual, de que o que se predica em geral pode não valer para a modalidade de ação não paradigmática.

São exemplo desse perigo as consequências da identificação do Processo Civil com finalidades jurisdicionais em sentido estrito. Admita-se a afirmação de que o processo se destina somente, e em sentido próprio, à resolução com carácter de autoridade de controvérsias respeitantes ao *suum cuique*. Assim se conclua e necessariamente surgirão dúvidas a respeito da «processualidade» da ação executiva: será então ainda uma ação judicial, ou já variante de uma outra modalidade de tutela, nomeadamente de tutela administrativa?

Diante da contraposição antes realizada entre a ação declarativa e a ação executiva, depreende-se com facilidade o erro (e qual a sua causa) em que decerto labora um tal raciocínio. Resulta ele de nenhum primeiro momento se reduzir a complexidade do Processo Civil à *univocidade* da ação declarativa, para, de seguida, se excluir tudo o que com ela não é compatível da órbita do Processo Civil.

É diante de dificuldades desta índole que se lança a questão a que o presente estudo pretende responder. Frente a um modo de pensar o Processo Civil a partir do seu paradigma declarativo, pergunta-se: até que ponto a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante: Convenção), ao colocar parâmetros específicos de sindicância da aplicação das regras de processo, considera o próprio Processo Executivo? É a tutela executiva considerada ainda dentro do âmbito do acesso ao Direito? Procuraremos considerá-lo tendo em vista, de modo especial, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante: Tribunal), pelo seu papel central na concretização do regime da Convenção.

Seguem-se três partes. Veremos, primeiro, de que modo a Convenção considera em geral a realidade do processo (2). Entraremos, de seguida, no núcleo do estudo: a jurisprudência do Tribunal sobre a interpretação da Convenção para efeitos executivos (3). Concluímos com breves reflexões a respeito do Direito português (4).

## 2. O PROCESSO CIVIL NA CONVENÇÃO

Ponto de partida da presente análise é a enunciação, em termos gerais, dos parâmetros de que se serve a Convenção para delimitar qualitativamente os atributos que devem caracterizar o regime de acesso ao Direito. O que nos conduz, primeiro, à consideração do art. 6.º da Convenção, que refere o padrão de um processo

«equitativo» (1.); e, num segundo momento, a sondar quais desses parâmetros *gerais* do processo podem ter relevo para o Processo Executivo, mesmo que ele não seja expressamente enunciado (2.).

## 2.1. A SEDES MATERIAE: O ART. 6.º DA CONVENÇÃO

*Sedes materiae* para a consideração do Processo Civil no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos é o respetivo art. 6.º, que prevê o «direito a um processo equitativo». A norma, de epígrafe «Direito a um processo equitativo», tem na tradução portuguesa o seguinte teor<sup>1855</sup>:

«*Direito a um processo equitativo: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.*

2. *Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.*

3. *O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:*

a) *Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;*

b) *Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;*

c) *Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;*

d) *Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;*

e) *Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo».*

Na sua epígrafe, mobiliza o art. 6.º, portanto, três diferentes conceitos: o conceito de *direito*, entendido enquanto posição pessoal garantida, objeto de tutela pela comunidade política; o conceito de *processo*, enquanto meio de exercício dessa forma de tutela; e, finalmente, o conceito de *equidade* (mediante a forma adjetiva *equitativo*). Ora, é este último dos conceitos uma cláusula geral, que aqui se afigura com o sentido genérico de *razoabilidade, justeza, equilíbrio*.

1855. Tradução disponibilizada pelo próprio Tribunal; à falta de referência, é esta a fonte das citações em português do texto da Convenção. Observe-se que apenas as versões francesa e inglesa do texto da Convenção são oficiais (cf. a parte conclusiva do respetivo texto). As traduções que, no decurso do texto, se farão dos acórdãos do Tribunal, são da minha autoria.

Conjugando esses três parâmetros, fica delimitado o sentido geral do *direito a um processo equitativo*: no desenvolvimento do dispositivo da norma, pretende fixar-se critérios tidos por essenciais para garantir a razoabilidade, a justeza, o equilíbrio da tutela jurisdicional. Semelhante convocação do conceito de «equidade» para o âmbito processual fora já realizada, aliás, pelo art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>1856</sup>. Teve ainda lugar, bem mais recentemente, no art. 47.º II da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>1857</sup>.

Salta à vista o acento penalístico do *conjunto* do art. 6.º da Convenção. Não apenas pela referência a «qualquer acusação em matéria penal» constante do n.º 1, mas sobretudo pelos n.os 2 e 3, de âmbito especialmente criminal. Ao que acresce a inserção sistemática da norma: segue-se a um artigo respeitante ao «direito à liberdade e segurança» (tipicamente conflituante com o efeito de sanções penais), e antepõe-se à norma relativa ao princípio da legalidade criminal.

Mas, apesar do acento penalístico, a norma não se reduz ao Direito criminal<sup>1858</sup>. Mediante a referência à «determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil», o art. 6.º, n.º 1, alarga o âmbito de aplicação potencial do artigo a um espectro significativamente mais amplo de matérias.

Vem o Tribunal definindo casuisticamente, para efeitos da Convenção, o alcance de um direito ou obrigação civil – alcance que, portanto, se define de modo *autónomo*, com independência diante do sentido que o termo possa revestir nas ordens jurídicas nacionais<sup>1859</sup>. Num esforço de formulação sintética, a esta noção se parece poder reconduzir pretensões patrimoniais contra particulares ou contra o Estado, bem como pretensões ligadas ao estatuto pessoal (por ex., reconhecimento da paternidade)<sup>1860</sup>. É para o efeito indiferente «a posição das partes (pessoa privada, pessoa colectiva, entidade pública, etc.), o carácter das normas relevantes para

1856. «Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida».

1857. «Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo».

1858. Note-se, no confronto com o art. 14.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, como nesta última convenção a enfase é nitidamente colocada no âmbito penal.

1859. MEYER, F., «Art. 6.º», in KARPENSTEIN, U. / MAYER, F. C. (Coord.), EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, C. H. Beck, München (2012), p. 140 (n.º 13). Cf., sobre o tema, BRANCO, R., «39. Direitos e obrigações de carácter civil», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), pp. 877-895.

1860. PEUKERT, W., «Artikel 6 (Recht auf ein faires Verfahren)», in FROWEN, J./PEUKERT, W./ENGE, N. P., Europäische MenschenRechtskonvention, I, Kehl am Rhein, Engel, (2009), pp. 151-152 (n.º 15).

decisão (Direito privado, Direito do trabalho, Direito público, etc.) e o carácter da instância decisória (tribunal cível, tribunal de trabalho, tribunal administrativo, tribunal social, e mesmo tribunal constitucional)»<sup>1861</sup>. Na interpretação autónoma da locução, não reduz ela o âmbito da Convenção, portanto, ao que internamente se considera matéria própria da jurisdição comum.

Conforme adiante veremos, pode ainda revestir interesse para o Processo Executivo, não só esta disposição geral do art. 6.º, n.º 1, respeitante ao processo em geral, como igualmente o art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1, relativo à proteção da propriedade. E, mesmo que não o venhamos a desenvolver, é de equacionar o valor do art. 8.º, respeitante à proteção da vida privada e familiar para questões correlacionadas com o regime da penhora; bem como do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 4, quando, dentro de certos termos, proíbe a prisão por dívidas<sup>1862</sup>.

## 2.2. OS PARÂMETROS DO ART. 6.º, N.º 1, DA CONVENÇÃO

Sem prejuízo, constitui o art. 6.º, n.º 1, da Convenção o ponto de referência para a aferição da *equidade* do processo. Para a concretizar, enuncia o mesmo n.º 1 um determinado conjunto de atributos que o processo deve revestir para poder gozar daquela qualificação. Embora não especificamente formulados a respeito do processo executivo, vários desses parâmetros são-lhe aplicáveis.

De entre eles, sublinhe-se a referência ao direito a um exame *equitativo* do processo, uma repetição da cláusula geral prevista na epígrafe do artigo, e ponto de arrimo para futuros desenvolvimentos jurisprudenciais da norma; o direito ao exame «público» da causa; a garantia de decisão por um tribunal independente e imparcial estabelecido por lei; e o direito a uma decisão em prazo razoável. O que se predica a respeito do processo e das suas decisões pode valer, *mutatis mutandis*, para o âmbito da execução<sup>1863</sup> – desde que se conclua pela aplicação do art. 6.º, n.º 1, ao Processo Executivo. É o que passaremos a ver.

## 3. QUESTÕES ESPECÍFICAS DA AÇÃO EXECUTIVA

Vimos o âmbito geral do art. 6.º da Convenção. É momento de considerar o específico labor de densificação do referido artigo, realizado pelo Tribunal Europeu

1861. A citação é tomada de Peukert, «Artikel 6...», *cit.*, p. 152 (n.º 16). No mesmo sentido, Meyer, «Art. 6...», *op. cit.*, p. 140 (n.º 13).

1862. RAMALHO, T., «A proibição da prisão por dívidas contratuais no Protocolo Adicional n.º 4 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, (2020), pp. 2253-2271.

1863. Para o âmbito do processo equitativo, cf. a síntese expositiva de Gonçalves, M. C., «42. Direito a um processo equitativo e público», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P., Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), pp. 931-964.

dos Direitos Humanos, para o âmbito específico da ação executiva<sup>1864</sup>. Três questões orientam a nossa atenção à jurisprudência do Tribunal: a afirmação de um direito à execução (3.1.); a responsabilidade do Estado pelos atos dos seus auxiliares de justiça (3.2.); a rejeição de que a insuficiência económica do Estado possa ser fundamento para negar uma eficaz tutela executiva (3.3.).

### 3.1. A GARANTIA DE EXECUÇÃO

Primeiro e central ponto, porque pressuposto ao demais, é a afirmação de um direito à execução. Na jurisprudência do Tribunal, tal direito extrai-se, em primeira linha, do art. 6.º da Convenção (a.); mas é igualmente mobilizável, em determinados casos, o art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 (b.).

#### a. Desde o art. 6.º da Convenção

Marco de referência é, para definição do direito de ação na sua vertente executiva, o *Ac. Hornsby c. Grécia, de 19 de março de 1997*<sup>1865</sup>. É a este aresto que fazem expressa referência decisões posteriores a qual se suscite a questão da executividade<sup>1866</sup>.

- 
1864. Cf., entre nós, CABRAL BARRETO, I., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2020, pp. 170-171 (art. 6.º, 2.1.2), e LOURENÇO, P., «Processo civil executivo português à luz da Convenção», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P., *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), pp. 994-1003, praticamente reduzindo a abordagem, neste último caso, à questão do prazo razoável de execução. Especial menção merecem HARRIS, D./ O'BOYLE, M./ WARBRICK, C. et. al., *Law of the European Convention on Human Rights*, 4.<sup>a</sup> Ed., Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 397-399, BARKHUYSEN, T./ EMMERIK, M./ JANSEN, O./ FEDOROVÁ, M., «Right to a fair trial (article 6)», in Van Dijk, Pieter/Van Hoof, Fried / Van Rijn, Arjen/ Zwaak, Leo (Coord.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5.<sup>a</sup> ed., Antwerpen/Oxford, Intersentia, (2018), pp. 540-541, Leborgne, A., *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 2019, pp. 31-32 (n.º 48), 76 e ss. (n.º 119-134) e CAYROL, N., *Droit de l'exécution*, 3.<sup>a</sup> ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, pp. 20-21 (nn.º 14-15). Um apontamento muito sumário pode encontrar-se em ESPARZA, I./ETXEBARRIA, J., «Derecho a un proceso equitativo», in Herrarte, Iñaki Lasagabaster (coord.), *Convenio europeo de derechos humanos. Comentario sistemático*, Navarra: Civitas/ Thomson Reuters, Cizur Menor, (2009), p. 231 (n.º 144). Mas cf., sobretudo, European Court of Human Rights / Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à un procès équitable (volet civil)*, s. l.: Council of Europe/ Conseil de l'Europe, doc. elect., 2022, disponível em <https://ks.echr.coe.int/>, p. 23 (70), pp. 55-58 (204-231).
1865. Cf., com uma síntese sobre o relevo do art. 6.º em sede executiva, Leborgne, *Droit de l'exécution...*, cit., pp. 77-78 (n.º 121). Breve apontamento, também, em Pinto, R. A Ação Executiva, Lisboa, AACDL, 2018, pp. 12-13.
1866. Cf. *ex multis* os Acórdãos Estima Jorge c. Portugal, de 24 de abril de 1998, n.º 35, Immobiliare Saffi c. Itália, de 28 de julho de 1999, n.º 63, Popescu c. Roumanie, de 2 de março de 2004, n.º 66, Poznakhirina v. Rússia, de 24 de fevereiro de 2005, n.º 22; Matheus c. França, de 31 de março de 2005, n.º 54; Burdov c. Rússia, de 2 de Maio de 2007, n.º 34; Bendayan Azcantot

Justifica-se conhecer, mesmo que de forma abreviada, as circunstâncias de facto que motivam o acórdão, pois são paradigmáticas do tipo de casos levados ao conhecimento do Tribunal. Tem o arresto por base um conflito entre um casal natural do Reino Unido (o casal Hornsby), marido e mulher professores de inglês, que pretendia abrir uma escola na Grécia, em 1984. Tal pretensão fora-lhes negada pelas autoridades administrativas gregas, com fundamento em que se tratava de direito reconhecida apenas a nacionais. Contudo, semelhante restrição foi julgada contrário ao Direito Comunitário, mediante pronúncia do Tribunal de Justiça de 1988.

Apesar da referida pronúncia, as autoridades *administrativas* gregas continuaram a negar a autorização de abertura da escola. Sem prejuízo, logrou o casal obter, por decisão do Supremo Tribunal Administrativo grego, em julgamentos de 9 e 10 de maio de 1989, a anulação das decisões de *recusa* da autorização. As autoridades administrativas continuaram, porém, sem conceder a autorização peticionada.

Procurou então o casal obter tutela penal (sem sucesso) e cível, movendo ação de responsabilidade pelos prejuízos sofridos. Estávamos já em 1990. A ação foi julgada inadmissível por incompetência. Nova ação daria entrada em tribunal administrativo, no ano de 1992, pedindo uma indemnização pelos danos presentes e futuros, até que a autorização fosse concedida. Volta um tribunal a julgar ilegítima a atuação da administrativa; mas não conclui terem sido demonstrados suficientemente os danos sofridos, ordenando novas medidas de investigação. No mesmo período continuam as instâncias do casal junto das instâncias administrativas, mas sem sucesso.

Sendo o caso levado à apreciação do Tribunal (TEDH), surgiu, pois, com a seguinte fisionomia: se, mediante esta persistente recusa das autoridades gregas em concederem a autorização pretendida pelos requerentes, a despeito dos julgamentos do Supremo Tribunal Administrativo, se não haveria uma violação do direito ao processo equitativo.

O Tribunal aprecia o caso como de *eficácia* ou *não* na garantia dos direitos da parte. A tutela executiva é vista como uma *exigência* de efetividade de tutela, sem a qual a tutela de declaração perde o seu vigor. Em discurso direto:

*«(...) o direito a um processo equitativo seria ilusório se a ordem jurídica interna de uma parte contratante permitisse que uma decisão judicial final, vinculante, permanecesse inoperativa em prejuízo de uma parte. Seria inconcebível que o art. 6.º, n.º 1, descrevesse em pormenor as garantias procedimentais atribuídas aos litigantes – procedimentos justos, públicos e célebres – sem proteger a implementação de decisões judiciais; configurar o art. 6.º como estando concentrado exclusivamente no acesso a um tribunal e ao modo como são conduzidos os procedimentos poderia conduzir a situações incompatíveis com o princípio da preeminência do Direito que Estados contratantes estão vinculados a respeitar ao ratificarem a Convenção (...). A execução de um julgamento ou acórdão, qualquer que seja a sua jurisdição, deve con-*

---

et Benalal Bendayan c. Espanha, de 9 de Junho de 2009, n.º 68; Süzer et Eksen Holding A. S. c. Turquia, de 23 de outubro de 2012, n.º 114; Cingilli Holding A. S. e Cingillioğlu, de 21 de julho de 2015, n.º 37; Flores Quiros c. Espanha, de 19 de julho de 2016, n.º 33, Bozza c. Itália, de 14 de setembro de 2017, n.º 42; Ouzounis et al. c. Grécia, de 2 de abril de 2018, n.º 22; e Casa di Cura Valle Fiorita S. R. L. c. Itália, de 13 de dezembro de 2018, n.º 46.

*siderar-se como fazendo parte integrante do “processo” no sentido do art. 6.º; aliás, o Tribunal já o aceitou em litígios relacionados com a duração do procedimento»<sup>1867</sup>.*

É interessante notar que o Tribunal afirmou o referido direito à execução mesmo se estando na presença de um litígio apreciado pelos tribunais administrativos; contudo, é reconduzível à categoria de *direitos civis* para efeitos da Convenção (cf., supra)<sup>1868</sup>.

É, portanto, desde o parâmetro da efetividade da tutela de direitos que se sindicarão os Direitos dos Estados parte da Convenção. Trata-se de tutela que, conforme se enuncia no *Ac. Matheus c. França, de 31 de março de 2005*, deve ser «completa, perfeita e não parcial»<sup>1869</sup>.

Fazendo prevalecer a substância sobre a forma, nota o Tribunal que a garantia de tutela executiva deve ser observada independentemente do contexto processual de que resulta a decisão a proferir. Interessante é, sob este ponto de vista, o *Ac. Bendayan Azcantot Benalal Bendayan c. Espanha, de 19 de junho de 2009*<sup>1870</sup>. Na origem do litígio está uma ação penal na qual se arbitrou uma indemnização a favor do lesado<sup>1871</sup>. Esta, porém, demorou quase oito anos a ser eficazmente executada. Também à execução destas decisões se aplica, sem restrições, o entendimento de que a garantia de executividade judicial se reconduz ao art. 6.º, n.º 1, CEDH, que, para estes efeitos, se consideram «processo»<sup>1872</sup>. No dizer do Tribunal: «O tribunal recorda a sua jurisprudência constante, de acordo com a qual o art. 6.º, n.º 1, da Convenção exige que todas as fases dos procedimentos judiciários que tendem a resolver os “conflitos sobre direitos e obrigações de caráter civil” terminem num prazo razoável, sem que se possa excetuar as fases posteriores às decisões sobre o fundo»<sup>1873</sup>.

Estávamos, ainda assim, perante uma decisão *judicial* cível, mesmo que proferida no contexto de uma ação penal. Rapidamente, porém, o Tribunal se prontificou para interpretar de modo extensivo o âmbito da tutela executiva para efeitos da Convenção. Ilustra-o o *Ac. Estima Jorge c. Portugal, de 24 de abril de 1998*, no qual se sustentava não ter havido um processo judicial resolvido em prazo razoável (a cobrança coerciva

1867. Ac. Hornsby c. Grécia, de 19 de março de 1997, n.º 40.

1868. Ac. Hornsby c. Grécia, de 19 de março de 1997, n.º 41. Cf. tb. os Acórdãos Süzer et Eksen Holding A.Ş. c. Turquia, de 23 de outubro de 2012, n.º 115 e Cingilli Holding A.Ş. and Cingillioglu, de 21 de julho de 2015, n.º 38, reforçando a reforçada importância de tutela em sede administrativa. Sobre o relevo da tutela de «direitos civis» no âmbito de ações de índole administrativa, cf. European Court of Human Rights, Guide sur l’article 6..., *cit.*, p. 88 (nn.º 207-208).

1869. Ac. Matheus c. França, de 31 de março de 2005, n.º 58.

1870. Cf. Leborgne, Droit de l’exécution..., *cit.*, pp. 78-79 (n.º 122).

1871. Cf., entre nós, o regime previsto nos arts. 71.º e ss. do Código de Processo Penal, que respeita ao chamado «princípio da adesão». No dizer do art. 71.º, «o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei».

1872. Ac. Bendayan Azcantot Benalal Bendayan c. Espanha, de 19 de junho de 2009, n.º 67.

1873. Ac. Bendayan Azcantot Benalal Bendayan c. Espanha, de 19 de junho de 2009, n.º 68.

havia durado 13 anos)<sup>1874</sup>. Da jurisprudência do Tribunal a que se fez menção até ao momento resultava a necessidade de tutela executiva como uma exigência de garantia de decisões judiciais. No caso da origem deste último arresto, porém, estávamos perante uma ação executiva iniciado na qual servia de título executivo um *ato notarial*, e não uma decisão judicial<sup>1875</sup>. Sem prejuízo, concluiu o Tribunal estar-se ainda diante de um caso em que a Convenção garantia o direito à execução.

Vejamos brevemente a argumentação do Estado português e a fundamentação do Tribunal:

«Ela [a ação de execução] pressupõe [no caso] a existência de um direito já estabelecido e preciso, e que não tem por objeto uma “disputa”. No caso em apreço, a pretensão do requerente e a existência do seu direito estavam já determinados pelo título executivo, a saber, o ato notarial na sequência do qual se constituiu a hipoteca. Este título tornou o direito do Sr. Estima Jorge certo, determinado, e exigível»<sup>1876</sup>.

Mais: a própria ação executiva não deixava de ser, por sua natureza, uma ação «não judicial», apenas por razões de oportunidade confiada ao sistema judicial, mas podendo ser conduzida por autoridades administrativas<sup>1877</sup>.

É entendimento que o Tribunal não acompanhará. Embora reconhecendo a diferença do presente acórdão para o caso, nomeadamente, na base do *Ac. Hornsby c. Grécia, de 19 de março de 1997* – diferença de títulos executivo –, considera aplicar-se aqui o art. 6.º, n.º 1, da Convenção:

«O Tribunal constata que o presente caso se distingue dos casos de que conheceu anteriormente (...), uma vez que o processo litigioso não assenta num julgamento, mas num outro título executivo, a saber, um ato notarial a garantir uma dívida determinada. O processo não visa nada senão reaver o valor./ O espírito da Convenção exige que não se tome o termo “contestação” numa aceção muito técnica e que se lhe dê uma definição material, mais do que formal; a versão inglesa do art. 6.º não tem uma referência em paralelo (ac. Moreira de Azevedo contra Portugal de 23 de outubro de 1990, n.º 66). Assim, o tribunal já determinou que é no momento em que o direito encontrar a sua realização efetiva que se determina o carácter civil de um direito. (...) / Qualquer que seja a natureza de um título executivo, seja julgamento ou acto notarial, a lei portuguesa facilita a execução, segundo um processo idêntico, aos tribunais judiciais./ Este processo de execução foi determinante para a realização efetiva do direito da requerente./ Por conseguinte, o art. 6.º, 1 aplica-se»<sup>1878</sup>.

A passagem levanta uma questão que tem a sua génese na diferença entre as versões oficiais do texto da Convenção. Confrontemos a primeira parte do art. 6.º, n.º 1, em cada uma das versões, francesa e inglesa:

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la

1874. Leborgne, Droit de l'exécution..., cit., p. 79 (n.º 124).

1875. Além do título executivo *sentença condenatória*, outros são os documentos a que se confere exequibilidade. Cf., para o atual Direito, o art. 703.º, n.º 1, CPC.

1876. Ac. Estima Jorge c. Portugal, de 24 de abril de 1998, n.º 33.

1877. Cf. a síntese da posição em Ac. Estima Jorge c. Portugal, de 24 de abril de 1998, n.º 33.

1878. Cf. Ac. Estima Jorge c. Portugal, de 24 de abril de 1998, nn.º 36-38.

loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle».

«In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law».

Na enunciação dos dois grandes grupos de casos a que se aplica a garantia do processo equitativo, enquanto que a versão francesa se refere a «*contestations sur ses droits et obligations*», já na versão inglesa lê-se «*in the determination of his civil rights and obligations*». A dúvida que se colocava era se *contests* se deveria entender num sentido restrito. Foi interpretação de que a jurisprudência do Tribunal abdicou<sup>1879</sup>.

Vemo-lo perfeitamente no acórdão que agora consideramos, e que introduz, aliás, uma nova lógica na recondução da tutela executiva ao art. 6.º, n.º 1, da Convenção. Já não é decisivo, para a tutela executiva, o facto de ser uma garantia de decisões judiciais anteriores. Agora, a tutela executiva *enquanto tal* é tida como constituindo plenamente um certo tipo de processo, e por isso sujeita às suas exigências, mesmo quando o título executivo é diferente de uma sentença. Quer dizer: a tutela executiva já não é vista apenas como uma «pós-eficácia» de uma sentença judicial, mas um meio processual *autónomo*, e por isso separadamente considerado. Plenamente processo, está então o Processo Executivo plenamente sujeito às exigências do art. 6.º, n.º 1, da Convenção.

Diante da latide com que o Tribunal interpreta o art. 6.º da Convenção, é igualmente natural que reconduza ao art. 6.º, I, a execução fundada em ato de conciliação judicial das partes<sup>1880</sup>.

A abertura para meios de tutela processual diferentes da cognição plena da ação declarativa é ainda visível num outro desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal, por meio do *Ac. Micallef v. Malta, de 15 de outubro de 2009*. Em revisão de jurisprudência anterior, nele se admite que a exequibilidade de medidas cautelares – isto é, tomadas para prevenir a demora decorrente da prolação de decisão em ação principal – possa gozar da proteção do art. 6.º, na condição de que se possa entender como definitório de direitos civis<sup>1881</sup>.

Observe-se, por fim, uma restrição que o próprio Tribunal faz à tutela decorrente do art. 6.º, n.º 1, da Convenção. É a exigência de uma decisão estável, o que

1879. Cf., para uma breve colocação da questão, SCHABAS, W., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 272.

1880. Ac. Perez de Rada Cavanilles c. Espanha, de 28 de outubro de 1998. Cf. especialmente o n.º 39.

1881. Ac. Micallef v. Malta, de 15 de outubro de 2009 nn.º 78-89. Cf. HARRIS/O'HARRIS/WAR-BRICK, *Law of the European..., cit.*, p. 397, n. 251, assim como European Court of Human Rights, *Guide sur l'article 6..., cit.*, pp. 21-22 (nn.º 63-66). É igualmente relevante o Ac. Central Mediterranean Development Corporation Limited v. Malta, de 22 de novembro de 2011, n.º 22.

se supõe, em princípio, estar-se diante de decisões finais<sup>1882</sup>. É ela afirmada no *Ac. Ouzounis et al. c. Grécia, de 2 de abril de 2018*:

«O Tribunal recorda que o direito de acesso a um tribunal garantido pelo art. 6.º, n.º 1, da Convenção seria ilusório se a ordem jurídica interna de um Estado contratante permitisse que uma decisão judiciária definitiva e obrigatória permanecesse ineficaz em prejuízo de uma parte. (...) Contudo, no que respeita ao presente caso, o Tribunal observa que a decisão do tribunal administrativo cuja inexecução prejudica os requerentes não era uma decisão definitiva, porque fora proferida em primeira instância e era suscetível de apelação, o que foi aliás o caso. Ora, independentemente da questão de saber se o atraso e o exercício do apelo tinham um efeito suspensivo, questão não resolvida em concreto, o Tribunal não pode admitir que o art. 6.º protege, não somente a execução de decisões judiciárias definitivas e obrigatórias, mas igualmente daquelas decisões que podem ser submetidas ao controle de instâncias superiores e, eventualmente, infirmadas. Portanto, tendo em conta especialmente o facto de que o tribunal de apelo anulou a decisão em que os requerentes fundaram as suas pretensões, o Tribunal não pode considerar contrária às exigências do art. 6.º a omissão da administração em cumprir esta decisão, mesmo supondo que, ao abrigo do Direito interno, tinha o dever de a executar»<sup>1883</sup>.

#### b. Desde o art. 1.º ao Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção

Mas desde um outro ponto de apoio, até ao momento bem menos explorado pelo Tribunal, se pode fundar um direito à execução. Visto que a execução se pode destinar à proteção da propriedade do exequente – pense-se, paradigmaticamente, nas execuções para entrega de coisa certa –, é ponto de arrimo, agora, o art. 1.º ao Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção, disposição que tem por propósito a proteção da propriedade.

Assume agora o papel de *leading case* o *Ac. Immobiliare Saffi c. Itália, de 28 de julho de 1999*<sup>1884</sup>. Teve ele lugar no contexto de baldados esforços de despejo dos sucessivos locatários de um imóvel em reaverem a respetiva posse. Apesar de ordem de despejo obtida em 1983, para produzir efeitos em 1984, e de 11 tentativas de recobro da posse do imóvel (!), o recobro da posse obteve-se apenas em 1996 – e, na verdade, por ter ocorrido entretanto a morte do locatário. Deveu-se semelhante retardamento do despejo à legislação italiana, ora suspendendo o despejo, ora «escalonando» as execuções em função do respetivo grau de urgência, com prejuízo dos despejos tidos por não urgentes.

Para enquadrar esta hipótese, foi mobilizado, como dito, não apenas o art. 6.º, n.º 1, da Convenção, mas também o art. 1.º ao Protocolo Adicional n.º 1<sup>1885</sup>. Dele

1882. HARRIS/O'HARRIS/WARBRICK, Law of the European..., *cit.*, p. 397, n. 251.

1883. Ac. Ouzounis et al. c. Grécia, de 2 de abril de 2018, n.º 22.

1884. PEUKERT, W., «Artikel 1 des 1. ZP (Schutz des Eigentums)», in FROWEN, J. / PEUKERT, W. / Enge, N. P., Europäische MenschenRechtskonvention, I, Kehl am Rhein, Engel, (2009), p. 655, n.º 33; Beeler-Sigron, M., «Protection of Property (article 1 of Protocol no. 1)», VAN DIJK, P. / VAN HOOF, F. / VAN RIJN, A. / ZWAAK, L. (Coord.) Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 5.ª ed, Antwerpen / Oxford, Intersentia (2018), p. 878; Leborgne, Droit de l'exécution..., *cit.*, p. 80 (n.º 150); WHITE, R./ OVEY, C., JACOBS, WHITE & OVEY, The European Convention of Human Rights, 5.ª ed, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 503 (com referência ao contexto do acórdão).

1885. «Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições

retira o Tribunal *i) uma norma de carácter geral de protecção da propriedade* (1.<sup>a</sup> frase do primeiro parágrafo); *ii) uma norma relativa às condições a que se sujeita a privação da propriedade* (2.<sup>a</sup> frase do primeiro parágrafo); *iii) uma norma relativa ao poder de o Estado regular o uso de bens no interesse geral* (segundo parágrafo), estas duas últimas a interpretar nos termos da primeira<sup>1886</sup>.

No caso em apreço, é sindicada a eventual violação do segundo parágrafo, isto é, do regime relativo ao uso dos bens<sup>1887</sup>. Reconhece o Tribunal, neste âmbito, o fim legítimo das concretas medidas de suspensão adotadas<sup>1888</sup>. Onde o regime merece censura é diante da (falta de) proporcionalidade em relação ao fim a que se propõe: havendo uma substancial margem de apreciação dos Estados na definição do regime legal (n.º 49)<sup>1889</sup>, e podendo, como julgara o Tribunal em anterior (é citado o *Ac. Spadea e Scalabrino c. Itália, de 28 de setembro de 1995*), as medidas de adiamento serem tidas por adequadas<sup>1890</sup>, contraria a convenção um regime de despejo como o concretamente apreciado, sem oferecer sequer previsibilidade acerca do momento em que o despejo pode vir a ocorrer<sup>1891</sup>.

Estamos, portanto, diante de um novel fundamento mobilizável para sindicar lacunas de execução. Sem prejuízo, observa-se que o Tribunal não deixa de simultaneamente concluir por uma violação do art. 6.<sup>º</sup>: ambos concorrem para concluir pela violação da Convenção<sup>1892</sup>.

---

previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional./ As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas».

1886. Ac. Immobiliare Saffi c. Itália, de 28 de julho de 1999, n.º 44.

1887. Ac. Immobiliare Saffi c. Itália, de 28 de julho de 1999, nn.º 46-59.

1888. Ac. Immobiliare Saffi c. Itália, de 28 de julho de 1999, n.º 47.

1889. Ac. Immobiliare Saffi c. Itália, de 28 de julho de 1999, n.º 49.

1890. Ac. Immobiliare Saffi c. Itália, de 28 de julho de 1999, n.º 53.

1891. Ac. Immobiliare Saffi c. Itália, de 28 de julho de 1999, n.º 56.

1892. Ac. Immobiliare Saffi c. Itália, de 28 de julho de 1999, n.º 63. Cf. igualmente os Acórdãos Palumbo c. Itália, de 30 de novembro de 2000, nn.º 33 e 63; Lunari c. Itália, de 11 de janeiro de 2001, n.º 34 e 46; P. M. c. Itália, de 17 de abril de 2003, n.º 23; Bellini c. Itália, de 29 de janeiro de 2004, n.º 28; Lo Tufo c. Itália, de 21 de abril de 2005, n.º 55; Mazzei c. Itália, 6 de abril de 2006, n.º 18; Sützer et Eksen Holding A. S. c. Turquia, de 23 de outubro de 2012, nn.º 45 e 52; Casa di Cura Valle Fiorita S. R. L. c. Itália, de 13 de dezembro de 2018, nn.º 54, 60. Perfil próximo têm os acórdãos proferidos na sequência do Ac. Matheus c. France, de 31 de março de 2005. Aí se colocou a questão da indisponibilidade de meios de tutela colocados pelo Estado para a realização de instâncias executivas (cf. o n.º 68), violando-se assim, não só o art. 6.<sup>º</sup> (n.º 60), como igualmente do art. 1.<sup>º</sup> do PA n.º 1 – mas agora da sua primeira frase –, uma vez que a garantia da propriedade reclama medidas positivas destinadas à sua proteção (n.º 69). Na linha deste acórdão, cf. os Ac. Barret e Sirjean, n.º 47; e França e Fernandez et al. c. França, ambos de 21 de janeiro de 2010, n.º 37. Neles não se julga autonomamente a violação do art. 6.<sup>º</sup>.

### 3.2. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA ATUAÇÃO DOS SEUS AUXILIARES DE JUSTIÇA

Um segundo núcleo temático em que a jurisprudência do Tribunal a respeito do art. 6.º da CEDH pode assumir especial relevo para efeitos executivos respeita à qualificação do órgão da execução para efeitos de responsabilidade do Estado.

A questão merece certo enquadramento. Em sede de ação executiva, vêm sendo muito diferenciadas as opções dos diferentes Estados na definição da sua orgânica: entre os pólos da plena judicialização do processo, por um lado, e da quase perfeita privatização, por outro, perfilam-se ainda múltiplas possíveis opções intermédias<sup>1893</sup>.

De entre as diferentes possíveis orgânicas de execução, um dos modelos pensáveis é do *huissier de justice*, previsto tradicionalmente no Direito francês (desde 1 de julho de 2022: *comissaire de justice*), um profissional liberal com competência em sede executiva. Sem que o regime se possa considerar idêntico, pode dizer-se que o regime português da ação executiva foi, desde 2003, inspirado por aquela figura: introduziu-se então em âmbito executivo a categoria do *agente de execução*.

À semelhança do que se verifica no Direito francês, tal figura, o agente de execução, é caracterizada pelo seu *híbridismo*. Por um lado, afigura-se um profissional liberal; por outro lado, exerce realmente poderes públicos. Assim o apresenta o art. 162.º, n.º 1, dos Estatutos da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução<sup>1894</sup>: «O agente de execução é o auxiliar da justiça que, na prossecução do interesse público, exerce poderes de autoridade pública no cumprimento das diligências que realiza nos processos de execução, nas notificações, nas citações, nas apreensões, nas vendas e nas publicações no âmbito de processos judiciais, ou em atos de natureza similar que, ainda que não tenham natureza judicial, a estes podem ser equiparados ou ser dos mesmos instrutórios».

O artigo, em plena coerência com as competências que a lei processual atribui aos agentes de execução (cf. o art. 719.º, n.º 1, CPC), sublinha os poderes de *autoridade pública* que lhe são conferidos e que por si são exercidos. A qualificação de auxiliar de justiça é relevante para a sujeição à fiscalização da chamada Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça<sup>1895</sup>.

Aquele híbridismo é, todavia, fonte de algumas dificuldades na determinação do estatuto de agentes de execução. Se os traços de Direito Privado do respetivo estatuto sugeriram uma responsabilidade nos termos daquele ramo de Direito, já o exercício da autoridade pública sugeriria a aplicação de um regime de respon-

1893. Cf. FREITAS, J., «Os Paradigmas da Ação Executiva», in Revista da Ordem dos Advogados 61 (II), (2001), pp. 543-560. Uma exposição de diferentes regimes da ação executiva pode igualmente encontrar-se em Baur, F./Stürner, R./ Bruns, A., *Zwangsvollstreckungsrecht*, 14.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2022, pp. 811-859 (§59).

1894. Lei n.º 154/2015, de 14/09, alterada pela Lei n.º 79/2021, de 24 de janeiro.

1895. Lei n.º 77/2013, de 21 de novembro, de 21/11, alterada pelo Decreto-Lei n.º 52/2019, de 17 de abril.

sabilidade do Estado. Com efeito, nos termos da Lei n.º 67/2007, de 31 de janeiro, o respetivo regime de responsabilidade vale também para entidades privadas que ajam no exercício de poderes públicos (cf. o art. 1.º, n.º 5, embora referindo apenas a responsabilidade de pessoas coletivas e nos termos do regime de Direito administrativo; mas o regime vale *mutatis mutandis* para a responsabilidade por erro jurisdicional, nos termos dos arts. 13.º e ss. do diploma). Aliás, vem pendido a jurisprudência portuguesa para a afirmação de se tratar de um regime de responsabilidade de Direito *privado*, sujeito à jurisdição *comum*<sup>1896</sup>.

É diante de problemas desta índole que se afigura especialmente interessante o ac. Platakou c. Grécia, de 11 de janeiro de 2001<sup>1897</sup>. Entre outras questões apreciadas, estava a de saber se o Estado poderia responder por atos praticados por uma espécie de solicitador com poderes públicos («*dikastítos epimeletés*»).

Para fundar a exclusão de responsabilidade, sustentou o governo grego o seguinte:

«Enfatizaram que os solicitadores com poderes públicos não são funcionários. Exercem uma profissão liberal, tal como os advogados ou os arquitetos. Por conseguinte, não representam o Estado, e ele não pode ser responsável pelos erros cometidos no exercício das respetivas funções»<sup>1898</sup>.

Tal fundamentação é descartada pelo Tribunal:

«O Tribunal não pode admitir que estes últimos, no exercício das suas funções, não agiram na qualidade de órgãos públicos do Estado»<sup>1899</sup>.

É a realidade do poder *público* que é exercido a merecer reconhecimento. Pela ação daqueles a quem o Estado confia o desempenho de funções públicas – pelos

- 
1896. Cf., no sentido da irresponsabilidade do Estado/ incompetência dos tribunais administrativos, os ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de abril de 2013 (Abrantes Geraldes; 5548/09.9TVLSNB.L1.S1), do Tribunal da Relação de Évora de 6 de Abril de 2017 (Isabel Peixoto Imaginário; 69/15.3T8ALR-A.E1), do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de novembro de 2017 (Cristina Neves; 12597-15.6T8LSB.L1-6); do Tribunal Central Administrativo do Norte de 15 de fevereiro de 2019 (Frederico Macedo Branco; 00088/16.2BEBERG-S1) e do Tribunal Central Administrativo do Sul de 21 de novembro de 2019 (Alda Nunes; 1184/16.1BELRA). Cf. também o ac. do Tribunal de Conflitos de 1 de fevereira de 2018 (Teresa de Sousa; 018/17). Em sentido contrário – de responsabilidade civil extracontratual do Estado –, cf. os Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 25 de outubro de 2012 (Amílcar Andrade; 294/10.3TBVCT.G1) e do Tribunal Central Administrativo do Sul de 26 novembro de 2015 (Paulo Pereira Gouveia; 12257/15). A responsabilidade civil extracontratual do Estado, que cremos de afirmação acertada (e que, na falta de legislação especial, tem lugar nos ermos da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro), é sustentada por Freitas, J. L. de, A Ação Executiva à luz do Código de Processo de 2013, 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2017, p. 38; Mendes, J. de C./Sousa, M. T. de, Manual de Processo Civil, vol. II, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 468 (§68.II.3.6), e Pinto, R., A Ação Executiva..., *cit.*, pp. 127-128.
1897. Cf. Leborgne, Droit de l'exécution..., *cit.*, p. 179 (n. 325), notando os efeitos do acórdão da interpretação do Direito francês.
1898. Ac. Platakou c. Grécia, de 11 de janeiro de 2001, n.º 32.
1899. Ac. Platakou c. Grécia, de 11 de janeiro de 2001, n.º 32.

(*hoc sensu*) seus auxiliares – responde, como é regra de Direito, o próprio Estado. A desjudicialização<sup>1900</sup>, ou mesmo desjurisdicionalização<sup>1901</sup>, da ação executiva não significa que o Estado expelle para fora do seu círculo de responsabilidade aqueles a quem confia o desempenho de funções públicas; mas que responde pelo mau exercício da função jurisdicional por parte de quem já não está na inserto na sua orgânica pública, mas que se encontra ao serviço do fim público do processo.

### 3.3. INSUFICIÊNCIA ECONÓMICA DO ESTADO

Finalmente, um último aspeto que vem merecendo observações por parte do Tribunal respeita à inatendibilidade, como causa legítima do incumprimento das obrigações resultantes da Convenção, de razões de índole económica. Veja-se, a título de exemplo o *Ac. Burdov c. Rússia*, de 2 de maio de 2007, no qual o Tribunal declara:

«Não está na disponibilidade da autoridade pública invocar a insuficiência de fundos como causa justificativa de não honrar uma dívida reconhecida numa decisão judicial. Por certo, um atraso na execução de um julgamento pode estar justificado em circunstâncias particulares. Mas o atraso não pode ser a tal ponto que atente contra a substância do direito protegido pelo art. 6.º, n.º 1 da Convenção»<sup>1902</sup>.

Trata-se, afinal, de uma última concretização que visa reforçar a tutela executiva.

## 4. REFLEXOS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

Resta, em jeito conclusivo, tecer breves conclusões sobre o relevo da Convenção no Direito português.

O primeiro campo de incidência é claro: na medida em que o Estado português é parte da Convenção, está sujeito aos seus meios próprios de fiscalização (cf. o art. 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa). Por conseguinte, a violação daqueles concretos parâmetros que vimos vigorarem (também) para o Processo Civil pode ocasionar a responsabilidade do Estado português nos termos da própria Convenção (cf., especialmente, o regime da «reparação razoável» constante do art. 41.º da Convenção).

Mas há um segundo nível de influência de igual importância assinalável: é a influência *mediata* resultante da jurisprudência do próprio Tribunal, isto é, da con-

1900. FREITAS, L., A Ação Executiva..., *cit.*, p. 37, e Mendes, J. de C./Sousa, M. T. de, Manual de Processo..., *cit.*, p. 435.

1901. Nalguma medida, cf. PINTO, R., A Ação Executiva..., *cit.*, p. 129.

1902. Ac. *Burdov c. Rússia*, de 2 de maio de 2007, n.º 35. Cf., a este respeito, WHITE, R. / OVEY, C., JACOBS, WHITE & OVEY, The European Convention..., *cit.*, pp. 259-260, situando o acórdão no «problema endémico de execução contra o Estado na Europa de leste». Aí se menciona igualmente o Ac. *Ryabikh c. Rússia*, de 24 de julho de 2003, no qual o Tribunal aprecia a disposição processual típica dos Estados herdeiros do Direito soviético de se facultar ao procurador-geral a possibilidade de altos oficiais públicos poderem requerer a reabertura de casos em termos muito amplos. Ver também os acórdãos *Süzer et Eksen Holding A.Ş. c. Turquia*, de 23 de outubro de 2012, n.º 116; *Cingilli Holding A.Ş. and Cingillioglu*, de 21 de julho de 2015, n.º 39.

creta interpretação que vai realizando dos textos normativos objeto da sua competência. É jurisprudência que, ora por intermédio do risco de fiscalização por parte do Tribunal, ora da respetiva autoridade jurídica, serve de parâmetro de referência.

O próprio texto constitucional se abre a tal influência. É disso sinal o art. 20.º, n.º 4, parte final, da Constituição, quando prevê o direito a uma decisão *mediante um processo equitativo* – formulação que evoca o conceito chave próprio da Convenção.

Ora, desde uma tal influência, não deixa de se justificar uma dupla reflexão.

Por um lado, a centralidade que o Tribunal confere ao direito de ação executiva, como manifestação, ainda, de um direito ao processo. A ação executiva não é somente um *apêndice* do «verdadeiro processo», mas é plenamente processo, e forma de tutela que enquanto tal carece de ser garantida.

Por outro, e por consequência, a necessidade de a ação executiva, uma vez se tratando de uma vera e própria modalidade de processo, se pautar pelas exigências que se colocam a todo o processo judicial – nomeadamente a exigência de *independência* e de *imparcialidade*. Descendo ao Direito português, tal exigência entra em curto-círcuito com o regime traçado para o agente de execução, cujo estatuto se afigura longe de garantir qualquer «objetividade» no exercício das prerrogativas públicas que lhe são conferidas. Não se vê, com efeito, como possa ser independente aquele que é designado (art. 724.º, n.º 1, al. c), e 720.º, n.º 1, CPC) e que pode ser substituído por uma das partes (art. 720.º, n.º 4, CPC), de quem está, portanto, *dependente* para o concreto exercício de funções; e que mal se encontra sujeito à atividade de fiscalização do juiz<sup>1903</sup>.

Dante destes dados, é com expectativa, afinal, que se aguarda os próximos passos do desenvolvimento do Direito português.

---

1903. Cf. AREIAS, M., «A livre substituição do agente de execução por parte do exequente (e o direito constitucionalmente consagrado a um processo equitativo)», Julgar online (Outubro 2012), disponível em <http://julgar.pt.>, Pinto, R., A Ação Executiva..., *cit.*, p. 102, fundamenta a inconstitucionalidade na violação do princípio da igualdade e, ainda, do processo equitativo, dado conferir ao exequente um conjunto de faculdades de influenciar e controlar a ação executiva sem paralelo com as concedidas ao executado. Mais recentemente, pode confrontar-se, no mesmo sentido da inconstitucionalidade, FREITAS, J. / ALEXANDRE, I., Código de Processo Civil anotado, vol. III, 3.ª, Coimbra, Almedina, 2022, assim como FERNANDEZ, E., «41. Função jurisdicional e tribunal», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), pp. 915-930. Se bem vemos, parecem considerar as suficientes as garantias de independência e imparcialidade em Mendes, J. de C./Sousa, M. T. de, Manual de Processo..., *cit.*, pp. 465-466 (§68.II.3.3-4). É patente a diferença do regime previsto para agentes de execução com aquelloutro, bem mais equilibrado, para uma outra categoria de «auxiliares de justiça», os administradores judiciais. Cf., para o respetivo estatuto, RAMALHO, T., «O Estatuto do Administrador de Insolvência», em LUCCA, N./VASCONCELOS, M. (Coord.), Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas, Estudos Luso-Brasileiros, São Paulo, Quartier Latin (2015), pp. 437-460.



## *Capítulo 28*

# El derecho fundamental de acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos

JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI<sup>1904</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA. 3. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE UN DERECHO CONVENCIONAL. 3.1. *Relación del derecho fundamental de acceso a la justicia con otros derechos convencionales.* 3.2. *Reconocimiento del derecho de acceso a la justicia en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* 4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la justicia es el pilar básico de la protección de los derechos humanos y la Convención Americana sobre derechos humanos (en adelante CADH) lo consagra en los artículos 8 y 25 respectivamente. Al pronunciarse sobre el derecho de acceso a la justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha enfatizado, hasta la fecha, la interrelación entre el derecho a un recurso efectivo –o protección judicial– (artículo 25) y las garantías judiciales del debido proceso legal (artículo 8), avanzando así hacia una concepción del acceso a la justicia *latu sensu*.

En el plano interamericano, es concebido por la CADH en su amplia dimensión, no sólo en cuanto a su carácter «mandatario» desde la adopción de la misma, sino también por extender la legitimidad de cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Esta amplia dimensión del derecho de acceso a la justicia ha tenido el efecto inmediato de ampliar el círculo

---

1904. Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza (Argentina). Profesor de Derecho Internacional Público (Universidad Católica Argentina). Director de la Especialización en Derecho Penal y Co-Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas (Universidad de Mendoza, Argentina).

de personas protegidas, sobre todo en casos en que las presuntas víctimas (detenidos incomunicados, personas desaparecidas, entre otras) se ven imposibilitadas de actuar por cuenta propia, y necesitan la iniciativa de un tercero para hacerlo en su nombre.

Así, el amplio alcance del derecho del acceso a la justicia se acredita *ratione materiae*, mediante la construcción jurisprudencial de la Corte IDH, abarcando no solamente el acceso formal ante un tribunal o juez, sino también las garantías judiciales, al igual que el derecho a la prestación jurisdiccional. Configura, efectivamente, un verdadero «derecho a tener derechos», incluyendo las reparaciones (cuando éstas sean justificadas), y el fiel y pleno cumplimiento o ejecución de la sentencia por el Estado demandado.

A continuación, expondremos someramente el desarrollo jurisprudencial llevado adelante por la Corte IDH en este sentido, a través de diversas sentencias y opiniones consultivas a lo largo de estos años y hasta la actualidad.

## **2. EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA**

Podríamos afirmar que, como sostuvo en reiterados votos el ex presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez, «acceder a la justicia es un hecho, que debe analizarse en tres dimensiones. Las dos primeras suponen un litigio actual, la tercera uno potencial y probable. La primera, que reconoce el problema presente, se refleja en la forma; la segunda, en el fondo. Acceso formal es disponer de la posibilidad real de plantear pretensiones ante una jurisdicción independiente, imparcial y competente para resolver sobre ellas: probarlas, alegar, contender con equilibrio ... acceso material es lo que sigue, es decir, recibir una sentencia justa, por lo tanto, no accede a la justicia quien no recibe una sentencia justa»<sup>1905</sup>.

A partir de esta idea bifronte de acceso a la justicia formal y material, podemos sostener fundadamente que el acceso a la justicia tiene un doble significado, una doble implicancia, son dos caras de la misma moneda y, por lo tanto, es un «derecho complejo».

El estudio sobre acceso a la justicia publicado por el IIDH en el año 2000, coordinado por José Thompson, conjuga la hoy ya clásica definición de Mauro Cappeletti, que entiende como acceso a la justicia «*la posibilidad de toda persona de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos conforme al ordenamiento jurídico y de obtener atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas*», con la posición de que el mejoramiento de la administración de justicia es una forma de realizar el principio de acceso a la justicia<sup>1906</sup>.

1905. Corte IDH, voto razonado del Dr. Sergio García Ramírez en el «Caso López Alvarez vs. Honduras» (del 1 de febrero de 2006).

1906. THOMPSON, J., «Introducción», en IIDH/BID, Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina, San José, Costa Rica (2000), p. 25.

Quien tal vez con mayor profundidad ha desarrollado la noción de acceso a la justicia en los últimos años ha sido, sin lugar a dudas, el ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Augusto Cancado Trindade quien, en referencia a la noción de acceso a la justicia *lato sensu*<sup>1907</sup>, sostuvo que «*no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional... El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia ... podemos aquí visualizar un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico ... que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana»*<sup>1908</sup>.

Y he aquí el gran aporte del entrañable jurista brasileño en lo que hace a la búsqueda de una definición abarcativa del derecho de acceso a la justicia ya que, no solamente separa radicalmente la idea de un acceso a la justicia en un sentido estricto, esto es, la mera posibilidad de acercarse hasta un órgano jurisdiccional instituido por el Estado con el fin de resolver el conflicto planteado entre un ciudadano y otro, o entre éste y el propio Estado, sino que da un paso más adelante y dota de contenido a este «derecho al derecho», sosteniendo que el acceso a la justicia en un sentido amplio será efectivamente el que salvaguarde los derechos fundamentales del hombre, poniendo en cabeza del Estado democrático de Derecho no ya la responsabilidad, sino la obligación de resolver el conflicto planteado respetando ciertas garantías que serán a la postre las constitutivas del núcleo fundamental del derecho.

Por todo ello, y a la luz de las definiciones previamente estudiadas y los conceptos esgrimidos en lo que atañe al derecho estudiado, podemos afirmar que el derecho de acceso a la justicia es un derecho complejo, que incluye, pero no excluye, y que implica la posibilidad real de peticionar ante las autoridades y, al mismo tiempo, una prestación jurisdiccional efectiva, que respete debido proceso y la defensa en juicio.

### 3. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE UN DERECHO CONVENCIONAL

El acceso a la justicia tiene recepción expresa en el sistema interamericano de Derechos Humanos. En primer término, contribuye al mismo el artículo 25 de la CADH. La Corte IDH ha sintetizado su doctrina señalando que «el citado artículo 25 [...] establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales». Ha observado, además, que la garantía allí consagrada

1907. CANÇADO TRINDADE, A., «El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», 37 Revista del IIDH, (2003), pp. 53-83; y «Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», 37 Revista del IIDH, (2003), pp. 13-52.

1908. Voto del Juez Cançado Trindade, caso «López Álvarez», Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, 141, párrs. 51 y 52.

se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención Americana, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo «constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención»<sup>1909</sup>, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. «Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana»<sup>1910</sup>.

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar<sup>1911</sup>. Las obligaciones asumidas por los Estados abarcan diversos espectros, desde la negativa, de no impedir u obstaculizar el acceso a tales garantías, hasta la fundamentalmente positiva, de organizar y desarrollar con eficiencia el aparato institucional público que permita que los justiciables puedan acceder a los mismos. Dentro de este marco, del derecho de acceso a la justicia se desprende una obligación que requiere la acción positiva del Estado de remover las barreras y obstáculos normativos, sociales, culturales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.

Es precisamente el derecho de petición el que permite ejercer una acción – cualquier tipo de acción legal, llámese denuncia, queja, demanda– para poner en movimiento todo el aparato de justicia en espera de una respuesta efectiva, pronta y cumplida. En los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el derecho a la petición se plantea en forma clara como la posibilidad de recurrir ante cualquier institución administrativa del Estado, no sólo ante el Poder Judicial.

1909. Corte IDH, «Caso del Tribunal Constitucional», *supra*, párr. 90; «Caso Bámaca Velásquez», Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191; «Caso Cantoral Benavides», *supra*, párr. 163; «Caso Durand y Ugarte», Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 101; «Caso Villagrán Morales y otros» (Caso de los «Niños de la Calle»), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 234; «Caso Cesti Hurtado», *supra*, párr. 121.

1910. Corte IDH, «Caso del Tribunal Constitucional», *supra*, párr. 89; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 23.

1911. Corte IDH, «Caso Castillo Petrucci y otros», *supra*, párr. 184; «Caso Paniagua Morales y otros», Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie D No. 37, párr. 164; «Caso Blake», Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 102; «Caso Suárez Rosero», Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 65; y «Caso Castillo Páez», Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 82 y 83. *Cfr.* también «Caso La Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros. vs. Guatemala) Sentencia 8 de marzo 1998– Serie C, N.º 37.

Asimismo, al artículo 25 mencionado se suman otras previsiones normativas que contribuyen con la noción de acceso a la justicia, entre las que resalta el artículo 8.1de la CADH.

De los artículos citados se desprenden dos de los pilares básicos del acceso a la justicia según la definición brindada en el punto precedente. En primer lugar, el principio de juez natural, independiente e imparcial consagrado en el artículo 8.1 de la CADH. Otro pilar del acceso a la justicia es la garantía del debido proceso, también consagrada en el artículo citado, y que se expande no sólo en el proceso penal, sino en otras sedes, como por ejemplo la administrativa. Ambos artículos, junto con el 1.1 de la Convención, se aplican en forma conjunta, complementándose recíprocamente, ya que el acceso a la justicia requiere necesariamente la consagración del derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, de las garantías del debido proceso, y de la obligación general de garantía de los derechos protegidos. Tan es así, que la Corte IDH «... el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general de artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al atribuir funciones de protección al Derecho Interno de los Estados Partes»<sup>1912</sup>.

En síntesis, la Corte IDH ha considerado que el Estado está en la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)<sup>1913</sup>, configurándose un verdadero «derecho a tener derechos», incluyendo las reparaciones (cuando éstas sean justificadas), y el fiel y pleno cumplimiento o ejecución de la sentencia por el Estado demandado.

### 3.1. RELACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA CON OTROS DERECHOS CONVENCIONALES

A su vez, el acceso a la justicia se relaciona interactuando con otros diversos derechos convencionales. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha entendido que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento, por lo que es englobado dentro del derecho de acceso a la justicia<sup>1914</sup>.

1912. Corte IDH, «Caso Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros vs. Guatemala) Sentencia 8 de marzo 1998–Sercia C, N.º 37; «Caso Castillo Petruzzi y otros», *supra*, párr. 184.

1913. Corte IDH, «Caso Goiburú y otros», *supra*, párr. 110; «Caso Claude Reyes y otros», Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 127, y «Caso Ximenes Lopes», *supra*, párr. 175.

1914. Corte IDH, «Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile», Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 148.

Si bien ha señalado que el deber de investigar es de medio, no de resultado, sostuvo la Corte que ello no significa que la investigación pueda ser emprendida como «una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa»; debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad<sup>1915</sup>.

Otro de los aspectos fundamentales de la jurisprudencia interamericana es que se ha orientado hacia la exigencia de la ponderación efectiva del acceso a la justicia, dado que «no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. O sea, cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia, según lo dispone el artículo 25 de la Convención»<sup>1916</sup>. Esto surge, particularmente, de la opinión consultiva No. 11, donde la Corte IDH analizó si es exigible el agotamiento de los recursos internos cuando se invocan como obstáculos «los costos económicos o de carencia de asistencia jurídica».

El Tribunal consideró a la afectación del derecho del acceso a la justicia como una violación del derecho a la igualdad, por generar una discriminación a base de «condición social» (artículo 1.1 de la Convención). Así, señaló que «el sentido de la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado [...] a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley». En consecuencia, «el indigente tendrá o no que agotar los recursos internos, según si la ley o las circunstancias se lo permiten [...] si los servicios jurídicos son necesarios por razones legales o de hecho para que un derecho garantizado por la Convención sea reconocido y alguien no puede obtenerlos por razón de su indigencia, estaría exento del requisito del previo agotamiento. Lo mismo es válido si nos referimos a los casos en los cuales hay que pagar alguna suma para realizar los trámites, es decir que, si para un indigente es imposible depositar tal pago, no tendrá que agotar tal procedimiento, a menos que el Estado provea mecanismos distintos»<sup>1917</sup>.

Respecto de la asesoría jurídica, señaló la Corte Interamericana que «hay que entender, por consiguiente, que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta

---

1915. Corte IDH, «Caso Velásquez Rodríguez», *cit.* párr. 177 y «Caso Godínez Cruz», *cit.* párr. 188.

1916. Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párr. 22.

1917. *Ibidem*, párrs. 20 y 30.

es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado [...] Aun en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo»<sup>1918</sup>.

La respuesta, entonces, es sumamente amplia, abarcando las diversas variables reguladoras del debido proceso por los Estados. En un sentido similar, en la opinión consultiva 18, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH consideró que la negativa a prestar un servicio público gratuito de defensa legal a las personas sin recursos implicaba una vulneración del debido proceso y del derecho a la protección judicial efectiva ya que le impide que se hagan valer los derechos en juicio, y, en el caso de personas migrantes indocumentadas, éstas corren riesgo de ser deportadas expulsadas o privadas de su libertad al acudir a las instancias administrativas o judiciales<sup>1919</sup>.

En sentido similar, la Corte IDH, en la causa *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros versus Trinidad y Tobago*, siguiendo la doctrina expuesta en el *obiter dictum* de la opinión consultiva No. 16, se pronunció en torno a que no hay «debido proceso legal» si un justiciable no puede hacer valer sus derechos «en forma efectiva» (es decir, si no tiene verdadero acceso a la justicia), y agregó que, para que en un proceso existan «verdaderas garantías judiciales», se impone la observancia de «todos los requisitos» que sirvan para «asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho»<sup>1920</sup>.

De esta manera, no se consideran satisfactorios ni «efectivos» los recursos que, por las «condiciones generales del país» en cuestión, o incluso por las «circunstancias particulares» de un determinado caso, «resulten ilusorios». O sea, el acceso a la justicia y el ejercicio efectivo del derecho (con la fiel observancia de las garantías judiciales) se encuentran ineluctablemente vinculados.

En resumen, la normativa y jurisprudencia del sistema regional de los derechos humanos postula una concepción del derecho de acceso a la justicia efectiva y amplia, al integrarse con el derecho del debido proceso, al recurso efectivo, y el deber del Estado de garantizar el goce de los derechos fundamentales.

### 3.2. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Una de las sentencias que más claramente define con exhaustividad el alcance del derecho del acceso a la justicia es el *Caso de los Cinco Pensionistas contra Perú*. En

1918. *Ibidem*, párr. 27.

1919. CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, párr. 54.

1920. Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, párrs. 146-147.

dicho precedente, la Corte afirma que «tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configurarse como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, la propia realización de la justicia»<sup>1921</sup>.

Un avance aun mayor ha alcanzado el desarrollo del concepto en el precedente *Goiburu y otros vs. Paraguay*<sup>1922</sup>. En esta sentencia, la Corte Interamericana, señala expresamente que el derecho al acceso a la justicia – el cual se desdobra, a su vez, en el principio de acceso a la justicia – «constituye una norma imperativa del Derecho internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hecho de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo. La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, los Estados Partes de la Convención deben colaborar entre sí en este sentido».

En idéntica inteligencia argumental, el ex juez de la Corte Augusto Cançado Trindade, afirmó, en su voto razonado en el Caso *La Cantuta contra Perú*, que «queda, pues, consolidada en la presente sentencia, la ampliación del contenido material del *ius cogens*, a abarcar el derecho de acceso a la justicia *latu sensu*, sin el cual simplemente no existe el Estado de Derecho»<sup>1923</sup>. En este contexto, el reconocimiento efectuado por la Corte Interamericana en cuanto a que el derecho de acceso a la justicia forma parte integrante del contenido de las normas imperativas internacionales, representa un salto cualitativo en los grados de evolución jurídica de la comunidad humana, y se ve reforzado, de una u otra manera, por la confirmación que de este derecho ha realizado la jurisprudencia comparada e internacional.

En la Opinión Consultiva No. 18, sobre la «Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados»<sup>1924</sup>, la Corte Interamericana advirtió con acierto que «el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real» (párr. 126), lo que, a mi juicio, comprende sin lugar a dudas el acceso mediante un recurso efectivo, todas las garantías del debido proceso legal, hasta el cumplimiento fiel y final de la sentencia. En la misma Opinión Consultiva No. 18, se sostuvo

- 
- 1921. Corte IDH, «Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú». Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
  - 1922. Corte IDH, «Goiburu y otros vs. Paraguay», Sentencia del 22 de setiembre de 2006.
  - 1923. Corte IDH, «Caso La Cantuta Vs. Perú». Voto razonado del Dr. Cancado Trindade en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173.
  - 1924. CIDH, OC-18, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, del 17 de setiembre de 2003.

con lucidez que el principio de la igualdad y no-discriminación integra hoy día el dominio del *ius cogens*<sup>1925</sup>.

En el pluricitado precedente *Furlan* (conocido también por la intervención por primera vez de la figura del Defensor Público interamericano), la Corte IDH resaltó que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un «verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas». Con el propósito de alcanzar esos objetivos, el Alto Tribunal entendió que el proceso debe «reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia», y la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses<sup>1926</sup>.

Finalmente, y como corolario del desarrollo realizado a lo largo de todo el presente capítulo, entiendo que ha quedado debidamente ilustrado el desarrollo que ha alcanzado, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, el derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos. Tan es así que, como ejemplo del desarrollo mencionado, la Corte Interamericana, haciendo suyos los argumentos esgrimidos en reiteradas oportunidades precedentes por el Dr. Cancado Trindade, sostuvo que «... El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias ...»<sup>1927</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Como puede observarse con meridiana claridad, la Corte Interamericana ha esgrimido a lo largo de sus precedentes jurisprudenciales, una clara división del contenido y alcance del derecho del acceso a la justicia, sosteniendo que, por una parte, el derecho del acceso a la justicia consiste en tener la posibilidad cierta de «acceder a la justicia o derecho a un juez», y, por otra parte, esta doble dimensión implica tener derecho a obtener justicia, o más llanamente, tener «derecho al derecho».

Este último aspecto de la doble dimensión del derecho se observa definitivamente en el precedente *Genie Lacayo*. En dicha sentencia, el tribunal interamericano destaca la obligación del Estado, respecto de individuos, grupos y pueblos, de poner todos los medios a su alcance para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y, como consecuencia de esta obligación, debe procurar además el restablecimiento del derecho conculado y, en su caso, subsanar la demora objeto de la violación señalada<sup>1928</sup>.

1925. *Ibidem*, párrs. 111-127.

1926. Corte IDH, «Caso Furlan vs. Argentina», rta. 31 de agosto de 2012).

1927. Corte IDH, «Caso Goiburú y Otros vs. Paraguay», *cit.*, párr. 131.

1928. Corte IDH, «Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua». Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C No. 45.

Y he aquí de qué modo el máximo tribunal en materia de derechos humanos del continente desarrolla el verdadero contenido y alcance del derecho del acceso a la justicia no ya como dependiente de otros derechos, sino como un verdadero derecho autónomo, que implica la posibilidad de acceder a un ordenamiento jurídico a niveles tanto nacionales como internacionales, y que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana, asegurando así un acceso cada vez más universal, de individuos, grupos y pueblos a la justicia.

Concluyendo, entiendo que este trabajo refleja clara, sistemática y sucintamente el desarrollo que ha tenido la noción, el concepto y el contenido del derecho fundamental de acceso a la justicia a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, partiendo de aquella idea del maestro italiano Mauro Cappelletti –quien ya en 1983 sostenía que el acceso a la justicia era el «principal derecho» y que «su efectivo desarrollo ha sido progresivamente aceptado como un derecho básico de la sociedad moderna...»– hasta el reconocimiento expreso como derecho humano fundamental por el tribunal cimero interamericano.

## *Capítulo 29*

# A tutela da vida privada e familiar, domicílio e correspondência à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: o âmbito dilatado e polimórfico do artigo 8.º da Convenção de Roma

SUSANA ALMEIDA<sup>1929</sup>

**SUMÁRIO:** 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA PRIVADA E FAMILIAR. 2. SOBRE A ESTRUTURA, INTERPRETAÇÃO E METODOLOGIA DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 8.º. 3. O RESPEITO PELA «VIDA PRIVADA»: DA DIMENSÃO INTERNA E ESTÁTICA À DIMENSÃO EXTERNA E DINÂMICA. 4. O RESPEITO PELA «VIDA FAMILIAR»: DA DILATAÇÃO À DILUIÇÃO DO CONCEITO. 5. O RESPEITO PELO «DOMICÍLIO»: UM CONCEITO AMPLO ALINHADO COM A VERSÃO FRANCESA DO PRECEITO («DOMICILIE»). 6. O RESPEITO PELA «CORRESPONDÊNCIA»: O ENFOQUE NO CONTROLO DA LEGALIDADE E NO JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

### **1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA PRIVADA E FAMILIAR**

O direito ao respeito pela vida privada e familiar, domicílio e correspondência, protegido por outros instrumentos de proclamação solene de direitos humanos de

1929. Professora Coordenadora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria (Portugal). Coordenadora e Investigadora do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense (IJP/IPLeiria). Formadora da Ordem dos Advogados sobre Tramitação Processual no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Doutora em Direito Privado (2011) pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Mestre em Ciências Jurídico-Civílicas (2007) e Licenciada em Direito (2000) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: susana.almeida@ipleiria.pt

índole universal, regional ou nacional<sup>1930</sup>, apresenta assento convencional no art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e tem como objetivo essencial impedir a ingerência arbitrária das autoridades públicas na esfera pessoal e familiar do indivíduo<sup>1931</sup>. Com tal fito, o art. 8.º apresenta a seguinte redação<sup>1932</sup>:

*«1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*

*2. Não haverá ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, salvo na medida em que tal ingerência estiver prevista na lei e constituir uma medida que, numa sociedade democrática, seja necessária à segurança nacional, à segurança pública, ao bem-estar económico do país, à defesa da ordem e à prevenção das infrações penais, à proteção da saúde ou da moral, ou à proteção dos direitos e das liberdades de terceiros».*

Os distintos, mas próximos e, muitas vezes, indissociáveis, conceitos de «vida privada», «vida familiar», «domicílio» e «correspondência» que coabitam no art. 8.º apresentam uma natureza contingente e o seu conteúdo é densificado por uma realidade sociocultural temporal e geograficamente mutável que não se presta a contornos precisos e estanques. Os redatores do texto originário da Convenção de Roma de 1950 procuraram, pois, com a indeterminação destes conceitos, conferir ao art. 8.º uma «plasticidade suficiente»<sup>1933</sup>, de modo a permitir que este preceito se invoque para proteção das mais variadas realidades emergentes na sociedade. Aproveitando esta indeterminação conceitual e procurando conferir efetividade à Convenção, que deve ser perspetivada como um instrumento vivo que deve ser interpretado e aplicado à luz das conceções atualmente existentes no espaço

- 
1930. O direito ao respeito pela vida privada e familiar é protegido, desde logo, pelo art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), pelo art. 17.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), pelo art. 11.º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH), pelo art. 18.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, pelo art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e, no ordenamento jurídico luso, pelo art. 26.º da Constituição da República Portuguesa.
1931. *Cfr., inter alia*, Acórdãos Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 31; Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, de 28 de maio, § 67; Kroon e outros c. Países Baixos, de 27 de outubro de 1994, § 31. Todos os acórdãos citados no presente trabalho poderão ser consultados em <https://hudoc.echr.coe.int>.
1932. Os trabalhos preparatórios mostram que a redação deste preceito se inspirou no art. 12.º da DUDH, muito embora este dispositivo faça referência a «ingerências arbitrárias», uma fórmula um pouco mais precisa, e, por outro lado, proíba «ataques à sua honra ou à sua reputação, o que, segundo a doutrina dos órgãos convencionais, poderá deduzir-se igualmente da interpretação do art. 8.º, n.º 1. Sobre os trabalhos preparatórios de redação do art. 8.º», ver FAWCETT, J. E. S., *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 211; RUSSO, C., «Article 8 § 1», in *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, PETTITI, DECAUX, IMBERT (ed.), Paris, Economica (1999), pp. 305-306.
1933. Como assinala COUSSIRAT-COUSTERE, V., «La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'Homme», in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, DEKEUWER-DEFOSSEZ, (avant-propos) / M.-T. MEULDERS-KLEIN, (rapport de synthèse), Paris, L. G. D. J. (1996), p. 46 (pp. 45-74).

europeu<sup>1934</sup>, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) vai apresentando definições «casuísticas» destas dimensões da autonomia pessoal do indivíduo e realizando uma adaptação do texto de 1950 à alteração dos padrões sociais e à evolução dos costumes e da tecnologia protagonizadas pelas hodiernas sociedades em constante mutação. Assim, desde 1950, temos assistido ao desenvolvimento de uma *interpretação evolutiva ou dinâmica* do art. 8.º e, por conseguinte, do direito ao respeito pela vida privada e familiar, auscultadora, como escreve Ireneu Cabral Barreto, do «pulsar da sociedade europeia»<sup>1935</sup>, que vai dilatando pretorianamente o âmbito de aplicação do preceito e colocando debaixo do escudo protetor da Convenção realidades outrora não abrangidas, tais como a proteção de modos de vida tradicionais de minorias<sup>1936</sup>, a família integrada por um transsexual<sup>1937</sup> ou o ambiente<sup>1938</sup>.

Este dinamismo interpretativo realiza-se, nomeadamente, mediante a ampliação do âmbito de aplicação do art. 8.º até ao ponto de proteger indiretamente direitos não reconhecidos expressamente «como tais» na CEDH e que passam a gozar de uma *proteção indireta*, «de rebote» ou «par ricochet», que, como assinala P. B. Fernández Sánchez, «permite proteger um direito não previsto através de outro que está previsto»<sup>1939</sup>. Tal é o caso, por exemplo, do direito do migrante a não ser expulso do território de um Estado de que não é nacional, quando tal expulsão represente uma violação da sua vida privada e familiar<sup>1940</sup>, ou o direito ao meio ambiente, quando odores, ruídos ou gases impeçam o devido gozo da vida privada e familiar ou domicílio do indivíduo<sup>1941</sup>.

Outro instrumento hermenêutico que tem conduzido à dilatação do manto protetor do art. 8.º tem sido a doutrina das *obrigações positivas*. Além das tradicionais obrigações negativas, traduzidas no dever do Estado-membro de se abster de

1934. Cfr., *inter alia*, Acórdãos Tyrer c. Reino Unido, de 25 de abril de 1978, § 31; Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 41; Rees c. Reino Unido, de 17 de outubro de 1986, § 47; Johnston e outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, § 53; Christine Goodwin c. Reino Unido, de 11 de julho de 2002, § 75; X. e outros c. Áustria, de 19 de fevereiro de 2013, § 139; Kotov e outros c. Rússia, de 11 de outubro de 2022, § 8.

1935. Cfr. CABRAL BARRETO, I., «A jurisprudência do novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», in Sub Judice – Direitos Humanos no Tribunal Europeu, n.º 28, abril/setembro, (2004), p. 10 (pp. 9-32).

1936. Cfr. Ac. Chapman c. Reino Unido, de 18 de janeiro de 2001.

1937. Cfr. Ac. X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997.

1938. Cfr. Ac. López Ostra c. Espanha, de 9 de dezembro de 1994.

1939. Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «El alcance de las obligaciones (Art. 1 CEDH)», in GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2005), p. 56 (pp. 49-65).

1940. Ver, *inter alia*, ALMEIDA, S., Família a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Lisboa, Juruá Editorial, 2016, pp. 435 e ss.; GIL, A. R., Imigração e Direitos Humanos, Lisboa, Petrony, 2017, pp. 311 e ss.

1941. Ver ALMEIDA, S., «Protecção indirecta dos «direitos humanos ambientais» na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», in Temas de Direito do Ambiente. Cadernos O Direito, n.º 6, Coimbra, Almedina, (2011), pp. 309 e ss. (305-336).

interferir no gozo do direito reconhecido, o TEDH, para assegurar a efetividade dos direitos consagrados, tem deduzido da redação «negativa» do art. 8.<sup>º</sup> as designadas obrigações positivas – substantivas (*v.g.*, criação de legislação que preveja o reconhecimento jurídico da nova identidade sexual do sujeito submetido a cirurgia de reconversão sexual) ou processuais (*v.g.*, obrigação de envolver o progenitor no processo decisório atinente à criança ou jovem, por exemplo, num processo de promoção e proteção) – de carácter ativo que se consubstanciam no dever que incumbe aos Estados-contratantes de «adotar medidas razoáveis e adequadas para proteger os direitos» convencionais<sup>1942</sup>. Assim, por exemplo, tratando-se do direito ao respeito pela vida privada, o Estado-membro não deve somente inibir-se de revelar ou vigiar atividades que o indivíduo quer manter reservadas, mas também permitir ou promover o desenvolvimento de relações interpessoais entre os indivíduos<sup>1943</sup>.

Em estreita conexão com as obrigações positivas e para assegurar a efetividade deste direito, o TEDH conferiu a este dispositivo um *efeito horizontal*, pelo que a proibição de ingerências e a necessidade de adoção de medidas para garantir a proteção da vida privada e familiar estende-se igualmente a outras pessoas singulares ou coletivas e não apenas às autoridades nacionais<sup>1944</sup>.

Mas toda esta construção jurisprudencial do conceito resulta e é legitimada pela evolução convergente e consensual dos direitos internos da maioria dos Estados-membros, na medida em que, se não se verifica um *consensus communis* sobre a temática *sub judice*, o TEDH concede uma ampla *margem de apreciação* aos Estados e, em consonância, recusa realizar a interpretação evolutiva favorecedora da proteção dos direitos humanos. Ao invés, a identificação de um «consenso europeu» reduzirá a margem de discricionariedade das autoridades nacionais, pelo que o grau de escrutínio do TEDH será mais rigoroso e, consequentemente, este órgão tenderá a realizar a interpretação dinâmica ou consensual, mais favorável à proteção dos direitos humanos<sup>1945</sup>. Assim, o Tribunal de Estrasburgo tem entendido que existe

- 
1942. *Cfr.* Ac. López Ostra c. Espanha, de 9 de dezembro de 1994, § 51. Para um estudo mais detalhado sobre o tema das obrigações positivas na jurisprudência do TEDH, ver, *inter alia*, MOWBRAY, A., *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004; SPIELMANN, D., «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la convention», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, SUDRE, F. (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant (1998), pp. 133-151 (133-174); STARMER, K., «Positive obligations under the Convention», in *Understanding Human Rights Principles*, JOWELL, J. y COOPER, J. (ed.), Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing (2001), pp. 139-159; SUDRE, F., «Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme», in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelles, 6ème année, n.º 23, (Juill. 1995), pp. 363-384.
1943. HARRIS, D., O'BOYLE, M., WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, USA, Oxford University Press, 2009, p. 362.
1944. *Cfr.* Ac. X. e Y. c. Países Baixos, de 26 de março de 1985, § 23.
1945. *Cfr.* RIGAUX, F., «Interprétation consensuelle et interprétation évolutive», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, SUDRE, F. (dir.), Bruxelles, Nemesis,

uma conceção europeia uniforme sobre matérias, como a igualdade de tratamento entre filhos nascidos dentro ou fora do matrimónio<sup>1946</sup>, a confidencialidade de dados médicos<sup>1947</sup> ou o reconhecimento legal e proteção de relações de facto entre pessoas do mesmo sexo<sup>1948</sup>. Esta uniformidade não se verifica, no entender do Tribunal, em matérias, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>1949</sup> ou a gestação de substituição<sup>1950</sup>, onde é manifesta a «latitude de deferência ou de erro»<sup>1951</sup> consentida às autoridades nacionais dos Estados-membros.

Como decorre, é deste permanente diálogo com as jurisdições domésticas e respeitando as diferenças socioculturais e jurídicas nacionais que o Tribunal de Estrasburgo vai construindo – num movimento de ativismo judicial favorecedor da salvaguarda e do desenvolvimento do direito ao respeito pela vida privada e familiar e mais exigente no escrutínio da atuação dos Estados-membros, por um lado, e de autocontenção judicial favorecedora da discricionariedade dos Estados-membros e mais restritiva na proteção deste direito, por outro lado – um «direito ao respeito pela vida privada e familiar» dilatado, nebuloso e polimórfico, que amplia sobremaneira o âmbito de aplicação do art. 8.º e, assim, garante a vitalidade e efetividade deste dispositivo convencional, além de traduzir os valores socioculturais partilhados deste «club de democracias», mas que conduz, por vezes, a uma diluição da especificidade dos conceitos que nele coabitam, mormente do conceito de «vida familiar»<sup>1952</sup>.

---

Braylant, (1998), pp. 41-62; SUDRE, F., «Rapport Introductif – La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, SUDRE, F. (dir.), Bruxelles, Nemesis, Braylant (2002), p. 16 (pp. 11-54). Ver também Ac. Rasmussen c. Dinamarca, de 28 de novembro 1984, § 40.

1946. *Cfr.* Acórdãos Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 41; Mazurek c. França, de 1 de fevereiro de 2000, § 52.

1947. *Cfr.* Ac. Z. c. Finlândia, de 25 de fevereiro de 1997, § 75.

1948. *Cfr.* Ac. Fedotova e outros c. Rússia, de 17 de janeiro, de 2023, § 178.

1949. *Cfr.* Acórdãos Schalk e Kopf c. Áustria, de 24 de junho de 2010, §§ 43 e 58; Hämäläinen c. Finlândia, de 16 de julho de 2014, § 74.

1950. *Cfr.* Acórdãos S. H. e outros c. Áustria, de 3 de novembro de 2011, §§ 94-97; Mennesson c. França, de 26 de junho de 2014, §§ 78-79.

1951. Usando a expressão de Howard Charles Yourow ao definir o conceito de margem de apreciação. *Cfr.* YOUROW, H., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 13.

1952. Como bem ressalta SUDRE, F., «Rapport Introductif – La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», *op. cit.*, pp. 26 e ss. Referindo igualmente que a osmose entre o conceito de «vida privada» e «vida familiar» conduz a uma noção confusa de família e a uma «desconstrução» progressiva do Direito de Família, ver MEULDERS-KLEIN, M.-T., *La personne, la famille et le droit: trois décennies de mutations en occident*, Bruxelles, Braylant, Paris, L. G. D. J. (1999), pp. 495-525.

## 2. SOBRE A ESTRUTURA, INTERPRETAÇÃO E METODOLOGIA DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 8.º

O art. 8.º apresenta uma estrutura dualista, comum aos designados direitos condicionais da Convenção<sup>1953</sup>: o n.º 1 consagra o direito merecedor de tutela – o direito ao respeito pela vida privada e familiar, correspondência e domicílio – e o n.º 2 prevê as razões justificativas da ingerência das autoridades nacionais, sob as quais estas autoridades poderão, portanto, legitimamente limitar o direito protegido. Assim, poderemos afirmar que o direito ao respeito pela vida privada e familiar, consagrado no primeiro segmento do preceito, beneficia apenas de uma proteção relativa, na medida em que admite, por um lado, a derrogação numa situação de estado de necessidade, ao abrigo do disposto no art. 15.º da CEDH e, por outro lado, pode ser limitado, à luz do disposto no segundo segmento do mesmo dispositivo.

Sobre a interpretação do art. 8.º, poderemos asseverar que tem sido exatamente no âmbito do n.º 1 que o descrito dinamismo interpretativo do TEDH tem tido as expressões mais criativas.

No n.º 2 do dispositivo, encontramos, como já escrevemos noutra sede, «a dialéctica entre o interesse do indivíduo e o interesse geral, sendo justamente neste domínio que o Tribunal tem sido particularmente deferente para com os Estados contratantes, uma vez que lhes concede, na ausência de consenso dos sistemas jurídicos internos dos Estados contratantes, ampla margem para apreciar a necessidade das medidas de limitação do direito garantido e, por conseguinte, se revela mais comedido na tutela daquele direito»<sup>1954</sup>.

No que concerne à metodologia de aplicação do art. 8.º pelo Tribunal de Estrasburgo, poderemos referir que o teste de convencionalidade passa por três fases. Vejamos.

Em primeiro lugar, o Tribunal averigua se os contornos fácticos contidos na queixa se subsumem numa das quatro dimensões tuteladas pelo preceito, nomeadamente «vida privada», «vida familiar» real e efetiva, «domicílio» ou «correspondência». Assinale-se que estas áreas não se excluem mutuamente e poderá verificar-se uma ingerência ou omissão que interfira simultaneamente com múltiplas esferas<sup>1955</sup>. Por outro lado, não é necessária uma delimitação nítida entre a vida privada, a vida familiar, o domicílio e correspondência<sup>1956</sup> e encontramos, não raras

1953. O art. 8.º pertence à categoria de direitos condicionais, isto é, os direitos que permitem limitações e derrogações, pelo que gozam apenas de uma proteção relativa, como é igualmente o caso dos arts. 9.º, 10.º e 11.º da CEDH.

1954. Cfr. ALMEIDA, S., *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 65.

1955. Ver, por exemplo, Z. c. Finlândia, de 25 de fevereiro de 1997. Neste sentido, ver, inter alia, ROAGNA, I., *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2012, p. 10.

1956. Ver ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Derecho al respeto de la vida privada y familiar», in *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Lasagabaster Herrarte,

vezes, a referência ao conceito amplo de «vida privada e familiar» para conceder tutela, sob o amparo do art. 8.º, ao direito a viver num ambiente saudável<sup>1957</sup>, ao direito à proteção de dados pessoais referentes à saúde<sup>1958</sup>, ao direito à proteção de modos de vida tradicionais de minorias étnicas<sup>1959</sup>, ao direito à identidade pessoal<sup>1960</sup>, ao direito à historicidade pessoal<sup>1961</sup>, ao direito a recuperar o corpo morto

I. (dir.), Madrid, Aranzadi Civitas, (2004), p. 256 (254-327). Por exemplo, no Ac. Klass c. Alemanha, de 22 de setembro de 1993, § 41, o Tribunal considerou que a interceção das comunicações constituía uma interferência na vida privada, familiar e correspondência.

1957. Para ilustrar esta inovadora jurisprudência «verde» assinalem-se os Acórdãos López Ostra c. Espanha, de 9 de dezembro de 1994, § 29, referente a odores provenientes de uma instalação de tratamento de águas e resíduos químicos; Guerra e outros c. Itália, de 19 de fevereiro de 1998, § 57, sobre emissões tóxicas oriundas de uma unidade fabril e la falta de informação sobre os riscos; Hatton e outros c. Reino Unido (n.º 1), de 2 de outubro de 2001, § 107, concernente a emissões excessivas de ruído provenientes de aeroportos; Moreno Gómez c. Espanha, de 16 de novembro de 2004, R04-X, e Martínez Martínez c. Espanha, de 18 de outubro de 2011, sobre ruído vizinho. Para mais desenvolvimentos sobre estes arrestos, *inter alia*, ALMEIDA, S., «Protecção indirecta dos "direitos humanos ambientais" ...», *op. cit.*; COUNCIL OF EUROPE, Manual on Human Rights and the Environment. Principles emerging from the case-law of the European Court of Human Rights, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2006; MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L., «La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», in Anuario Jurídico de La Rioja, n.º 10, (2005), pp. 11-34.
1958. Cfr. Ac. Z. c. Finlândia, de 25 de fevereiro de 1997. O Tribunal considerou, neste caso, que a comunicação de informações sobre a infecção com HIV de uma pessoa pode causar efeitos desastrosos na sua vida privada e familiar (§ 95).
1959. Cfr. Ac. Chapman c. Reino Unido, de 18 de janeiro de 2001, R01-I. *In casu*, uma família cigana quis deixar a vida nómada, tendo, para o efeito, comprado um prédio rústico, onde estacionou a sua carrinha. Acontece que o referido prédio se situava numa zona verde, pelo que teve de ser abandonado pela família. Ponderado o conflito entre o direito de proteção ambiental e o direito de levar um estilo de vida tradicional, alegado pela família cigana ao abrigo do art. 8.º, e tendo em conta a margem de apreciação do Estado Britânico, o Tribunal considerou não haver violação daquele dispositivo. Ver também Ac. Lee c. Reino Unido, de 18 de janeiro de 2001. Sobre a doutrina emergente destes acórdãos, ver FERRER LLORET, J., «Desarrollos recientes en la protección internacional de las minorías nacionales por el Consejo de Europa», in Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho Internacional y Europeo, FERRER LLORET, J y SANZ CABALLERO, S (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch (2008), pp. 218 e ss.; LARRALDE, J., «La Convention Européenne des droits de l'homme et la protection des groupes particuliers», in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 14ème année, n.º 56, 1er Octobre, (2003), pp. 1247-1274.
1960. Apesar de o art. 8.º não fazer qualquer referência explícita a nomes, entende o Tribunal que, enquanto meio de identificação pessoal e de ligação a uma família, o nome de uma pessoa respeita à sua vida privada e familiar, embora reconheça que possam existir interesses públicos que justifiquem a regulamentação do uso dos nomes. Cfr. Acórdão Burghatz c. Suíça, de 22 de fevereiro de 1994, § 24; Stjerna c. Finlândia, de 25 de novembro de 1994, § 37; Guillot c. França, de 24 de outubro de 1996, § 21; Ünal Tekeli c. Turquia, de 16 de novembro de 2004, § 42.
1961. Cfr. Ac. Gaskin c. Reino Unido, de 7 de julho de 1989, § 49. Este acórdão incidiu sobre a recusa de acesso a dados pessoais de uma pessoa que, na infância, estivera a cargo de uma instituição de segurança social.

de uma filha<sup>1962</sup>, ao direito ao respeito da decisão de ser pai genético<sup>1963</sup>, ou, com grande expressão, ao direito do imigrante de segunda geração a não ser expulso do Estado-membro<sup>1964</sup>, entre outros. Refira-se ainda que cabe ao requerente identificar o direito alegadamente violado e demonstrar que os factos enunciados estão abrangidos pelo manto protetor do art. 8.<sup>o</sup><sup>1965</sup>.

Num segundo momento, e uma vez enquadrada a relação na noção de «vida privada», «vida familiar», «domicílio» ou «correspondência», o Tribunal procura determinar se ocorreu uma ingerência dos poderes públicos – violação de uma *obrigação negativa* – ou se aqueles não cumpriram a *obrigação positiva* de assegurar o respeito efetivo pela vida privada, familiar, domicílio ou correspondência.

Por último, concluindo o Tribunal pela ingerência ou pela omissão, irá apurar se esta atuação se encontra justificada ao abrigo do n.º 2 do art. 8.<sup>o</sup>, ou seja, se estava prevista na lei (a ingerência deve ter um fundamento legal no foro doméstico), se era necessária numa sociedade democrática, isto é, se era proporcional e, bem assim, se prosseguia um *fim legítimo*, mormente a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção de infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Para determinar se a ingerência é necessária numa sociedade democrática, o Tribunal terá em conta a margem de apreciação que deve reconhecer-se aos Estados contratantes e que permite refrear o ativismo judicial deste órgão<sup>1966</sup>. Deve existir uma necessidade social imperiosa para o estabelecimento de tal restrição do direito.

- 
1962. Cfr. Ac. Pannullo e Forte c. França, de 30 de outubro de 2001, R01-X. Foi entendido, neste caso, que a detenção de um cadáver no Instituto de Medina Legal, para além do tempo razoavelmente exigido pelas necessidades da investigação, traduz-se numa perturbação do equilíbrio entre o direito dos requerentes ao respeito da sua vida privada e familiar e as finalidades da investigação, violando, portanto, o art. 8.<sup>o</sup> da Convenção.
1963. Cfr. Ac. Dickson c. Reino Unido, 4 de dezembro de 2007 (Tribunal Pleno), § 66, concernente à recusa das autoridades nacionais em permitir o acesso a técnicas de procriação medianamente assistida aos requerentes, recluso e esposa.
1964. Cfr., *inter alia*, Acórdãos Bouchelkia c. França, de 29 de janeiro de 1997; El Boujaïdi c. França, de 26 de setembro de 1997; Boujlifa c. França, de 21 de outubro de 1997; Ezzouhdi c. França, de 13 de fevereiro de 2001.
1965. Por exemplo, no Ac. Gaskin c. Reino Unido, de 07 de julho de 1989, o requerente conseguiu convencer Tribunal de que o seu interesse em aceder a informações de uma autoridade pública sobre a sua institucionalização numa instituição de acolhimento respeitava à sua vida privada e familiar e não a um interesse geral de acesso à informação, que previsivelmente não seria abrangido pelo âmbito de aplicação do art. 8.<sup>o</sup>.
1966. Cfr., *inter alia*, Acórdãos Olsson c. Suécia (n.º 1), de 24 de março de 1988, § 67; Kuimov c. Rússia, de 8 de janeiro de 2009, § 96. Para mais desenvolvimentos sobre os particulares métodos interpretativos deste órgão convencional e sobre a dialética entre o ativismo e a autocontenção judicial deste órgão, ver, *inter alia*, GARCÍA ROCA, J., El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Pamplona, Aranzadi Civitas, 2010; SUDRE, F (dir.), L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998; YOUROW, H., The margin..., *op. cit.*, 1996.

Assinale-se que, num grande número de casos, o Tribunal concentra-se sobretudo no exame do teste da proporcionalidade, para aferir a convencionalidade da atuação ou da inércia das autoridades nacionais.

Refira-se, por fim, que os interesses salvaguardados pelo art. 8.º podem merecer igualmente tutela de outros preceitos interrelacionados ou colidir com os interesses protegidos por outros dispositivos, tais como o art. 3.º, que proíbe a tortura e o tratamento desumano e degradante, o art. 6.º, que garante o direito a um processo equitativo, o art. 10.º, que consagra o direito à liberdade de expressão, o art. 14.º, que contém uma cláusula de não discriminação, ou o art. 1.º do Protocolo n.º 1, que concede proteção da propriedade e, por conseguinte, pode verificar-se aplicação conjunta, correlacionada ou excludente de outros preceitos. Assim, por exemplo, a proteção da vida privada poderá implicar a limitação à liberdade de expressão dos meios de comunicação social tutelada pelo art. 10.<sup>o</sup><sup>1967</sup> e, ao invés, a proteção da liberdade de expressão poderá sobrepor-se ao amparo da vida privada e familiar<sup>1968</sup>.

Nas linhas que se seguem procuraremos descrever o processo de densificação e construção pretoriana dos conceitos de «vida privada», «vida familiar», «correspondência» e «domicílio» realizado pelo Tribunal de Estrasburgo, pelo que, considerando a dimensão do presente trabalho, não desenvolveremos o tema das obrigações positivas ou da justificação da ingerência ao abrigo do n.º 2 do preceito.

### 3. O RESPEITO PELA «VIDA PRIVADA»: DA DIMENSÃO INTERNA E ESTÁTICA À DIMENSÃO EXTERNA E DINÂMICA

O Tribunal de Estrasburgo nunca apresentou uma definição clara e precisa do que entende por «vida privada». Esta instância tem reiterado que o conceito de «vida privada» é um conceito amplo que não se presta a uma definição exaustiva<sup>1969</sup> e vai apresentando uma definição casuística que permite, como vimos, a adaptação do preceito aos desafios constantes erigidos pelas mutações socioculturais e tecnológicas a que vamos assistindo<sup>1970</sup>. Sem embargo, o TEDH tem apresentado alguns elementos orientadores no preenchimento do conceito.

No *Ac. Niemietz c. Alemanha, de 16 de dezembro de 1992*, este Tribunal ressaltou que o conceito de «vida privada» não pode limitar-se a um «círculo íntimo», no qual o indivíduo pode viver a sua vida pessoal como entender e dele excluir inteiramente o mundo exterior não abrangido por esse círculo, mas «deve igualmente incluir, em certa medida, o

1967. Ver, *v. g.*, *Ac. Von Hannover c. Alemanha, de 24 de junho de 2004*.

1968. Ver, *v. g.*, *Ac. Flinkkilä e outros c. Finlândia, de 6 de abril de 2010*.

Sobre a relação entre o art. 8.º e outros dispositivos da Convenção ou dos seus Protocolos, ver, por exemplo, COUNCIL OF EUROPE, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, 2022, disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_8\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf), pp. 14 e ss.

1969. *Cfr., inter alia*, *Acórdãos Costello-Roberts c. Reino Unido, de 25 de março de 1993, § 36; Peck c. Reino Unido, de 28 de janeiro de 2003, § 57*.

1970. Como assinala ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Derecho al respeto...», *op. cit.*, pp. 260 e 261.

direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos» (§ 29). Assim, o conceito de «vida privada» tutelado pelo art. 8.º excede os restritos contornos do modelo norte-americano de *privacy* e, portanto, não se limita à proteção da esfera de intimidade do indivíduo, numa dimensão interna e estática, estendendo-se ao desenvolvimento, sem ingerências externas, da personalidade do indivíduo nas relações que trava com os demais seres humanos, numa dimensão externa e dinâmica<sup>1971</sup>. Ao direito à proteção da «vida privada pessoal» junta-se o direito à proteção da «vida privada social»<sup>1972</sup>.

Como sintetizou o TEDH no *Ac. S. e Marper c. Reino Unido, de 4 de dezembro de 2008* (§ 66), o conceito de «vida privada» abrange a integridade física e psicológica de uma pessoa<sup>1973</sup>, compreende múltiplos aspectos da sua identidade física e social<sup>1974</sup> e, por conseguinte, elementos como a identidade de género, o nome, a orientação e a vida sexual caem na esfera protegida pelo art. 8.<sup>º</sup><sup>1975</sup>, acrescentando ainda este tribunal que informações sobre a saúde de uma pessoa<sup>1976</sup> ou a sua identidade étnica constituem um importante elemento da vida privada<sup>1977</sup>, além de a sua imagem também caber no âmbito do conceito<sup>1978</sup>. Este direito pode abranger ainda «atividades de natureza profissional ou comercial»<sup>1979</sup> e não se restringe ao âmbito íntimo ou doméstico, podendo abranger comportamentos realizados publicamente ou em lugares públicos<sup>1980</sup>.

Atentemos agora, sem quaisquer pretensões de exaustão do tema, na tutela das várias refrações da «vida privada» pelo Tribunal de Estrasburgo.

A noção de vida privada inclui a *integridade física, psicológica e moral* da pessoa<sup>1981</sup>. Neste particular, o TEDH tem enfatizado que o corpo de uma pessoa corresponde

- 
1971. Neste sentido, ver, entre muitos outros, ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Derecho al respeto...», *op. cit.*, pp. 260 e 261; HARRIS, D., O'BOYLE, M., WARBRICK, C., Law of the European Convention..., *op. cit.*, pp. 364 e 365; SUDRE, F., «Rapport Introductif – La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie privée», in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, SUDRE, F., (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, (2005), pp. 11 e ss (pp. 11-33).
1972. Como expressivamente refere MARGUÉNAUD, J., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2002, p. 60.
1973. *Cfr. Ac. Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002*, § 61, respeitante à temática da eutanásia.
1974. *Cfr. Ac. Mikulić c. Croácia, de 7 de fevereiro de 2002*, § 53, referente ao direito à identidade pessoal e ao conhecimento das origens.
1975. *Cfr., v. g., Acórdãos Burghartz c. Suíça, de 22 de fevereiro de 1994*, § 24, atinente à adoção de apelido; Sousa Goucha c. Portugal, de 22 de março de 2016, § 27, sobre identidade de género e orientação sexual enquanto elementos fundamentais do direito à identidade.
1976. *Cfr. Ac. Z. c. Finlândia, de 25 de fevereiro de 1997*, § 71.
1977. *Cfr. Ac. S. e Marper c. Reino Unido, de 4 de dezembro de 2008*, § 66, concernente a conservação de impressões digitais e de informações sobre o ADN nos casos em que o arguido num processo penal é absolvido ou ilibado.
1978. *Cfr. Ac. Sciacca c. Itália, de 11 de janeiro de 2005*, § 29, sobre a publicação pela imprensa de uma fotografia de uma pessoa em prisão domiciliária.
1979. *Cfr. Ac. Peck c. Reino Unido, de 28 de janeiro de 2003*, § 57.
1980. *Cfr. Ac. P. G. and J. H. c. Reino Unido, de 25 de setembro de 2001*, §§ 56 e 57.
1981. Como asseverou o TEDH no *Ac. X. e Y. c. Países Baixos, de 26 de março de 1985*, § 22, respeitante a uma lacuna da lei penal sindicada que impediu a perseguição penal de um suspeito de uma agressão sexual a uma jovem de 16 anos com deficiência mental.

ao aspetto mais íntimo da sua vida privada<sup>1982</sup>. O Juiz de Estrasburgo tem deduzido do art. 8.º obrigações positivas – isoladamente ou em conjugação com o art. 3.º – no sentido de criar um quadro legal que conceda proteção contra atos de violência por parte de particulares<sup>1983</sup>.

No que tange a atos médicos, o Tribunal tem ressaltado que o tratamento ou exame médicos não consentidos ou compulsórios, independentemente do seu grau de importância, encontram-se abrangidos pelo âmbito de proteção do art. 8.º, ainda que possam ser conformes à Convenção ao abrigo do n.º 2<sup>1984</sup>. Têm sido colocados sob a apreciação deste órgão convencional, à luz deste preceito, casos sobre vacinação obrigatória<sup>1985</sup>, administração de tratamento<sup>1986</sup> ou realização de exames sem consentimento dos pais<sup>1987</sup>, a realização de exames num contexto de investigação criminal<sup>1988</sup>, a realização de exames psiquiátricos para determinar o estado de saúde mental de uma pessoa<sup>1989</sup>, entre outros.

Ainda neste particular, o TEDH sublinha que, embora o direito à saúde não figure *qua tale* entre os direitos convencionais ou direitos ínsitos nos Protocolos, os Estados-membros têm a obrigação positiva de tomar medidas adequadas para proteger a vida e a saúde das pessoas sob a sua jurisdição<sup>1990</sup>. Neste sentido, este órgão faz impender sobre os Estados contratantes a obrigação positiva, por um lado, de prever um quadro legal que obrigue os hospitais públicos e privados a adotar medidas adequadas para

- 
- 1982. *Cfr.* Ac. Y. F. c. Turquia, de 22 de julho de 2003, § 33, sobre a sujeição a exame ginecológico não consentido durante detenção.
  - 1983. Ver, por exemplo, Acórdãos Sandra Janković c. Croácia, de 5 de março de 2009, § 45, sobre a aplicação deficiente dos mecanismos de Direito Penal interno no que respeita às alegações da requerente de violência física por parte de particulares; Söderman c. Suécia, de 12 de novembro de 2013, § 80, referente a falta de disposições legais internas claras que criminalizassem o ato de filmar secretamente uma criança nua.
  - 1984. Ver, *inter alia*, Acórdãos Y. F. c. Turquia, de 22 de julho de 2003, § 33; Solomakhin, de 15 de março de 2012, § 33.
  - 1985. *Cfr.* Ac. Vavřička e outros c. República Checa, de 8 de abril de 2021, sobre aplicação de multa aos pais e exclusão dos filhos do ensino pré-escolar por recusa de cumprimento da obrigação legal de vacinação das crianças.
  - 1986. *Cfr.* Ac. Glass c. Reino Unido, de 9 de março de 2004, onde o TEDH considerou que a decisão de um médico de tratar uma criança gravemente deficiente contra a vontade expressa de um dos pais e sem a oportunidade de controlo judicial da decisão violava o art. 8.º.
  - 1987. *Cfr.* Ac. M. A. K. e R. K. c. Reino Unido, de 23 de março de 2010, atinente a exame médico de uma criança suspeita de ter sido vítima de maus-tratos sem o consentimento dos pais ou sem ordem judicial.
  - 1988. *Cfr.* Ac. Jalloh c. Alemanha, de 11 de julho de 2006, sobre a administração de eméticos para provocar o vômito, ainda que, como *in casu* se declarou uma violação do art. 3.º, o Tribunal tenha considerado desnecessária a apreciação ao abrigo do art. 8.º, além de ter enfatizado que estes preceitos convencionais não proíbem *per se* o recurso a um procedimento médico contra a vontade de um suspeito, a fim de obter dele provas do seu envolvimento na prática de uma infração penal (§ 70).
  - 1989. *Cfr.* Ac. Worwa c. Polónia, de 27 de novembro de 2003, onde o TEDH condenou a realização de um número excessivo de exames psiquiátricos num curto espaço de tempo.
  - 1990. *Cfr.*, *inter alia*, Ac. Vavřička e outros c. República Checa, de 8 de abril de 2021, § 282.

a proteção da integridade física dos seus pacientes e, por outro lado, que proporcione às vítimas de negligência médica o acesso a processos que lhes permitam, nos casos adequados, obter uma indemnização pelos danos sofridos<sup>1991</sup>.

O tema da eutanásia ou do suicídio assistido também tem sido levado a Estrasburgo. No caso *Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002*, o TEDH sustentou que o impedimento de a requerente exercer a sua escolha para evitar o que considerava ser um fim de vida indigno e penoso poderia constituir uma interferência no seu direito ao respeito pela vida privada tutelado pelo art. 8.º (§ 67), ainda que *in casu* tenha considerado a interferência proporcional. Outrossim, no caso *Haas c. Suíça, de 20 de janeiro de 2011*, esta instância ditou assertivamente que «o direito de um indivíduo a decidir por que meios e em que momento a sua vida terminará, desde que esteja em condições de tomar livremente tal decisão e de atuar em conformidade, constitui um dos aspectos do direito ao respeito pela sua vida privada na aceção do artigo 8.º» (§ 51).

O Tribunal Europeu tem contribuído, com os seus arrestos, para a construção de um *direito à identidade e ao desenvolvimento pessoal* de rosto europeu.

Como assinala Paulo Otero, o direito à identidade pessoal comporta uma dimensão absoluta no sentido em que «cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do carácter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano» e uma dimensão relativa no sentido em que «tem a sua identidade definida, paralelamente, pela “história” ou “memória” em que se encontra inserida a sua existência no confronto com outras pessoas»<sup>1992</sup>. Com efeito, o sentido clássico do direito à identidade pessoal coincide com a sua dimensão absoluta, ou seja, «como a soma dos elementos que o direito tem em conta para individualizar as pessoas físicas, a saber o nome, a filiação, a nacionalidade, o domicílio, a data de nascimento e o sexo»<sup>1993</sup>, muito embora a identidade não se restrinja a estes sinais designativos da pessoa e recaia igualmente sobre a sua inserção socioambiental, a história pessoal, a origem genética, a identidade sexual e, por conseguinte, o estabelecimento de relações interpessoais com os outros.

No que tange ao *nome*, o Tribunal Europeu tem considerado que o nome próprio e o apelido constituem meios de identificação pessoal e estão, portanto, intimamente ligados à vida privada e familiar dos indivíduos, sem embargo de reconhecer que possam existir interesses públicos que justifiquem a regulamentação do uso dos nomes<sup>1994</sup>. Por exemplo, no caso *Burghartz*, o Tribunal Europeu entendeu que o sis-

1991. Cfr. Acórdãos Vasileva c. Bulgária, de 17 de março de 2016, § 63; Jurica c. Croácia, de 2 de maio de 2017, § 84; Vilela c. Portugal, de 23 de fevereiro de 2021, §§ 73-79.

1992. Cfr. OTERO, P., Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética, Coimbra, Almedina (1999), pp. 63, 64 e 71.

1993. Cfr. GRANET-LAMBRECHTS, F., «Le droit à l'identité», in Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, SUDRE, F., (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, (2005), p. 193 (193-213).

1994. Cfr. Acórdãos Burghatz c. Suíça, 22 de fevereiro de 1994, § 24; Stjerna c. Finlândia, 25 de novembro de 1994, § 37; Guillot c. França, 24 de outubro de 1996, § 21; Ünal Tekeli v. Turquia,

tema de apelidos helvético violava o art. 8.º em conjugação com o art. 14.º, uma vez que o homem, após o casamento, não podia colocar o seu apelido antes do apelido de família e adotar o apelido da mulher como seu apelido de família, ao passo que a mulher podia fazê-lo. Já no caso *Ünal Tekeli*, o Tribunal ditou que a lei sindicada, que impedia a manutenção do nome de família da mulher e não permitia a não adoção do nome de família do marido após o casamento, mesmo com o consentimento mútuo dos cônjuges a este respeito, violava o art. 14.º e o art. 8.º e, portanto, era discriminatória<sup>1995</sup>. A mudança de nome num processo de reconversão sexual enquadra-se igualmente no âmbito da vida privada<sup>1996</sup>.

O *status familiar*, a determinação da filiação e o *direito a conhecer as origens biológicas* têm sido igualmente protegidos sob o ângulo da vida privada do art. 8.º. O TEDH tem apregoado repetidamente que a vida privada abrange o direito de criar e desenvolver relações com os seus semelhantes e «exige que as pessoas tenham a possibilidade de estabelecer os detalhes sobre a sua identidade como seres humanos, sendo o direito a estas informações de importância primordial atendendo às implicações na formação da sua personalidade»<sup>1997</sup>. Efetivamente, este Tribunal considerou que o registo de um casamento, enquanto reconhecimento do estatuto civil de um indivíduo, respeita indubitavelmente à sua vida privada e familiar<sup>1998</sup>. Os processos de determinação da filiação atinentes às relações entre um pai putativo e o respetivo filho inserem-se no âmbito da vida privada<sup>1999</sup>, assim

de 16 de novembro de 2004, § 42; *Daróczy v. Hungria*, de 1 de julho de 2008, § 26.

1995. Sobre este tema e para mais desenvolvimentos sobre este último acórdão, ver EGUSQUIZA BALMASEDA, M., «Derecho al apellido: tradición, igualdad y ciudadanía europea. (A propósito de la STEDH de 16 de noviembre de 2004, asunto *Ünal Tekeli*)», in *Repertorio Aranzadi* del Tribunal Constitucional, n.º 11, (2005), pp. 13-31.

1996. *Cfr. Ac. S. V. c. Itália*, de 11 de outubro de 2018, §§ 70-75.

1997. *Cfr. Ac. Mikulić c. Croácia*, de 7 de fevereiro de 2002, §§ 54 e 55.

1998. *Cfr. Ac. Dadouch c. Malta*, de 20 de julho de 2020, § 48.

1999. *Cfr. Ac. Mikulić c. Croácia*, de 7 de fevereiro de 2002. Neste aresto, respeitante a uma queixa decorrente de uma ação de determinação da paternidade e da não comparência do pai putativo aos seis testes de ADN agendados, o TEDH enfatizou que o direito ao respeito pela vida privada exige que as pessoas tenham a possibilidade de estabelecer os detalhes sobre a sua identidade como seres humanos (§ 55) e, nesse seguimento, ditou que o princípio da proporcionalidade tinha sido violado *in casu*, porquanto o Estado sindicado não era dotado de um sistema que obrigasse o pai putativo à realização dos testes, nem de meios alternativos que permitissem a uma autoridade independente decidir rapidamente os pleitos de determinação da paternidade (§§ 64 e 65). Ver também *Ac. Jäggi c. Suíça*, de 13 de julho de 2007, onde o TEDH declarou a recusa de autorizar um teste de ADN numa pessoa falecida, solicitado por um filho putativo que pretendia determinar com certeza a sua filiação, como violadora do art. 8.º, dando prevalência ao interesse do requerente em determinar a identidade do seu pai biológico sobre o da restante família do falecido, que se opunha à recolha de amostras de ADN (§§ 40-44). Ver ainda *Ac. Tsvetelin Petkov c. Bulgária*, de 15 de julho de 2014, sobre o não envolvimento devido do pai putativo num processo de determinação da paternidade, aqui ressaltando a dimensão processual do direito (§§ 49-59).

como a impugnação da paternidade<sup>2000</sup>. O respeito pela vida privada exige que cada um possa estabelecer os detalhes quanto à sua identidade, o que inclui as relações paterno-materno-filiais<sup>2001</sup>, problemática que se coloca com particular acuidade nos casos de gestação de substituição. No caso *Mennesson c. França, de 26 de junho de 2014*, o TEDH advogou que, muito embora o art. 8.º não exija que os Estados contratantes legalizem a gestação de substituição e, por outro lado, possam exigir prova da filiação das crianças nascidas com recurso a estes métodos antes da emissão da documentação de identidade, o direito ao respeito pela vida privada da criança exige que a lei doméstica preveja uma possibilidade de reconhecimento da relação jurídica entre uma criança nascida com recurso à gestação de substituição e o pai biológico<sup>2002</sup>. Neste seguimento, o Tribunal acentuou a proteção deste direito ao propugnar, num *Parecer Consultivo do Tribunal Pleno de 10 de abril de 2019*, que o respeito por tal direito impõe que a lei nacional preveja a possibilidade de reconhecimento da relação jurídica entre a criança nascida de um óvulo de uma terceira dadora e com recurso à gestação de substituição no estrangeiro e a mãe beneficiária, quando tal relação seja uma realidade factual<sup>2003</sup>. Outrossim, o direito de obter informações para descobrir as suas origens e a identidade dos pais constituem, no juízo do Tribunal, uma parte integrante da identidade tutelada pelo direito ao respeito pela vida privada e familiar<sup>2004</sup>. E assim se vai desenhandando cada vez

- 
2000. Ver, por exemplo, Ac. Rasmussen c. Dinamarca, de 28 de novembro de 1984, sobre a diferença de tratamento do homem e da mulher quanto à previsão de prazos de caducidade nas ações de impugnação de parentalidade (§ 33). Sobre a previsão de prazos de caducidade nas ações de determinação da filiação, o TEDH tem propugnado que tal previsão é justificada pelo desejo de garantir a segurança jurídica e, por conseguinte, não é incompatível *per se* com a Convenção (*Cfr., v. g.*, Ac. Phinikaridou c. Chipre, de 20 de dezembro de 2007, §§ 43-52). No entanto, no Ac. Çapın c. Turquia, de 15 de outubro de 2019, o Tribunal ditou que é necessário encontrar um justo equilíbrio entre o interesse a criança titular do direito de conhecer a sua identidade e o interesse do pai putativo em ser protegido de alegações relativas a circunstâncias que datam de há muitos anos (§ 87) e tal equilíbrio pode não ser realizado pelo Estado sindicado, como se verificou no presente caso (§§ 75-76). Em sentido contrário, ainda que com contornos factuais distintos, ver Ac. Lavanchy c. Suíça, de 19 de outubro de 2021. Sobre a previsão de prazos de caducidade nestes processos, ver ALMEIDA, S., *Familia a la luz del Convenio...*, *op. cit.*, pp. 280 e ss.
2001. *Cfr.* Ac. Mennesson c. França, de 26 de junho de 2014, § 96.
2002. Vér também, *mutatis mutandis*, Acórdãos Labassee c. França, de 26 de junho de 2014; Foulon et Bouvet c. França, de 21 de julho de 2016.
2003. *Cfr.* Parecer Consultivo do Tribunal Pleno P. 16-2018-001, adotado a 10 de abril 2019 e disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22003-6380431-8364345%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22003-6380431-8364345%22]). Com a aplicação do arrazoado vertido no caso Mennesson e do conteúdo deste parecer, ver Ac. D. c. França, de 16 de julho de 2020.
2004. Ver Ac. Odièvre c. França, de 13 de fevereiro de 2003, sobre o «nascimento anónimo» («accouchement sous X»). Neste caso, o Tribunal de Estrasburgo, em nome do princípio da subsidiariedade e sob o escudo da margem de apreciação, absteve-se de reconhecer o direito absoluto de acesso às origens biológicas da criança nascida anonimamente e entregue para adoção. Com efeito, esta instância considerou que uma legislação que permite o anonimato da mãe e que, no entanto, concede à criança a possibilidade de obter informações não identificadoras sobre a mãe biológica e exige a renúncia à confidencialidade por parte da

com maior nitidez no horizonte de Estrasburgo um direito ao conhecimento das origens biológicas, enquanto pedra angular na tarefa de construção da identidade de cada ser humano e um reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Outra premissa primordial nesta tarefa é o respeito pelo *direito à historicidade pessoal*, correspondente à dimensão relativa do direito à identidade. O tema da historicidade pessoal foi levado a Estrasburgo, sob o amparo do art. 8.º da CEDH, no caso *Gaskin c. Reino Unido, de 7 de julho de 1989*. In casu, pese embora o TEDH tenha considerado que a margem de apreciação reconhecida aos Estados permitiria que o acesso a dados pessoais de uma pessoa – que, na infância, estivera a cargo de uma instituição – estivesse condicionada ao consentimento dos informantes, condenou o facto de não existir um órgão independente que pudesse decidir nas hipóteses de indisponibilidade ou recusa abusiva do acesso aos dados (§ 49).

O Juiz de Estrasburgo tem igualmente preconizado que a *identidade de género, a orientação sexual e a vida sexual* são elementos importantes da esfera pessoal tutelada pelo art. 8.º da Convenção de Roma<sup>2005</sup>. Ao abrigo deste preceito, este órgão convencional tem condenado, por exemplo, a proibição de posse, por parte de reclusos, de material pornográfico para uso privado<sup>2006</sup>, a criminalização de atos sexuais consentidos entre homossexuais adultos e em privado<sup>2007</sup> ou o trato discriminatório em matéria laboral<sup>2008</sup>.

A *identidade étnica*, em particular o direito dos membros de uma minoria nacional de manter a sua identidade e de levar uma vida privada e familiar de acordo com a sua tradição, tem sido perspetivada pelo Tribunal Europeu como parte integrante do direito à vida privada e familiar protegido pelo art. 8.º e, neste sentido, esta instância tem feito impender sobre os Estados contratantes a obrigação positiva de promover e não impedir desproporcionalmente a vida tradicional de minorias<sup>2009</sup>.

---

mãe pode ser compatível com o art. 8.º. Ao invés, no *Ac. Godelli c. Itália*, de 25 de setembro, uma vez que a legislação não permitia o acesso a informações não identificadoras sobre as suas origens, nem permitia pedir à mãe que renunciasse à confidencialidade, o Tribunal considerou que a legislação em causa não estabelecia um justo equilíbrio entre os interesses em conflito, na medida em que, se a mãe optasse por não revelar a sua identidade, a lei italiana não permitia que a criança, não formalmente reconhecida e posteriormente adotada, solicitasse, por um lado, informações não identificadoras sobre as suas origens e, por outro lado, que a identidade da mãe fosse revelada com o seu consentimento, existindo violação do art. 8.º (§§47-59). Para mais desenvolvimentos sobre estes acórdãos, ver ALMEIDA, S., *Familia a la luz del Convenio..., op. cit.*, pp. 286 e ss.

- 2005. Ver, por exemplo, *Acórdãos Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de outubro de 1981, § 41; *Laskey, Jaggard e Brown c. Reino Unido*, de 19 de fevereiro de 1997, § 36; *Sousa Goucha c. Portugal*, de 22 de março de 2016, § 27; *Beizaras e Levickas c. Lituânia*, de 19 de janeiro de 2020, § 109.
- 2006. *Cfr. Ac. Chocholáč c. Eslováquia*, de 7 de julho de 2022.
- 2007. *Cfr. Ac. Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de outubro de 1981, § 41.
- 2008. Ver, *inter alia*, *Acórdãos Lustig-Pearl e Beckett c. Reino Unido*, de 27 de setembro de 1999, §§ 80 e ss.; *Smith e Grady c. Reino Unido*, de 27 de setembro de 1999, §§ 87 e ss.; *Perkins e R. c. Reino Unido*, de 22 de outubro de 2002, §§ 38 e ss.
- 2009. Ver, *inter alia*, *Ac. Tasev c. Macedónia do Norte*, de 16 de maio de 2019, § 32, sobre a recusa de registar uma alteração da etnia autodeclarada de um candidato em período eleitoral,

Contornos factuais referentes a cidadania poderão, em certas circunstâncias, cair dentro do âmbito da vida privada protegida à luz do art. 8.<sup>o</sup><sup>2010</sup>, muito embora o direito de adquirir uma nacionalidade, a residir num determinado local ou a ter determinada autorização de residência não mereça aqui guarida<sup>2011</sup>. Não obstante, no juízo do Tribunal, as autoridades nacionais violam o direito ao respeito pela vida privada de um migrante apátrida ao não regularizar, durante anos, o seu estatuto de residente e, por conseguinte, conduzindo-o a uma situação de insegurança<sup>2012</sup>. Refira-se igualmente que tem sido invocada a tutela da vida privada e o direito ao desenvolvimento de laços interpessoais para impedir a expulsão do imigrante de longa duração ou de segunda geração, independentemente da existência de laços familiares no país de acolhimento<sup>2013</sup>.

Vejamos, por fim, as principais orientações provenientes de Estrasburgo sobre *privacidade, imagem, reputação e recolha de dados*.

A *imagem*, como assevera o TEDH, constitui um dos primaciais atributos da personalidade, já que revela características únicas da pessoa e permite distingui-la dos demais, sendo um dos elementos fundamentais para o desenvolvimento da personalidade que pressupõe o direito de controlar o uso da imagem<sup>2014</sup>. Por conseguinte, a efetiva proteção do direito à imagem exige o consentimento do seu titular aquando da captação e não apenas quando a publicação é possível<sup>2015</sup>. A este respeito, esta instância salientou ainda que, embora a liberdade de expressão inclua a publicação de fotografias, «a proteção dos direitos e da reputação de terceiros assume particular importância neste domínio, uma vez que as fotografias podem

---

sem base jurídica previsível, e onde o TEDH sublinhou que «recusar aos membros de uma minoria o direito de optar voluntariamente pelo direito comum e de beneficiar do mesmo equivale não só a um tratamento discriminatório, mas também a uma violação de um direito fundamental no domínio da proteção das minorias, ou seja, o direito à livre auto-identificação» (§ 33). Ver também Acórdãos S. e Marper c. Reino Unido, de 4 de dezembro de 2008, § 66, sobre a conservação de impressões digitais e amostras de ADN após a conclusão de processo penal e a utilização desses dados para inferir a origem étnica; Ciubotaru c. Moldávia, de 27 de abril de 2010, § 53, referente à impossibilidade de alterar o registo da origem étnica nos registos oficiais; Aksu c. Turquia, de 15 de março de 2012, § 58, sobre publicações alegadamente insultuosas para a comunidade cigana.

2010. Cfr. Ac. Genovese c. Malta, de 11 de outubro de 2011.
2011. Cfr. Dec. do TEDH, de 16 de novembro de 2021, sobre as queixas n.<sup>os</sup> 56846/15 e 56849/15, de S.-H. c. Polónia; Ac. Kaftailova c. Letónia, de 7 de dezembro de 2007, § 51.
2012. Cfr. Ac. Hoti c. Croácia, de 26 de abril de 2018, § 126.
2013. Ver, *inter alia*, Acórdãos Maslov c. Áustria, de 23 de junho de 2008, § 63; Üner c. Holanda, de 18 de outubro de 2006, § 59, onde o Tribunal concretizou (§§ 54-59) os «princípios orientadores» para examinar se a medida de expulsão é necessária numa sociedade democrática já anteriormente enunciados no caso Boulif c. Suíça, de 2 de agosto de 2001 (§40).
2014. Ver, *inter alia*, Ac. López Ribalda e outros c. Espanha, de 17 de outubro de 2019, § 89, referente videovigilância encoberta de caixas e vendedores de supermercados pelo empregador.
2015. Cfr. Ac. Reklos e Davourlis c. Grécia, de 15 de janeiro de 2009, § 40, atinente às fotografias tiradas a um recém-nascido sem o acordo prévio dos pais numa clínica privada e conservação dos negativos, em contravenção do art. 8.º.

conter informações muito pessoais ou mesmo íntimas sobre um indivíduo ou a sua família»<sup>2016</sup>. E saliente-se que uma zona de interação de uma pessoa com outras, mesmo num contexto público, pode ser abrangida pelo âmbito da «vida privada» e mesmo as pessoas conhecidas pelo público gozam do direito à proteção da sua esfera privada<sup>2017</sup>. No juízo sobre a necessidade da ingerência e sobre o equilíbrio entre interesses em jogo, o Tribunal lança mão dos seguintes critérios orientadores não exaustivos: *i) a contribuição para um debate de interesse público; ii) o grau de notoriedade da pessoa afetada; iii) o objeto da notícia; iv) o comportamento anterior da pessoa em causa; v) o conteúdo, a forma e as consequências da publicação vi)* e, se for caso disso, as circunstâncias em que foram tiradas as fotografias<sup>2018</sup>. Refira-se, por fim, que, no que tange à proteção da vida privada e imagem das crianças e jovens, o exercício de ponderação entre os interesses em conflito deve atender à especial vulnerabilidade dos mesmos e o impacto que a ingerência poderá ter na sua dignidade e bem-estar<sup>2019</sup>.

A proteção da *reputação* – social e profissional<sup>2020</sup> – encontra-se igualmente garantida pelo art. 8.<sup>º</sup><sup>2021</sup>, ainda que só se assegure o amparo do preceito se o ataque atingir um certo nível de gravidade e for feito de forma a prejudicar o gozo pessoal do direito ao respeito pela vida privada<sup>2022</sup>. No contexto da internet, o TEDH tem enfatizado

- 
- 2016. Cfr. Ac. Von Hannover c. Alemanha (n.º 2), de 7 de fevereiro de 2012, § 103, respeitante à recusa dos tribunais nacionais de emitir ordem judicial que impedissem a publicação de uma fotografia de um casal famoso tirada sem o seu conhecimento.
  - 2017. Ver, entre outros, Acórdãos Von Hannover c. Alemanha (n.º 2), de 7 de fevereiro de 2012, §§ 50-53 e 95-99; Sciacca c. Itália, de 11 de janeiro de 2005, § 29, onde o TEDH condenou a distribuição pela imprensa de uma fotografia da requerente tirada no momento da sua detenção pelas autoridades judiciais.
  - 2018. Cfr. Ac. Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlândia, de 27 de junho de 2017, § 165, sobre ordem para impedir publicação em massa de informações fiscais. O TEDH acrescentou ainda neste aresto que, quando examina uma queixa sobre esta temática à luz do art. 10.º, deve atender igualmente à forma como a informação foi obtida, a sua veracidade, bem como a gravidade da sanção imposta aos jornalistas ou editores (§ 165).
  - 2019. Cfr. Ac I. V. T. c. Roménia, de 1 de março de 2022, § 59, onde o TEDH ditou que a inexistência de consentimento parental para a entrevista de um menor, posteriormente transmitida na televisão, sobre a morte accidental de um colega de escola durante uma viagem escolar em que o entrevistado não tinha participado consubstanciava uma violação do art. 8.º.
  - 2020. Neste sentido, ver Ac. Denisov c. Ucrânia, de 25 de setembro de 2018, § 112, sobre a demissão de um juiz do cargo de presidente do tribunal de recurso por incumprimento de deveres administrativos e onde o Tribunal Europeu, embora tenha declarado que a proteção da vida privada inclui a tutela da reputação social e profissional (§§ 115 e 124), concluiu pela não aplicabilidade do art. 8.º, porquanto as críticas realizadas pelas autoridades sindicadas não haviam afetado um aspecto ético mais amplo da personalidade e do carácter do requerente (§§ 129 e 134).
  - 2021. Ver, *inter alia*, Acórdãos Chauvy e outros c. França, de 24 de junho de 2004, § 70; Pfeifer c. Áustria, de 15 de novembro de 2007, § 35; Axel Springer AG c. Alemanha, de 7 de fevereiro de 2012, § 83.
  - 2022. Ver, *inter alia*, Acórdãos Axel Springer AG c. Alemanha, de 7 de fevereiro de 2012, § 83; Bédat c. Suíça, de 29 de março de 2016, § 72; Medžlis Islamske Zajednice Brčko e outros c. Bósnia e Herzegovina [GC], de 27 de junho de 2017, § 76.

tizado a importância do teste do nível de gravidade da ingerência<sup>2023</sup>. Na hipótese de balanço entre a liberdade de expressão garantida pelo art. 10.º e o respeito pela vida privada tutelado pelo art. 8.º, o TEDH aventou os seguintes critérios orientadores não exaustivos e que devem ser adaptados às circunstâncias da *litis*: *i)* contribuição para um debate de interesse geral; *ii)* o grau de notoriedade da pessoa em causa e o objeto da reportagem; *iii)* o seu comportamento anterior; *iv)* o método de obtenção da informação e a sua veracidade; *v)* o conteúdo, a forma e as consequências da publicação; *vi)* e a severidade da sanção imposta<sup>2024</sup>.

A evolução das tecnologias de informação e comunicação e os desafios que coloca têm conduzido ao desenvolvimento de um extenso acervo jurisprudencial deste órgão convencional no que tange à *proteção de dados pessoais*<sup>2025</sup>. Desde o caso *Leander c. Suécia, de 26 de março de 1987*, o TEDH tem analisado um amplo espetro de operações que envolvem dados pessoais, tais como a recolha, o armazenamento, a utilização e a divulgação desses dados e ditado um conjunto de postulados claramente alinhados com a regulamentação europeia em vigor, com particular destaque para o reconhecimento de um direito à autodeterminação informativa. Com efeito, esta instância tem proclamado reiteradamente que a recolha, o tratamento, a utilização ou a divulgação de dados pessoais de uma forma ou num grau que ultrapasse o normalmente previsível se enquadra na esfera da vida privada<sup>2026</sup>, devendo o quadro normativo nacional prever garantias adequadas para evitar que essa atuação seja incompatível com as garantias conferidas pelo art. 8.<sup>º</sup><sup>2027</sup>.

No que concerne aos *dados relativos à saúde*, identifica-se o reconhecimento do princípio comum aos sistemas jurídicos dos Estados signatários de respeito pela confidencialidade<sup>2028</sup>, que se coloca com particular acuidade relativamente às infor-

- 
2023. Cfr. Decisões do TEDH, de 19 de setembro de 2017, sobre a queixa n.º 3877/14, de Tamiz c. Reino Unido, § 80 e 81, onde esta instância arrazoou sobre o âmbito de proteção do direito ao respeito pela vida privada salvaguardado pelo art. 8.º em relação à liberdade de expressão garantida pelo art. 10.º aos prestadores de serviços da sociedade da informação, como a Google Inc. (§§ 83-84); e de 7 de setembro de 2021, sobre a queixa n.º 45016/18, de Çakmak c. Turquia, §§ 42 e 50, referente a uma declaração que requerente considerava prejudicial à sua reputação e que tinha sido feita numa conta anónima no Twitter.
2024. Ver, por exemplo, Acórdãos Axel Springer AG c. Alemanha, de 7 de fevereiro de 2012, §§ 89-95; Jishkariani c. Georgia, de 20 de setembro de 2018, § 46. No Ac. Sousa Goucha c. Portugal, de 22 de março de 2016, o Tribunal referiu-se ao critério do «leitor razoável» no que tange a questões relativas a material satírico e assinala que deve ser dada uma margem de apreciação particularmente ampla à paródia no contexto da liberdade de expressão (§ 50).
2025. Definidos pelo TEDH, no Ac. Amann c. Suíça, de 16 de fevereiro 2000, como «qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável» (§ 65).
2026. Ver, por exemplo, Acórdãos Leander c. Suécia, de 26 de março de 1987, § 48; Amann c. Suíça, de 16 de fevereiro 2000, §§ 65-67; Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlândia, de 27 de junho de 2017, § 136.
2027. Ver, entre outros, Acórdãos S. e Marper c. Reino Unido, de 4 de dezembro de 2008, § 103; Satakunnan Markkinapörssi Oy c. Satamedia Oy c. Finlândia, de 27 de junho de 2017, § 137.
2028. Ver, *inter alia*, Acórdãos L. L. v. França, de 10 de outubro de 2006, §§ 44-45, sobre reprodução de documento médico no contexto de um processo de divórcio; Y. G. c. Rússia, de 30 de

mações sobre HIV, uma vez que, como assinalou o TEDH no caso *Z. c. Finlândia*, a «divulgação de tais informações pode ter consequências devastadoras para a vida privada e familiar do indivíduo e para a sua situação social e profissional»<sup>2029</sup>.

A recolha de dados pelas autoridades através *sistemas de vigilância* apenas será conforme à Convenção na medida em que seja estritamente necessária para salvaguardar as instituições democráticas (teste da proporcionalidade)<sup>2030</sup> e a legislação nacional deve prever garantias suficientemente precisas, efetivas e abrangentes no que respeita à ordenação e execução das medidas de vigilância e salvaguardar a possibilidade de recurso (teste da qualidade da lei)<sup>2031</sup>. Neste âmbito, têm sido levados a Estrasburgo casos sobre escutas telefónicas<sup>2032</sup>, sobre áudio e videovigilância<sup>2033</sup>, sobre geolocalização de veículo por GPS<sup>2034</sup> ou sobre operações de vigilância em massa<sup>2035</sup>, entre outros.

Também a recolha de dados pela entidade patronal, quer do setor público<sup>2036</sup>, quer do setor privado<sup>2037</sup>, tem sido igualmente objeto de escrutínio pelo TEDH. No caso *Bărbulescu c. Roménia, de 5 de setembro de 2017*, o Tribunal enunciou um

agosto de 2022, §§ 40-45, referente à divulgação dados de saúde através de uma base de dados vendida no mercado.

- 2029. *Cfr. Ac. Z. c. Finlândia, de 25 de fevereiro de 1997, § 96.*
- 2030. *Cfr. Acórdãos Klass e outros c. Alemanha, de 6 de setembro de 1978, § 42; Szabó e Vissy c. Hungria, 2016, §§ 72-73.*
- 2031. *Cfr. Ac. Szabó e Vissy c. Hungria, 2016, § 89.* Por exemplo, no Ac. Dragojević c. Croácia, de 15 de janeiro de 2015, o Tribunal considerou que as normas nacionais sindicadas sobre escutas telefónicas, tal como interpretadas e aplicadas pelos tribunais domésticos, não eram suficientemente claras quanto ao âmbito e ao modo de exercício do poder discricionário conferido às autoridades públicas e não asseguravam garantias adequadas contra eventuais abusos (§§ 85-102).
- 2032. Ver, por exemplo, Acórdãos Malone c. Reino Unido, de 8 de agosto de 1984, sobre escutas telefónicas e armazenamento de números de telefone (§§ 63-89); Huvig c. França, de 24 de abril de 1990, sobre monitorização e transcrição de todas as chamadas telefónicas comerciais e privadas dos requerentes (§§ 24-35); Lambert c. França, de 24 de agosto de 1998, sobre escutas telefónicas de uma pessoa através da linha telefónica de um terceiro (§§ 21-41).
- 2033. Ver, por exemplo, Acórdãos P. G. e J. H. c. Reino Unido, de 25 de janeiro de 2001, respeitante a gravação das vozes dos requerentes quando estavam a ser acusados e enquanto estavam detidos nas suas celas na esquadra de polícia (§§ 56-63); Wisse c. França, de 20 de dezembro de 2005, sobre a gravação das conversas entre os reclusos e as suas famílias nas salas de visita das prisões (§§ 28-34).
- 2034. Ver, por exemplo, Ac. Uzun c. Alemanha, de 2 de setembro de 2010, § 81, onde o Tribunal sustentou que a vigilância por GPS de um suspeito de terrorismo e o tratamento e utilização dos dados assim obtidos não violavam o art. 8.º.
- 2035. Ver, por exemplo, Ac. Association for European Integration and Human Rights e Ekimdzhev c. Bulgária, de 28 de junho de 2007, §§ 69-94, onde a associação requerente poderia ser objeto de medidas de vigilância a qualquer momento sem notificação, nos termos da lei sindicada, em contravenção ao art. 8.º.
- 2036. Ver, v. g., Ac. Halford c. Reino Unido, de 25 de junho de 1997, § 49.
- 2037. Ver, v. g., Ac. López Ribalda e outros c. Espanha, de 17 de outubro de 2019, § 109, onde o TEDH propugnou que a existência de uma suspeita razoável de que foi cometida uma falta

conjunto de critérios orientadores para aferir a convencionalidade da recolha de dados dos trabalhadores no local de trabalho, tais como *i*) saber se o trabalhador foi informado da possibilidade da recolha; *ii*) saber qual a extensão do controlo e grau de intrusão; *iii*) saber se foram apresentadas razões legítimas; *iv*) saber se teria sido possível estabelecer um sistema menos intrusivo; *v*) saber quais as consequências do controlo para o trabalhador; *vi*) saber se foram concedidas garantias adequadas ao trabalhador; *vii*) saber se se garantiu um recurso perante um órgão judicial competente para determinar se os critérios elencados foram respeitados e se as medidas eram legais (§ 121)<sup>2038</sup>.

Sobre os poderes das autoridades policiais de parar e revistar, o TEDH tem igualmente sublinhado a necessidade de a medida estar prevista na lei, prevendo esta com suficiente clareza o âmbito de qualquer poder discricionário conferido às autoridades competentes e as modalidades do seu exercício, e, por outro lado, ser proporcional. Por exemplo, no caso *Gillan e Quinton c. Reino Unido*, de 12 de janeiro de 2010, o Tribunal considerou que a revista num local público, sem suspeita razoável de infração, constituía uma violação do art. 8.º, na medida em que os poderes não estavam suficientemente circunscritos e não continham garantias adequadas (§ 87). Também nesta sede foram enunciados alguns critérios para examinar a convencionalidade, tais como o âmbito geográfico e temporal dos poderes, o poder discricionário concedido às autoridades para decidir se e quando exercer os poderes ou a possibilidade de revisão judicial do exercício dos poderes e de controlo independente<sup>2039</sup>.

Já as visitas domiciliárias, buscas e apreensões podem ser analisadas sob o ângulo da proteção do «domicílio», da «vida familiar» ou da «vida privada»<sup>2040</sup> e podem estar justificadas ao abrigo do n.º 2 do art. 8.º.

#### **4. O RESPEITO PELA «VIDA FAMILIAR»: DA DILATAÇÃO À DILUIÇÃO DO CONCEITO**

O direito ao respeito pela «vida familiar» pressupõe a existência de uma *família*. Neste sentido, o primeiro passo no juízo judiciário do juiz de Estrasburgo será averiguar se a factualidade relacional descrita pelo requerente se enquadrar na noção de «vida familiar», uma vez que apenas os laços reconhecidamente familiares caem no âmbito de proteção do art. 8.º. A indeterminação convencional da noção de «vida familiar» – bem como dos demais conceitos que com aquela coabitam neste preceito – associada à interpretação evolutiva, que acima aflorámos, conduziu a

---

de conduta grave e a extensão de perdas podem justificar a recolha de dados pessoais no local de trabalho.

2038. Para mais desenvolvimentos sobre a jurisprudência do TEDH ditada em matéria proteção de dados pessoais, ver COUNCIL OF EUROPE, Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights on Data Protection, 2022, disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Data\\_protection\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Data_protection_ENG)

2039. *Cfr. Ac. Beghal c. Reino Unido*, de 28 de fevereiro de 2019, § 89.

2040. Como sucedeu no Ac. Vinks e Ribicka c. Letónia, de 30 de janeiro de 2020, § 92.

que a jurisprudência do TEDH originasse, como expressivamente assinala Frédéric Sudre, um movimento de dilatação e diluição do conceito de «vida familiar»<sup>2041</sup>.

O TEDH adotou, desde as suas primeiras decisões, um conceito material ou fáctico de família, estendendo casuisticamente a proteção deste preceito a outras formas de convivência afetiva e material, caracterizadas pela constância e efetividade dos laços interpessoais gerados ou pela aparência de uma família<sup>2042</sup>, sem ter em conta o grau de formalização<sup>2043</sup> ou mesmo o sexo dos seus elementos<sup>2044</sup>.

As relações formais, *de jure* ou matrimoniais continuam a ser as relações típicas a merecer o amparo incontestado do art. 8.º. Constituem, pois, «vida familiar» as relações nascidas de um *casamento* legal e não fictício<sup>2045</sup>, pelo que se afastam desta noção os casamentos de conveniência<sup>2046</sup>.

Por outro lado, como salienta o Tribunal, uma *criança nascida de uma união matrimonial* é de *ipso jure* parte dessa relação, desde o momento do nascimento e em virtude desse mesmo facto, pelo que existe entre a criança e os seus pais um vínculo constitutivo de «vida familiar» que apenas em circunstâncias excepcionais pode ser quebrado<sup>2047</sup> e mesmo que se prove, anos mais tarde, inexistir laço biológico entre eles<sup>2048</sup>.

Mas este Tribunal também tem enfatizado, desde cedo, que a noção de «vida familiar» contida no art. 8.º «não se restringe unicamente a relações fundadas no matrimónio e pode incluir outras relações *de facto* em que os seus membros vivem juntos fora do matrimónio»<sup>2049</sup>, tendo esta instância, com o fito de averiguar a efetividade e constância dos laços interpessoais, recorrido a determinados fatores, como a existência ou ausência de *coabitação*<sup>2050</sup>, a duração da relação<sup>2051</sup>, o nascimento

2041. Cfr. Sudre, Frédéric, «Rapport Introductif – La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», *cit.*, pp. 17 e ss.

2042. Cfr. SUDRE, F., «Rapport Introductif – La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», *op. cit.*, pp. 20 e ss. Ver também PRESNO LINERA, M., El derecho europeo de familia, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 18 e 19, disponível em [http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/presno/Derecho\\_europeo%20de\\_familia.pdf](http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf); PRESNO LINERA, M., «Derechos Fundamentales, Derecho Europeo y Derecho de Familia: nuevas familias, nuevos derechos», in Direitos Fundamentais e Justiça, n.º 6, (Jan./Mar. 2009), pp. 40 e 41.

2043. Cfr. Ac. Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994, § 44.

2044. Cfr. Ac. Schalk e Kopf c. Áustria, de 24 de junho de 2010, § 94.

2045. Cfr. Ac. Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, de 28 de maio de 1985, § 62.

2046. Cfr. Dec. da Comissão, de 6 de janeiro de 1992, sobre a queixa n.º 18643/91 de Josefa Benes c. Áustria.

2047. Cfr. Ac. Berrehab c. Países Baixos, de 21 de junho de 1988, § 21.

2048. Cfr. Ac. Nazarenko c. Rússia, de 16 de julho de 2015, § 58.

2049. Cfr, *inter alia*, Acórdãos Johnston e Outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, § 55; Sahin c. Alemanha, de 8 de julho de 2003, § 34; Emonet e Outros c. Suíça, de 13 de dezembro de 2007, § 34.

2050. Cfr., v.g., Ac. Johnston e Outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, §§ 56 e 72.

2051. Cfr., v. g., Ac. X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, § 36.

*de filhos*<sup>2052</sup>, a dependência, maxime económica, por exemplo, no caso de familiares maiores<sup>2053</sup>, ou outras formas de contacto, como a simples tentativa de realizar visitas<sup>2054</sup>. Assinale-se, porém, que, apesar de tais laços *de facto* serem reconhecidos como família, «tal não significa que lhes tenha de ser concedido um reconhecimento jurídico específico»<sup>2055</sup>.

No que tange à *relação entre uma mãe não casada e o seu filho*, esta constitui indubbiamente «vida familiar»<sup>2056</sup>. Já a *relação entre a criança e o pai biológico não casado* não goza dessa presunção de que constitui «vida familiar». Como regra, exige-se coabitação. Excepcionalmente, a existência de «vida familiar» deve ser comprovada casuisticamente pelo nível de compromisso do pai para com a criança, atendendo, por exemplo, ao contacto existente, às diligências no sentido do contacto ou ao reconhecimento formal da paternidade, bem como a outros fatores<sup>2057</sup>.

O TEDH tem igualmente sustentado que a noção de «vida familiar» respaldada pelo art. 8.º da Convenção contempla as relações que enlaçam parentes próximos<sup>2058</sup>, maxime entre avós e netos<sup>2059</sup>, entre irmãos e irmãs<sup>2060</sup>, entre sobrinhos e tíos<sup>2061</sup>, desde que os laços que os liguem sejam reais e efetivos.

A adoção também cria, no entender desta instância, laços formais de «vida familiar» entre *adotantes* e *adotado*<sup>2062</sup>.

A relação entre acolhidos e famílias de acolhimento já foi igualmente considerada como criadora de «vida familiar»<sup>2063</sup>.

- 
2052. *Cfr., v. g.*, Ac. Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994, § 45.
2053. *Cfr., v. g.*, Acórdãos Emonet e Outros c. Suíça, de 13 de dezembro de 2007, § 37; Belli e Arquier-Martinez c. Suíça, de 11 de dezembro de 2018, § 65.
2054. *Cfr., v. g.*, Ac. Gül c. Suíça, de 19 de fevereiro de 1996, § 33.
2055. *Cfr.* Ac. Babiarz v. Polónia, de 10 de janeiro de 2017, § 54.
2056. *Cfr.* Ac. Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 31.
2057. *Cfr., v. g.*, Acórdãos Boughanemi c. França, de 24 de abril de 1996, § 35; Ciliz c. Países Baixos, de 11 de julho de 2000, § 60; Katsikeros c. Grécia, de 21 de julho de 2022, § 43. Ver também COUNCIL OF EUROPE, Guide on Article 8, *op. cit.*, pp. 77 e 78.
2058. *Cfr.* Acórdãos Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 45; Scozzary e Giunta c. Itália, de 13 de julho de 2000, § 221; Slivenko c. Lituânia, de 9 de outubro de 2003, p. 43.
2059. *Cfr.* Acórdãos Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 45; Vermeire c. Bélgica, de 29 de novembro de 1991; Bronda c. Itália, de 9 de junho de 1998, § 51; Mitovi c. Antiga República Jugoslava da Macedónia, de 16 de abril de 2015, § 58.
2060. *Cfr.* Ac. Moustaqim c. Bélgica, de 18 de fevereiro de 1991, § 36.
2061. *Cfr.* Ac. Boyle c. Reino Unido, de 28 de fevereiro de 1994, §§ 41-46. Ao invés, no Ac. Lazoriva c. Ucrânia, de 17 de abril de 2018, em virtude de a criança não ter vivido com a tia e de esta apenas a ter visitado uma vez num período de cinco anos, considerou-se inexistir vida familiar (§ 65).
2062. *Cfr., v. g.*, Acórdãos Pini, Bertani e Outros c. Roménia, de 22 de junho de 2004, § 140, e Plà e Puncernau c. Andorra, de 13 de julho de 2004, § 26; Topčić-Rosenberg c. Croácia, de 14 de novembro de 2013, § 38.
2063. *Cfr.* Acórdãos Moretti e Benedetti c. Itália, de 27 de abril de 2010, § 48; Valdís Fjölnisdóttir e Outros c. Islândia, 18 de agosto de 2021, §§ 56-62. Em sentido contrário, ver Ac. Jessica

A relação paterno-materno-filial resultante da utilização com êxito de técnicas de reprodução medicamente assistida<sup>2064</sup>, mesmo inexistindo laço biológico e des-de que existam laços efetivos e afetivos, foi também qualificada como criadora de «vida familiar»<sup>2065</sup>.

No que respeita às relações *de facto* estáveis entre pessoas do mesmo sexo, a jurisprudência estrasburguesa negou durante várias décadas o reconhecimento destas relações como constitutivas de «vida familiar», dispensando-lhes proteção, em regra, no âmbito do conceito de «vida privada» contido no art. 8.<sup>o</sup><sup>2066</sup>. No Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria, de 24 de junho de 2010*, notando a evolução social da atitude perante a homossexualidade num grande número de Estados contratantes, que inclusivamente passaram a reconhecer juridicamente as uniões de casais do mesmo sexo estáveis, e atendendo a determinadas normas da União Europeia, este órgão alterou a sua postura e admitiu, pela primeira vez, que uma relação *de facto* estável entre pessoas do mesmo sexo constituía «vida familiar». Neste seguimento, esta instância ditou que «uma relação de facto estável de um casal do mesmo sexo coabitante enquadrava-se no conceito de «vida familiar», à semelhança do relacionamento entre um casal de sexo diferente na mesma situação»<sup>2067</sup>. Outrossim, a relação entre o casal do mesmo sexo e uma criança concebida através de métodos de procriação medicamente assistida constitui «vida familiar»<sup>2068</sup>. Este tribunal sustentou inclusivamente que a relação familiar entre o pai/mãe não biológico(a) ou socioafetivo(a) e a criança persiste, mesmo após a rutura conjugal<sup>2069</sup>.

Quanto a casos de tutela da vida familiar do recluso ou do estrangeiro (expulsão e reagrupamento), apenas a família nuclear parece merecer proteção à luz deste preceito<sup>2070</sup>.

---

Marchi v. Itália, de 27 de agosto de 2021, §§ 49-59.

2064. Cfr. Acórdãos S. H. e outros c. Áustria, de 1 de abril de 2010, *Mennesson c. França*, de 26 de junho de 2014.
2065. Cfr. Ac. Valdís Fjölnisdóttir e Outros c. Islândia, 18 de agosto de 2021, §§ 61 e 62. No entanto, ver Ac. *Paradiso e Campanelli c. Itália*, de 24 de janeiro de 2017, onde o Tribunal considerou inexistir «vida familiar» devido ao curto período de tempo da relação e à incerteza quanto aos laços jurídicos (§§ 142-158).
2066. Por exemplo, na Dec. de 15 de maio de 1996, sobre a queixa n.º 28318/95 de Röösli c. Alemanha, a Comissão asseverou que, «apesar da moderna evolução contemporânea das mentalidades a respeito da homossexualidade, uma relação estável entre dois homens não cai no âmbito do direito ao respeito da vida familiar protegido pelo art. 8.<sup>o</sup> da Convenção», porquanto não origina vida familiar.
2067. Cfr. Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010, §§ 93 e 94.
2068. Cfr. Ac. X e Outros c. Áustria, de 19 de fevereiro de 2013, § 95.
2069. Cfr. Ac. *Honner c. França*, de 12 de fevereiro de 2021, § 51.
2070. Cfr. Acórdãos *Messina c. Itália* (n.º 2), de 28 de setembro de 2000, § 61, e *Maslov c. Áustria*, de 23 de junho de 2008, § 62, respetivamente. Aliás, no Ac. *Nusret Kaya e Outros c. Turquia*, de 22 de abril de 2014, o Tribunal sublinhou a necessidade de as autoridades nacionais auxiliarem os reclusos a manter o contacto com os seus familiares próximos, em harmonia com as exigências contidas nas Regras Penitenciárias Europeias de 2006 (§ 55). Sobre o conceito de família e a tutela da «vida familiar» dos reclusos, ver ALMEIDA, S., *Família e a la*

Também as *famílias recombinadas* poderão, como sufraga este órgão, constituir vida familiar. Por exemplo, o Tribunal Europeu, no *Ac. K. e T. c. Finlândia, de 12 de julho de 2001*, pronunciou-se a favor da existência de vida familiar entre a criança e o homem que, não sendo seu pai biológico, coabitava com a mãe do menor, pelo que tinha legitimidade para reclamar a proteção do art. 8.º quanto ao processo de colocação do menor sob a tutela do Estado<sup>2071</sup>.

O Tribunal de Estrasburgo tem igualmente lançado mão do *critério da aparência de uma família*, para averiguar a existência de vida familiar entre pessoas sem ligação de parentesco, casamento ou adoção<sup>2072</sup>. E assim assoma a família social no horizonte jurisprudencial estrasburguês.

Este foi o critério que o Tribunal Europeu usou para reconhecer a existência de «vida familiar» no *Ac. X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997*. Neste aresto, este órgão sustentou que a relação existente entre X., transexual submetido a cirurgia de reconversão, Y., sua companheira, e Z., criança que Y. havia dado à luz após a realização de uma inseminação artificial com dador, não se distinguia da noção tradicional de «vida familiar». X. vivia em sociedade, desde 1979, sob a aparência física de um homem, apresentava um nome masculino, assumia aos olhos da sociedade o papel de um homem, coabitava com Y. como companheiro do sexo masculino, acompanhara todo o processo de conceção de Z. e, desde o seu nascimento, havia atuado como se fosse seu «pai», pelo que Tribunal concluiu que existia entre eles a aparência de uma família<sup>2073</sup>.

Também no *Ac. Söderbäck c. Suécia, de 28 de outubro de 1998*, o Tribunal deu relevância aos «laços familiares» socioafetivos e efetivos existentes entre a criança e o seu pai adotante em prejuízo dos laços de filiação biológicos existentes entre a criança e o seu pai natural. Uma vez que o pai adotante vivia há cerca de seis anos com a mãe natural, era com ela casado, cuidou da criança desde os seus oito meses de idade, desde sempre atuou como seu pai e sempre fora reconhecido como tal, a adoção da criança contra a vontade do pai natural apenas tinha formalizado a «vida familiar» efetivamente existente entre a criança e o pai adotante ou socioafetivo<sup>2074</sup>. Acresce que, mesmo após a rutura da relação conjugal, a família socioafetiva cai sob o amparo do art. 8.<sup>º</sup><sup>2075</sup>.

---

luz del Convenio..., *op. cit.*, pp. 435 e ss. A respeito do conceito de família dos estrangeiros, ver SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 79 e ss.

2071. *Cfr. Ac. K. e T. c. Finlândia, de 12 de julho de 2001*, §§ 149-150.

2072. Tal como assinala SUDRE, F., «Rapport Introductif – La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», *op. cit.*, pp. 21 e ss.

2073. *Cfr. Ac. X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997*, §§ 35-37.

2074. *Cfr. Ac. Söderbäck c. Suécia, de 28 de outubro de 1998*, § 33.

2075. *Cfr. Ac. C. E. e outros c. França, de 24 de março de 2022*, sobre a impossibilidade de obter o reconhecimento de uma relação de filiação entre uma criança e o antigo companheiro da sua mãe biológica (§§ 49-52).

Assinale-se ainda que, muito embora o art. 8.º tutele sobretudo relações estabelecidas entre seres humanos vivos, poderá estender-se a sua aplicação a certas situações após a morte<sup>2076</sup>.

Nesta aproximação casuística, a ausência de laço biológico não impede a existência de vida familiar, desde que se verifiquem os critérios da efetividade dos laços interpessoais ou da aparência de uma família, e, ao invés, a existência de laço biológico pode não ser suficiente para identificar vida familiar.

Vejamos agora que relações não são tuteladas sob a égide do art. 8.º.

O art. 8.º da Convenção não tutela o simples desejo de formar uma família, seja através do matrimónio, como adiantou o Tribunal no *Ac. Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, de 28 de maio de 1985*<sup>2077</sup>, ou mediante a oportunidade de adotar uma criança, como salientou este órgão no *Ac. Frétté c. França, de 26 de fevereiro de 2002*<sup>2078</sup>, e não abrange a aspiração de se tornar avô<sup>2079</sup>.

No seguimento do que vimos, o simples vínculo biológico sem efetividade ou afetividade não é suficiente para atrair a proteção do art. 8.º e, portanto, a relação estabelecida entre o pai ou a mãe biológicos que doam esperma ou óvulo para inseminação artificial e a criança concebida pela doação não constituem «vida familiar»<sup>2080</sup>.

A relação entre esposados também não cria, a juízo desta instância, «vida familiar»<sup>2081</sup>.

Refira-se, por último, que as instâncias de Estrasburgo, mantendo-se fiéis ao princípio da monogamia firmemente arraigado nos sistemas jurídico-familiares ocidentais, não concedem igualmente proteção à família polígama ao amparo deste preceito, porquanto não constituem «vida familiar»<sup>2082</sup>.

Como vimos, as relações entre pais e filhos adultos e, em geral, relações entre familiares adultos, exceto no caso de se demonstrar, além dos laços emocionais normais, a existência de elementos suplementares de dependência também não constituem «vida familiar»<sup>2083</sup>.

2076. Cfr. Ac. Polat c. Áustria, de 20 de julho de 2021, §§ 48 e 49.

2077. Cfr. Ac. Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, de 28 de maio de 1985, § 63.

2078. Cfr. Ac. Fretté c. França, de 26 de fevereiro de 2002, R02-I, § 32. O TEDH arrazoou, a propósito da adoção por casais do mesmo sexo, por um lado, que o direito de adotar não figurava entre os direitos consagrados na Convenção e, por outro lado, que a aplicação do art. 8.º pressupunha a existência de uma família e, portanto, não protegia o simples desejo de formar uma família.

2079. Cfr. Dec. do TEDH, de 12 de novembro de 2019, sobre a queixa n.º 23038/19, de Petithory Lanzmann c. França, § 20.

2080. Cfr. Dec. do TEDH, de 8 de fevereiro de 1993, sobre a queixa n.º 16944/90 de J. R. M. c. Países Baixos, DR 74.

2081. Cfr. Dec. da Comissão, de 1 de novembro de 1990, sobre a queixa n.º 15817/89, de Wakefield c. Reino Unido.

2082. Cfr. Dec. da Comissão, de 6 de janeiro de 1992, sobre a queixa n.º 14501/89 de E. A. e A. A. c. Países Baixos.

2083. Cfr. Dec. do TEDH, de 30 de maio de 2006, de inadmissibilidade da queixa n.º 33736/03, de Demir c. França; Acórdãos Belli and Arquier-Martinez c. Suíça, de 11 de dezembro de 2018,

O direito a fundar uma família ou a adotar não se encontra abrangido pelo âmbito de proteção do art. 8.<sup>o</sup><sup>2084</sup>. A tutela concedida pelo art. 8.<sup>o</sup> reclama a existência de uma família e, portanto, a intenção de desenvolver «vida familiar» anteriormente inexistente ficará fora do manto protetor do preceito<sup>2085</sup>.

Por fim, como referimos *supra*, a coabitação dos conceitos de «vida privada» e «vida familiar» no mesmo preceito tem originado alguma confusão conceptual, que se traduziu na emergência de um conceito único de «vida privada e familiar» e, por conseguinte, na *diluição da noção de «vida familiar»*. Com efeito, tem sido com recurso a este conceito abrangente e nubloso de «vida privada e familiar» que o Tribunal Europeu tem concedido proteção à luz do art. 8.<sup>o</sup> a direitos como o direito a viver num ambiente saudável<sup>2086</sup>, o direito à proteção de dados pessoais referentes à saúde<sup>2087</sup>, o direito de uma minoria ter um modo de vida tradicional<sup>2088</sup>, o direito à identidade<sup>2089</sup>, o direito à historicidade pessoal<sup>2090</sup>, ou o direito a reaver o corpo de um filho<sup>2091</sup>.

Outrossim, no que toca à matéria de salvaguarda da unidade familiar do estrangeiro, o Tribunal tem invocado o conceito global de «vida privada e familiar», isentando-se de examinar separadamente o respeito pela «vida privada», no sentido social do termo, e o respeito pela «vida familiar» *stricto sensu* do estrangeiro, o que resulta, no entender de alguma doutrina, na diluição da noção de família num conceito vasto e indefinido, centralizado na ideia de integração do indivíduo no meio social<sup>2092</sup>. Tanto mais que em certos casos teria sido mais apropriado realizar uma apreciação apenas à luz do conceito de «vida privada», designadamente no que respeita a queixas de estrangeiros, que, no momento de aplicação das medidas de expulsão, eram solteiros, adultos e não tinham filhos, uma vez que o que estaria em causa era o rompimento dos laços sociais existentes entre os estrangeiros e a comunidade onde viviam<sup>2093</sup>.

---

§ 65; Bierski c. Polónia, de 20 de outubro de 2022, § 47. Ver também o Parecer Consultivo P16-2022-001, sobre o estatuto e os direitos processuais de um progenitor biológico no processo de adoção de um adulto, de 13 de abril de 2023.

2084. Cfr. Ac. E. B. c. França, de 22 de janeiro de 2008, § 44.

2085. Cfr. Ac. Lazoriva c. Ucrânia, de 17 de abril de 2018, § 65, sobre a intenção de constituição de vida familiar entre o requerente e o seu sobrinho, tornando-se tutor do mesmo.

2086. Cfr. Ac. López Ostra c. Espanha, de 9 de dezembro de 1994.

2087. Cfr. Ac. Z. c. Finlândia, de 25 de fevereiro de 1997.

2088. Cfr. Ac. Chapman c. Reino Unido, de 18 de janeiro de 2001.

2089. Cfr. Ac. Burghatz c. Suíça, de 22 de fevereiro de 1994.

2090. Cfr. Ac. Gaskin c. Reino Unido, de 7 de julho de 1989.

2091. Cfr. Ac. Pannullo e Forte c. França, de 30 de outubro de 2001.

2092. Ver, neste sentido, LABAYLE, H., «Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes», in Revue française de droit administratif, 9. année, n.º 3, Mai-Juin (1993), p. 529 (pp. 511-540).

2093. Cfr. Acórdãos Bouchelkia c. França, de 29 de janeiro de 1997; Boujlifa c. França, de 21 de outubro de 1997; El Boujaïdi c. França, de 26 de setembro de 1997. Numa apreciação crítica desta jurisprudência, Michel Levinet avança que o Tribunal se recusou a dissociar a «vida privada» da «vida familiar» quando teria sido preferível recorrer apenas ao conceito de «vida privada». Cfr. LEVINET, M., «L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8

Podemos, portanto, concluir que a noção de «vida familiar» parece perder, em certos domínios, a sua especificidade na jurisprudência do TEDH, em benefício de um conceito alargado e muito fluído: o *direito de criar e desenvolver relações interpessoais*. Vislumbramos, assim, uma clara dificuldade, por parte do Tribunal, em distinguir o laço familiar do laço social<sup>2094</sup>.

Os principais postulados jurídico-familiares de rosto europeu ditados pelo Tribunal de Estrasburgo serão enunciados no capítulo seguinte.

Refira-se, por fim, que, na tutela da(s) família(s) e da criança, o art. 8.º divide ocasionalmente esforços com outras normas da Convenção e dos seus Protocolos Adicionais, tais como o art. 12.º, que salvaguarda o direito ao casamento e o direito a fundar uma família; o art. 14.º, que contém uma cláusula de não discriminação e que, regra geral, é aplicado de forma articulada com o art. 8.º para escrutinar as diferenças de tratamento no seio familiar; o art. 1.º do Protocolo n.º 12, que garante um princípio geral de não discriminação; o art. 1.º do Protocolo n.º 1, que concede proteção ao direito de propriedade, revestindo particular importância em matéria sucessória, obrigações de alimentos, prestações sociais ou obrigações tributárias; o art. 5.º do Protocolo n.º 7, que consagra o princípio da igualdade entre os esposos; o art. 2.º do Protocolo n.º 1 atinente à educação dos filhos; o art. 3.º, aplicável em casos de violência doméstica; e, por fim, ao art. 6.º, que garante o direito a um processo equitativo e que confere especiais garantias processuais em processos de divórcio, regulação de responsabilidades parentais, aplicação de medidas de promoção e proteção, adoção e rapto internacional.

## 5. O RESPEITO PELO «DOMICÍLIO»: UM CONCEITO AMPLO ALINHADO COM A VERSÃO FRANCESA DO PRECEITO («DOMICILIE»)

O conceito de «*domicílio*», considerado um conceito autónomo que não depende da classificação realizada pelo ordenamento interno e que<sup>2095</sup> deve ser

---

de la Convention européenne des droits de l'homme», in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 10ème année, n.º 397, 1er Janvier, (1999), pp. 109 e ss. (pp. 89-118).

2094. Para mais desenvolvimentos sobre esta construção evolutiva do conceito de família pelo TEDH, ver, entre muitos outros, ALMEIDA, S., O respeito pela vida..., *op. cit.*, pp. 68 e ss.; ALMEIDA, S., Familia a la luz del Convenio..., *op. cit.*, pp. 76 e ss.; ALMEIDA, S., «As novas constelações familiares à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: o reflexo e a influência das conceções jurídico-familiares dominantes na Europa», in Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões: as relações pessoais, familiares e sucessórias, Gestlegal, (2023), pp. 547 e ss. (pp. 535-565), disponível em <https://repositorium.sdu.m.uminho.pt/bitstream/1822/84122/1/Ebook%20Atas%20do%20Primeiro%20Congresso%20Ibero.pdf>, que neste título seguimos de perto; CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia..., *op. cit.*, 2010, pp. 230 e ss.; SANZ CABALLERO, S., La familia en perspectiva internacional y europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 85 e ss; SUDRE, F., «Rapport Introductif – La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», *op. cit.*
2095. Cfr. Ac. Chiragov e outros c. Arménia, de 16 de junho de 2015, § 206.

interpretado à luz das circunstâncias do caso concreto<sup>2096</sup>, tem sido entendido em Estrasburgo como o local onde se vive de forma permanente<sup>2097</sup> ou o local com o qual se têm laços suficientes e contínuos<sup>2098</sup>. No juízo deste Tribunal, o domicílio «será normalmente o local, a área fisicamente definida, onde se desenvolve a vida privada e familiar»<sup>2099</sup>. Também nesta sede se tem realizado uma interpretação extensiva ou ampla, em linha com a versão francesa do termo («*domicilie*»)<sup>2100</sup>, podendo o conceito de «domicílio» abranger uma habitação secundária ou casa de férias<sup>2101</sup>, uma residência apenas parcialmente mobiliada<sup>2102</sup>, o camarim de um artista<sup>2103</sup> ou um alojamento temporário de longa duração<sup>2104</sup>, a habitação social ocupada pelo requerente, ainda que o direito de ocupação ao abrigo do direito interno tenha cessado<sup>2105</sup>, ou residências não

2096. Cfr. Ac. Prokopovich v. Russia, de 18 de novembro de 2004, § 36.

2097. Cfr. Ac. Giacomelli c. Itália, de 2 de novembro de 2006, § 76.

2098. Cfr. Ac. Gillow c. Reino Unido, de 24 de novembro de 1986, § 46. *In casu*, muito embora os requerentes, proprietários da casa, não a habitassem durante 19 anos, sempre tiveram intenção de regressar e mantiveram laços suficientes com o imóvel, pelo que o TEDH considerou que poderiam chamar-lhe domicílio na aceção do art. 8.º. Também no Ac. Blečić c. Croácia, de 29 de julho de 2004, apesar de a requerente não ter habitado a casa durante algum tempo, esta não perdeu a classificação de «domicílio», considerando que a requerente tomou providências para a sua manutenção, visando o seu regresso (§ 51). Ao invés, no caso Hirtu e outros c. França, de 14 de maio de 2020, respeitante a pessoas que viviam ilegalmente num local não autorizado durante um período de seis meses, entendeu-se que não existiam laços contínuos e suficientes com o local (§ 65).

2099. V. g., Acórdãos Giacomelli c. Itália, de 2 de novembro de 2006, § 76; National Federation of Sportspersons» Associations and Unions e outros c. França, de 18 de janeiro de 2018, § 154.

2100. Cfr. Ac. Niemietz c. Alemanha, de 16 de dezembro de 1992, § 30.

2101. Cfr. Ac. Demades c. Turquia, de 31 de julho de 2003, §§ 31-37. Neste caso, ante uma queixa sobre a ocupação da segunda casa do requerente pelas forças armadas turcas, o TEDH defendeu a interpretação extensiva do conceito e considerou que, existindo laços emocionais fortes com tal casa, não poderia deixar de estar abrangida pelo conceito (§32). Ver também Ac. Sagan c. Ucrânia, de 23 de outubro de 2018, §§ 51-54.

2102. Cfr. Ac. Halabi c. França, de 16 de maio de 2019, §§ 41-43, onde o Tribunal constatou que, embora alguns quartos estivessem ainda em fase de renovação e não estivessem mobilados, outros estavam mobilados, decorados, equipados e apresentavam fotografias, pelo que havia um espaço fisicamente definido onde se poderia desenvolver vida privada e familiar.

2103. Cfr. Dec. do TEDH, de 3 de novembro de 2009, sobre a queixa n.º 10231/07, de Hartung c. França. Neste caso, o requerente alegou a irregularidade da ação de controlo em matéria de cumprimento da legislação laboral e de segurança social pelas autoridades nacionais no camarim de um artista. Sobre a classificação do camarim como domicílio privado ou profissional, o TEDH observou que, apesar de este espaço conferir ao seu beneficiário um certo grau de privacidade, tem uma utilização muito ocasional e, portanto, teve dúvidas quanto à qualificação, mas também não rejeitou essa possibilidade.

2104. Cfr. Dec. do TEDH, de 26 de junho de 2001, sobre a queixa n.º 39022/97, de O'Rourke c. Reino Unido, onde o Tribunal considerou que o quarto de um hotel usado por um sem-abrigo e pago pelas autoridades locais constituiua «domicílio» à luz deste dispositivo.

2105. Cfr. Ac. McCann c. Reino Unido, de 13 de maio de 2008. § 46. Neste caso, a casa da autarquia local que o recorrente ocupava anteriormente juntamente com a sua mulher e onde passou a viver sozinho continuava a ser o seu «domicílio», na aceção do art. 8.º, n.º 1, apesar de,

tradicionais, tais como caravanas<sup>2106</sup>, cabanas ou bungalows<sup>2107</sup>, independentemente da questão da legalidade da ocupação ao abrigo do direito interno. Por último, o conceito de «domicílio» não se limita aos locais de residência onde se desenrola a vida privada e familiar, estendendo-se aos locais comerciais ou profissionais<sup>2108</sup>, tais como o escritório de um advogado<sup>2109</sup>, as instalações de um jornal<sup>2110</sup>, o escritório de um notário<sup>2111</sup> ou o gabinete de um professor universitário<sup>2112</sup>, abrangendo igualmente a sede social, as sucursais ou outras instalações comerciais de uma empresa<sup>2113</sup>.

Questões relacionadas com o gozo do domicílio, mas respeitantes às temáticas de expropriação ou rendas, são analisadas sob o amparo do art. 1.º do Protocolo n.º 1, que tutela o direito de propriedade.

Refira-se ainda que a titularidade do direito de propriedade do domicílio não é necessária, nem suficiente para que uma queixa seja examinada à luz do art. 8.<sup>o</sup><sup>2114</sup>. No entanto, caso o edifício não esteja contruído, não esteja habitado, não haja ocupação por tempo razoável ou os laços com o local sejam ténues, não se encontrará preenchido o conceito e não merecerá o caso guarida sob o manto do art. 8.<sup>o</sup><sup>2115</sup>. Assim, a possibilidade de herdar uma propriedade não constitui vínculo suficiente para merecer o tutela deste preceito<sup>2116</sup> e o mesmo se entende quanto à propriedade

---

após a notificação para sair, não ter o direito, nos termos do direito interno, de continuar a ocupar a casa.

- 2106. *Cfr.* Ac. Buckley c. Reino Unido, de 25 de setembro de 1996, § 54. A recorrente de etnia gitana comprou o terreno para aí estabelecer a sua residência e deixar a vida nómada. Aqui viveu numa caravana durante vários anos e não pretendia estabelecer a sua residência noutra local, ainda que não tenha tido autorização ao abrigo das regras de planeamento ou urbanismo para o efeito, pelo que o TEDH considerou que o caso respeitava ao direito da requerente ao respeito pelo seu «domicílio».
- 2107. *Cfr.* Acórdãos Winterstein e outros c. França, de 17 de outubro de 2013, § 141; Yordanova e outros c. Bulgária, de 24 de abril de 2012, § 103.
- 2108. *Cfr.* Ac. Niemietz c. Alemanha, de 16 de dezembro de 1992, §§ 30 e 31, referente a buscas realizadas num escritório de um advogado e onde o TEDH salientou que nem sempre se consegue distinguir claramente quais as atividades de um indivíduo que fazem parte da sua vida profissional ou empresarial e quais as que não fazem, perfilhando uma noção ampla de domicílio alinhada com a aceção ampla do termo «domicílio» usado na versão francesa do preceito.
- 2109. *Cfr.* citado caso Niemietz, §§ 29-31.
- 2110. *Cfr.* Ac. Saint-Paul Luxembourg S. A. c. Luxemburgo, de 18 de abril de 2013, § 31.
- 2111. *Cfr.* Ac. Popovi c. Bulgária, de 9 de junho de 2016, § 103.
- 2112. *Cfr.* Dec. TEDH, de 3 de junho de 2008, sobre as queixas n.º 9676/05, 10744/05 e 41349/06, de Steeg c. Alemanha, de 3 de junho de 2008.
- 2113. *Cfr.* Ac. Stés Colas Est e outros c. França, de 16 de abril de 2002, § 41.
- 2114. *Cfr.* Ac. Buckley c. Reino Unido, de 25 de setembro de 1996, § 54. Por exemplo, no Ac. Prokopovich c. Rússia, de 18 de novembro de 2004, o TEDH advogou que um apartamento arrendado pela requerente constituía o seu domicílio (§ 37).
- 2115. *Cfr.* Ac. Halabi c. França, de 16 de maio de 2019, § 41.
- 2116. *Cfr.* Dec. TEDH, de 1 de março de 2010, em particular sobre a queixa n.º 13751/02, de Demopoulos e outros c. Turquia, § 137.

em que se tem intenção de construir uma casa e onde se tem raízes<sup>2117</sup>. Outrossim, não se garante o direito a comprar um domicílio<sup>2118</sup>.

Assinale-se, por fim, que as violações do direito ao respeito pelo domicílio não se limitam a violações concretas ou físicas, como visitas não autorizadas por autoridades públicas<sup>2119</sup>, buscas e apreensões<sup>2120</sup>, destruição deliberada ou demolição<sup>2121</sup> ou mesmo alterações dos termos do contrato de arrendamento<sup>2122</sup>, incluindo também as violações que não são concretas ou físicas, como o ruído, as emissões, os cheiros ou outras formas de interferência, de modo a impedir o indivíduo de usufruir das comodidades do seu domicílio<sup>2123</sup>.

## **6. O RESPEITO PELA «CORRESPONDÊNCIA»: O ENFOQUE NO CONTROLO DA LEGALIDADE E NO JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE**

O direito ao respeito pela correspondência corresponde ao direito à confidencialidade e inviolabilidade das comunicações entre pessoas determinadas, bem como ao direito a comunicações ininterruptas e não censuradas com os outros.

O termo «correspondência» contido neste dispositivo não deve ser interpretado no sentido gramatical ou literal, mas no sentido teleológico ou funcional<sup>2124</sup> e acompanhar a evolução tecnológica verificada. Assim, o termo abrange, desde logo, as formas tradicionais de correspondência (*v.g.*, postal, o telegrama ou o fax) e de comunicação, tais como a correspondência postal de natureza privada ou profissional<sup>2125</sup>, incluindo de ou para reclusos ou detidos<sup>2126</sup>, as conversas telefónicas, entre família<sup>2127</sup> ou com terceiros<sup>2128</sup>, de instalações privadas ou comerciais<sup>2129</sup>, de

---

2117. *Cfr.* Ac. Loizidou c. Turquia, de 18 de dezembro de 1996, § 66.

2118. *Cfr.* Dec. do TEDH, de 5 de outubro de 2000, sobre a queixa n.º 46934/99, de Strunjak e outros c. Croácia.

2119. *Cfr.* Ac. Halabi c. França, de 16 de maio de 2019, §§ 54-56.

2120. *Cfr.* Ac. Chappell c. Reino Unido, de 30 de março de 1989, §§ 50 e 51.

2121. *Cfr.* Acórdãos Selçuk e Asker c. Turquia, de 24 de abril de 1998, § 86; Ghilan e outros c. Espanha, de 23 de março de 2021, § 55.

2122. *Cfr.* Ac. Berger-Krall and Others c. Eslovénia, de 12 de junho de 2014, § 264.

2123. *Cfr.* Ac. Giacomelli c. Itália, de 2 de novembro de 2006, § 76. É com este enquadramento que encontramos vários arrestos que compõem a mencionada jurisprudência «verde» deste Tribunal.

2124. Como escreve ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Derecho al respeto...», *op. cit.*, p. 316.

2125. *Cfr.* Ac. Niemietz c. Alemanha, de 16 de dezembro de 1992, § 32.

2126. *Cfr.* Acórdãos Silver e outros c. Reino Unido, de 25 de março de 1983, § 84; Nuh Uzun e outros c. Turquia, de 29 de março de 2022, § 80.

2127. *Cfr.* Ac. Margareta e Roger Andersson c. Suécia, de 25 de fevereiro de 1992, § 72.

2128. *Cfr.* Acórdãos Klass e outros c. Alemanha, de 6 de setembro de 1978 §§ 21 e 41; Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, § 64.

2129. *Cfr.* Ac. Amann c. Suíça, 2000, de 16 de fevereiro de 2000, § 44. Neste arresto, o TEDH afirma que as chamadas telefónicas recebidas em locais privados ou laborais estão contidas no

um estabelecimento prisional<sup>2130</sup>, ou a interceção de informações relativas a essas conversas (*v. g.*, data, duração, números marcados)<sup>2131</sup>. Mas, no juízo deste Tribunal, outras formas modernas de comunicação individual se encontram igualmente compreendidas no âmbito do conceito, tais como o acesso a dados de um *smartphone*, computador ou cópia em espelho do mesmo<sup>2132</sup>, correio eletrónico (*email*) enviado do trabalho<sup>2133</sup> ou trocado num *website* de encontros casuais<sup>2134</sup>, utilização da internet<sup>2135</sup>, disco rígido<sup>2136</sup> e disquete<sup>2137</sup>.

A modalidade típica de ingerência no direito ao respeito pela correspondência traduz-se na interceção das comunicações eletrónicas, telefónicas ou correspondência, podendo incluir a triagem de correspondência<sup>2138</sup>, a supressão de certas passagens<sup>2139</sup>, as escutas telefónicas<sup>2140</sup>, a cópia do conteúdo integral do disco rígido de computador portátil<sup>2141</sup>, a apreensão de um *smartphone* e a busca da sua cópia em espelho<sup>2142</sup>, ou medidas de vigilância secreta<sup>2143</sup>. Refira-se ainda que a identidade dos correspondentes poderá relevar para efeitos de examinar a extensão da proteção conferida pelo preceito, sublinhando o Juiz de Estrasburgo que as comunicações privilegiadas, como as trocadas entre advogado e cliente, especialmente detidos ou reclusos, gozam de proteção mais acentuada<sup>2144</sup>, ainda que possa ser compatível com a Convenção<sup>2145</sup>. O Tribunal tem asseverado igualmente que o conteúdo ou objeto da correspondência é irrelevante para aferir a ingerência, na medida em que o art. 8.º protege meio ou o método<sup>2146</sup>.

---

conceito em apreciação. Ver também Ac. Halford c. Reino Unido, de 25 de junho de 1997, §§ 44-46.

- 2130. *Cfr.* Ac. Petrov c. Bulgária, de 22 de maio de 2008, § 51.
- 2131. *Cfr.* Ac. P. G. e J. H. v. Reino Unido, de 25 de setembro de 2001, § 42.
- 2132. *V. g.*, Acórdãos Saber c. Noruega, de 17 de dezembro de 2020, § 48; Särgava c. Estónia, 26 de novembro de 2021, § 85.
- 2133. *V. g.*, Acórdãos Copland c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007, § 41; Bărbulescu c. Roménia, de 5 de setembro de 2017, § 72.
- 2134. *Cfr.* Ac. M. P. c. Portugal, de 7 de setembro de 2021, § 34, sobre mensagens eletrónicas trocadas pela requerente num *website* de encontros, apresentadas sem o seu consentimento pelo seu ex-marido no âmbito de um processo civil.
- 2135. *Cfr.* Ac. Bărbulescu c. Roménia, de 5 de setembro de 2017, § 81.
- 2136. *Cfr.* Ac. Petri Sallinen e outros c. Finlândia, de 27 de setembro de 2005, § 71.
- 2137. *Cfr.* Ac. Iliya Stefanov c. Bulgária, de 22 de maio de 2008, § 42.
- 2138. *Cfr.* Ac. Campbell c. Reino Unido, de 25 de março de 1992, § 33.
- 2139. *Cfr.* Ac. Pfeifer e Plankl c. Áustria, de 25 de fevereiro de 1992, § 43.
- 2140. *Cfr.* Ac. Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, § 64.
- 2141. *Cfr.* Ac. Särgava c. Estónia, de 16 de novembro de 2021, §§ 84 e ss.
- 2142. *Cfr.* Ac. Saber c. Noruega, 17 de dezembro de 2020, § 48.
- 2143. *Cfr.* Ac. Big Brother Watch e outros c. Reino Unido, de 25 de maio de 2021.
- 2144. *V. g.*, Acórdãos Campbell c. Reino Unido, de 25 de março de 1992, §§ 48 e 50; Petrov c. Bulgária, de 22 de maio de 2008, § 43.
- 2145. *Cfr.* *Cfr.* Ac. Silver e outros c. Reino Unido, de 25 de março de 1983, § 98.
- 2146. *Cfr.* Acórdãos A. c. França, de 23 de novembro de 1993, § 35-37; Frérot c. França, de 12 de junho de 2007, § 54. Por conseguinte, o Estado sindicado não poderá argumentar, como

Nos pleitos que sindicam a violação do direito ao respeito pela correspondência, a análise do Tribunal apresenta particular enfoque no controlo da legalidade e no juízo de proporcionalidade. Com efeito, a ingerência passará o controlo convencional, ao abrigo do n.º 2 do art. 8.º, se estiver «prevista da lei», perseguir um dos objetivos legítimos enunciados no preceito, mormente a segurança, a defesa da ordem, a prevenção de delitos ou a proteção de terceiros, e se for «necessária numa sociedade democrática». Assim, a restrição deve estar prevista na lei, com uma determinada qualidade, ou seja, deve estar prevista em dispositivos internos publicados, acessíveis e suficientemente claros e detalhados<sup>2147</sup>. Por outro lado, as medidas restritivas devem responder a uma necessidade social imperiosa para alcançar o objetivo legítimo perseguido e ser proporcionais a esse fim almejado, muito embora o Juiz de Estrasburgo conceda nesta sede uma ampla margem de apreciação às autoridades nacionais<sup>2148</sup>.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decorre das linhas que antecedem que o Tribunal de Estrasburgo, para assegurar a efetividade do art. 8.º da Convenção de Roma e acompanhando as mutações socioculturais e tecnológicas que vão emergindo no espaço europeu, tem construído, num movimento de ativismo e autocontenção judicial, em permanente diálogo com as jurisdições domésticas e respeitando as diferenças socioculturais e jurídicas nacionais, um direito polimórfico, dilatado e nubloso que abrange um caleidoscópio de facetas do indivíduo: a identidade, a autodeterminação, o corpo, a imagem, as escolhas existenciais e sexuais, a honra, a integridade física, a família ou famílias, as relações interpessoais, o desenvolvimento da personalidade, o domicílio e a correspondência, entre outros.

Vimos que o conceito de «vida privada» apresenta um âmbito extensíssimo, que não se compadece com uma definição exaustiva e que tem sido interpretado de modo generoso e evolutivo pelo Juiz de Estrasburgo em sintonia com os desenvolvimentos sociais e tecnológicos que assomam no horizonte europeu. Este conceito não se limita a tutelar um «círculo íntimo» dentro do qual o indivíduo vive a sua vida como entender e excluindo o mundo exterior, mas também abrange o direito ao desenvolvimento pessoal e interpessoal.

No que tange ao conceito de «vida familiar», assistimos a um movimento de dilatação do conceito ao colocar sob o escudo protetor do art. 8.º originário não apenas as relações familiares *de jure*, tradicional e formalmente assentes no casamento, mas

---

argumentou no caso A. c. França, que as conversas telefónicas intercetadas sobre atividade criminosa não se encontram abrangidas pelo art. 8.º (§ 34).

2147. Cfr. Acórdãos Labita c. Itália, 6 de abril de 2000, § 176, 180-184; Lavents c. Letónia, de 28 de novembro de 2002, § 135; Särgava c. Estónia, de 16 de novembro de 2021, § 87; Silver e outros c. Reino Unido, de 25 de março de 1983, § 88.

2148. Cfr. Acórdãos Campbell c. Reino Unido, de 25 de março de 1992, § 44; Szuluk c. Reino Unido, de 2 de junho de 2009, § 45.

também outras formas de coabitação afetiva e material caracterizadas pela constância e efetividade dos laços interpessoais gerados, independentemente do seu grau de formalização ou do sexo dos seus elementos. Por outro lado, a indeterminação normativa e a coabitação dos conceitos de «vida privada» e «vida familiar», associadas ao dinamismo interpretativo, conduziram o Tribunal Europeu, em certas ocasiões, a esbater a fronteira entre os dois conceitos e a construir um conceito amplo e nebuloso de «vida privada e familiar», que acolhe realidades tão distintas como o direito de viver num ambiente saudável ou o direito à proteção dos estilos de vida tradicionais das minorias étnicas e que reflexa e progressivamente dilui a especificidade do conceito de «vida familiar».

Constatámos ainda que o conceito de domicílio tem sido igualmente objeto de uma interpretação extensiva ou ampla, em linha com a versão francesa do termo («*domicilie*») e que, nos casos levados a Estrasburgo para apreciação da violação do direito ao respeito pela correspondência, a análise do Tribunal apresenta particular enfoque no controlo da legalidade e no juízo de proporcionalidade.

Concluímos, pois, que a indeterminação dos conceitos que coabitam no preceito e a permeabilidade às mutações socioculturais têm sido as condições favoráveis à expansão da interpretação evolutiva e resultado num campo de aplicação quase ilimitado, que garante a vitalidade da redação de 1950 e que traduz os valores socioculturais partilhados deste «club de democracias».



## *Capítulo 30*

# A proteção da(s) família(s) e das crianças no sistema europeu de proteção de direitos humanos

SUSANA ALMEIDA<sup>2149</sup>  
PATRÍCIA ROCHA<sup>2150</sup>

**SUMÁRIO:** 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 2. OS PRECEITOS TUTELADORES DA FAMÍLIA NO CONTEXTO CONVENCIONAL. 3. DAS RELAÇÕES FAMILIARES HORIZONTAIS: OS DIREITOS DOS CASAIS. 3.1. *O status da relação conjugal.* 3.2. *Os direitos decorrentes da relação conjugal.* 4. DAS RELAÇÕES FAMILIARES VERTICAIS: A FILIAÇÃO. 4.1. *Princípios gerais.* 4.2. *Os laços familiares entre pais e filhos menores após a rutura da vida em comum dos progenitores: determinação da residência e o direito de visitas.* 4.3. *Rapto de menores.* 4.4. *Medidas de promoção e proteção.* 4.5. *Gestação de substituição.* 5. SUMARÍSSIMA INCURSAO JURISPRUDENCIAL SOBRE AS NOVAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES. 5.1. *Famílias de facto.* 5.2. *Famílias monoparentais.* 5.3. *Famílias recombinadas, pluriparentais ou socioafetivas.* 5.4. *Famílias integradas por transexual.* 5.5. *Famílias constituídas por casais do mesmo sexo.* 5.6. *Famílias transfronteiriças.* 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

### **1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

O Direito da Família e das Crianças é um ramo do Direito que reflete singularmente a multiplicidade de valores socioculturais, costumes, crenças religiosas e

- 
2149. Professora Coordenadora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria (Portugal). Coordenadora e Investigadora do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense (IJP/IPLeiria). Formadora da Ordem dos Advogados sobre Tramitação Processual no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Doutora em Direito Privado (2011) pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas (2007) e Licenciada em Direito (2000) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: susana.almeida@ipleiria.pt
2150. Professora Adjunta da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria (Portugal). Investigadora do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense (IJP/IPLeiria). E-mail: patricia.rocha@ipleiria.pt

moraes, políticas económicas e expressões que latejam numa sociedade geográfica e temporalmente determinada. Esta «bagagem cultural» das normas jurídico-familiares tem sido tradicionalmente contemplada como um obstáculo à unificação ou europeização do Direito da Família e das Crianças<sup>2151</sup>. No entanto, o Conselho da Europa e o órgão de controlo do seu primeiro e principal tratado internacional multilateral – o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) – têm tido um papel proeminente no movimento de aproximação de culturas jurídico-familiares<sup>2152</sup>, que, enfatizando os espaços comuns de valores culturalmente partilhados e pondo em perspetiva as diferenças sem as negar<sup>2153</sup>, tem permitido a enunciação de padrões mínimos comuns que devem ser respeitados pelos Estados-membros e, por conseguinte, impulsiona reformas internas e o alinhamento jurisprudencial com o cânone europeu e, assim, a harmonização progressiva dos Direitos da Família e das Crianças Europeus<sup>2154</sup> e a intensificação da proteção dos direitos humanos nesta sede.

A apreciação dos mais diversificados e complexos contornos factuais familiares pelo Tribunal de Estrasburgo tem permitido a esta magna corte, recorrendo a singulares métodos hermenêuticos, deduzir pretorianamente da redação das normas da CEDH e dos seus Protocolos um quadro de princípios e regras jurídico-familiares *constituendas* que correspondem, como propomos demonstrar, às linhas comuns de proteção da(s) família(s) e das crianças que enformam os ordenamentos jurídicos internos europeus e os tratados internacionais neste domínio e que, por sua vez, devem ser acolhidos *in foro domesticó*.

- 
2151. Cfr. ALMEIDA, S., *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Lisboa, Juruá Editorial, 2016, p. 1.
2152. Como enfatiza PINTENS, W., «Europeanisation of Family Law», in *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe*, BOELE-WOELKI, K. (ed.), Antwerp – Oxford – New York, Intersentia, (2003), pp. 16 e 17 (3-33). Sobre este papel e, em particular, sobre documentos emanados no âmbito do Conselho da Europa e da União Europeia sobre questões de Direito da Família e das Crianças, ver KILLERBY, M., «The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)», in *Families across frontiers*, The Hague, Boston, London, LOWE, N. y DOUGLAS, G. (ed.), The International Society of Family Law, Martinus Nijhoff Publishers (1996), pp. 13-25; Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Conselho da Europa, *Manual de Legislação Europeia sobre Direitos da Criança*, Serviço das Publicações da União Europeia, 2015, disponível em <https://fra.europa.eu/pt/publication/2020/manual-de-legislacao-europeia-sobre-os-direitos-da-crianca>; DUDEN, K. e WIEDEMANN, D. (eds.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024.
2153. Como assinala FERRER RIBA, J., «Principles and Prospects for a European System of Child Protection», in *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, (2010), p. 6 (pp. 1-31).
2154. Sobre o papel da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo na evolução e harmonização do Direito da Família e das Crianças na Europa, ver, *inter alia*, Polakiewicz, J. y Jacob-Foltzer, V., «The European Human Rights Convention in domestic law: the impact of Strasbourg case-law in states where direct effect is given to the Convention», in *Human rights law journal*, vol. 12, n.º 3, (1991), pp. 65-85; vol. 12, n.º 4 (1991), pp. 125-142; PINTENS, W., «Europeanisation of Family Law», *op. cit.*

Perspetivando a Convenção como um «instrumento vivo que deve ser interpretado e aplicado à luz das conceções atualmente existentes no espaço europeu»<sup>2155</sup>, o órgão de controlo convencional tem desenvolvido uma jurisprudência evolutiva ou dinâmica que vai acompanhando as mutações socioculturais verificadas nos quadrantes familiares do palco europeu e respondendo aos desafios colocados, sempre num cauteloso jogo de equilíbrio entre a concessão da margem de apreciação às autoridades nacionais, que, como reitera este órgão, estão «melhor posicionadas» para aferir da necessidade de imposição de restrições aos direitos convencionais<sup>2156</sup>, e a imposição de obrigações positivas ou negativas, substantivas ou processuais, aos Estados-membros, sempre que um *consensus communis* assoma no horizonte europeu.

O processo de desenvolvimento hermenêutico da normatividade jurídico-familiar em Estrasburgo resulta, pois, de um permanente diálogo de influências recíprocas entre o ordenamento supranacional e os ordenamentos internos, respeitando as diferenças socioculturais e jurídicas nacionais, mas atento aos principais diplomas internacionais de foro universal ou regional, momente dimanantes da União Europeia, e conflui numa harmonização progressiva dos Direitos da Família e das Crianças na Europa.

Propomos, nas páginas que se seguem, depois de assinalar o leque de preceitos convencionais tuteladores da(s) família(s) e das crianças, realizar um *excursus* jurisprudencial com o centro de gravidade em Estrasburgo, por forma a enunciar os principais postulados jurídico-familiares de rosto europeu ditados pelo TEDH em arestos, num primeiro momento, relativos às relações horizontais ou conjugais e, num segundo momento, referentes às relações verticais, sobretudo, de filiação, abordando temas clássicos, como a rutura conjugal e a efetividade do direito de visita, rapto de menores ou medidas de promoção ou proteção, bem como temas mais desafiante na actualidade, como a gestação de substituição tranfronteiriça. Por fim, atentaremos no *corpus* jurisprudencial de teor familiar que concede tutela às diversas constelações familiares, tais como a família *de facto*, a família monoparental, a família pluriparental ou recombinada, a família integrada por transsexual, a família constituída por casais do mesmo sexo, sendo feita, neste último caso, uma

2155. Cfr., *inter alia*, Acórdãos Tyrer c. Reino Unido, de 25 de abril de 1978, § 31; Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, § 41; Rees c. Reino Unido, de 17 de outubro de 1986, § 47; Johnston e outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, § 53; Christine Goodwin c. Reino Unido, de 11 de julho de 2002, § 75.

2156. Cfr., *inter alia*, Acórdãos Olsson c. Suécia (n.º 2), de 27 de novembro de 1992, § 90; Hokkanen c. Finlândia, de 23 de setembro de 1994, § 64; Fretté c. França, de 26 de fevereiro de 2002, § 41. Sobre a conexão entre o princípio da subsidiariedade, que determina que o sistema de garantia coletiva erigido pela CEDH tem caráter subsidiário relativamente aos sistemas nacionais de garantia dos direitos humanos e que, portanto, a responsabilidade para assegurar o respeito pelos direitos proclamados neste tratado recai, em primeira instância, sobre as autoridades nacionais, e a margem de apreciação, ver, *inter alia*, GARCÍA ROCA, J., El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Pamplona, Aranzadi Civitas, 2010, pp. 93 e ss.

brevíssima súmula, já que o tema é objeto de análise noutra sede, bem como a família transfronteiriça. Não trataremos da jurisprudência respeitante ao casamento ou à proteção da família do migrante ou do recluso, na medida em que terão tratamento autónomo nesta obra.

## 2. OS PRECEITOS TUTELADORES DA FAMÍLIA NO CONTEXTO CONVENCIONAL

A Convenção de Roma e os seus Protocolos Adicionais apresentam diversos dispositivos que dividem esforços na concessão de tutela à(s) família(s) e às crianças, a saber: o art. 8.º, que concede assento convencional ao direito ao respeito pela vida privada e familiar; o art. 12.º, que tutela o direito ao casamento e o direito a fundar uma família; o art. 14.º que contém uma cláusula de não discriminação, bem como o art. 1.º do Protocolo n.º 12, que garante um princípio geral de não discriminação; o art. 1.º do Protocolo n.º 1, que salvaguarda a proteção da propriedade; o art. 5.º do Protocolo n.º 7, que consagra o princípio da igualdade entre os esposos; o art. 2.º do Protocolo n.º 1 respeitante à educação dos filhos; o art. 3.º, aplicável em casos de violência doméstica; e, por fim, ao art. 6.º, que garante o direito a um processo equitativo. Estas disposições protegem um amplo leque de direitos não raras vezes coincidentes e interrelacionados<sup>2157</sup> que vão, de modo direto ou *par ricochet*, concedendo tutela às várias dimensões da vida familiar, da(s) família(s) e às crianças.

Do enunciado leque, o art. 8.º é indubitavelmente aquele que ocupa um lugar soberano na proteção das relações familiares no seio convencional e tem sido igualmente o campo privilegiado para realização da interpretação evolutiva. O ideal de família que estava na mente dos autores deste preceito era a família com expressão social e jurídica nos Estados signatários em 1950, ou seja, a família *de jure*, tradicional e formalmente fundada no casamento heterossexual<sup>2158</sup>. No entanto, a indefinição convencional do termo «vida familiar» unida à conceção da Convenção como um «instrumento vivo» conduziu a que o TEDH tenha dilatado o conceito «vida familiar» ou família inicialmente delineado e colocado sob o escudo protetor convencional, numa aproximação casuística, outras formas de convivência afetiva e material caracterizadas pela constância e efetividade dos laços interpessoais gerados, sem ter em conta o seu grau de formalização ou o sexo dos seus elementos<sup>2159</sup>. Falamos das

- 
- 2157. Como menciona GOMIEN, D., *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005, p. 79.
  - 2158. Cf. COUSSIRAT-COUSTERE, V., «La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'Homme», in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Dekeuwer-Défossez, (avant-propos) / M.-T. Meulders-Klein, (rapport de synthèse), Paris, L. G. D. J., (1996), p. 46.
  - 2159. Frédéric Sudre assinala que o TEDH, para averiguar se uma família de facto constitui vida familiar, ora associa o parentesco ao critério da efetividade dos laços interpessoais, ora adota a fórmula da efetividade dos laços interpessoais e aparência de uma família. Cf. SUDRE, F., «Rapport Introductif – La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie privée», in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des*

famílias *de facto*, das famílias monoparentais, das famílias recombinadas, pluriparentais ou socioafetivas, das famílias integradas por transexual, das famílias constituídas por casais do mesmo sexo e das famílias transfronteiriças, entre outras<sup>2160</sup>.

O art. 12.º da Convenção reconhece ao homem e à mulher, a partir da idade núbil, e autonomamente<sup>2161</sup> o *direito de casar* e o *direito de constituir família*, deferindo às leis nacionais correspondentes a regulamentação pormenorizada do seu exercício, o que permite deduzir a concessão de uma grande margem de apreciação para as autoridades nacionais poderem regular os direitos aqui contemplados. No que tange aos sujeitos titulares destes autónomos direitos subjetivos, o Tribunal de Estrasburgo, nos *Acórdãos Christine Goodwin c. Reino Unido e I c. Reino Unido*, de 11 de julho de 2002, abandonou o critério do sexo biológico para definir o casamento e aceitou que a impossibilidade de procriar não pode, *per se*, ser vista como um obstáculo ao matrimónio, acolhendo deste modo no seio convencional o direito a contrair matrimónio dos transexuais. Os *obiter dicta* vertidos nestes arestos pareciam indicar que este Tribunal estaria a vacilar no sentido de aceitar o casamento entre casais do mesmo sexo, mas, no *Ac. Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010, esta instância proclamou categoricamente – ainda que com algumas nuances de hesitação no arrazoado – que o art. 12.º não faz impender sobre os Estados contratantes a obrigação de garantir o acesso ao matrimónio aos casais do mesmo sexo, pelo menos até que se vislumbre no horizonte europeu um consenso comum sobre o tema. De qualquer modo, retiramos deste *leading case* que, embora a recusa em reconhecer

---

*droits de l'homme*, SUDRE, F. (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, (2005), pp. 20 e ss. (pp. 11-33). Também Clara Sottomayor salienta que, «[p]ara proceder ao alargamento da noção de vida familiar, o TEDH tem seguido os critérios da efetividade dos laços interpessoais e da aparência de família, que atendem à existência de coabitación, à dependência financeira, e, sobretudo, aos laços de afetividade, efetivamente vividos, independentemente dos laços formais ou biológicos». *Cfr.* SOTTOMAYOR, C., Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 106.

2160. Para mais desenvolvimentos sobre esta construção evolutiva do conceito de família pelo TEDH, ver, entre muitos outros, ALMEIDA, S., O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 68 e ss.; ALMEIDA, S., *Familia a la luz del Convenio...*, *op. cit.*, pp. 76 e ss.; ALMEIDA, S., «As novas constelações familiares...», *op. cit.*, pp. 547 e ss.; CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, Coimbra, Wolters Kluwer (2010), pp. 230 e ss.; SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant lo Blanch (2006), pp. 85 e ss; SUDRE, F., «Rapport Introductif – La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», *cit.*
2161. Foi a Comissão Europeia dos Direitos do Homem – órgão que realizava a filtragem das queixas antes da entrada em vigor do Protocolo n.º 11 que procedeu a uma reestruturação do mecanismo de controlo convencional – que cedo dissociou estes dois direitos aquando de uma pronúncia sobre a interdição de reclusos contraírem matrimónio, salientando que o matrimónio é protegido mesmo em circunstâncias em que não existe intenção ou possibilidade de procriar. *Cfr.* Relatório de 13 de dezembro de 1979, sobre a queixa n.º 7114/75 de Hamer c. Reino Unido.

o estatuto matrimonial aos casais do mesmo sexo não seja contrária à Convenção, a sua aceitação no direito interno também não é incompatível com esta norma<sup>2162</sup>.

No que concerne ao direito a constituir família à luz do art. 12.º, as instâncias estrasburguesas têm propugnado que o exercício deste direito pressupõe a existência de um matrimónio e, portanto, os sujeitos ativos serão apenas e exclusivamente o homem e a mulher casados<sup>2163</sup>. Assim, os membros da união de facto poderão somente reclamar tal proteção ao amparo do art. 8.<sup>º</sup><sup>2164</sup>. De facto, enquanto, como veremos, e em virtude da interpretação dinâmica, o art. 8.º tutela a família *de jure* e a família *de facto*, desde que os critérios da efetividade dos laços interpessoais ou da aparência de uma família se verifiquem, a família insita no segundo segmento do art. 12.º surge como consequência do primeiro segmento deste preceito, ou seja, reduz-se ao direito à fundação da família, que se reserva às pessoas que estão ou desejam estar unidas pelo matrimónio.

Acrece que, de acordo com a jurisprudência dos órgãos convencionais, o direito a constituir família reconhecido pelo art. 12.º abrange o direito de procriar ou ter filhos<sup>2165</sup>, mas não inclui o direito a ter netos<sup>2166</sup>, nem garante o direito de adotar<sup>2167</sup>. Assim, este preceito não contempla o direito a fundar uma família monoparental, porquanto, no entender destes órgãos, o art. 12.º implica a existência de um casal e não deve ser interpretado no sentido de incluir o direito de uma pessoa isolada adotar uma criança<sup>2168</sup>.

- 
2162. Neste sentido, Ac. Schalk e Kopf c. Áustria, de 24 de junho de 2010, §§ 61-62. Esta posição foi mantida nos Acórdãos Hämäläinen c. Finlândia, de 14 de julho de 2014; Oliari e Outros c. Itália, de 21 de outubro de 2015; Chapin e Charpentier c. França, de 9 de setembro de 2016. Assinale-se que, no caso Hämäläinen, o Tribunal Europeu asseverou que não existe a obrigação positiva de prever um procedimento eficaz e acessível que permita o reconhecimento jurídico da nova identidade sexual no seguimento de cirurgia de conversão sexual e manter, em simultâneo, o casamento anteriormente celebrado.
2163. Com efeito, segundo o entendimento da Comissão, o «direito de constituir família pressupõe a existência de um casal e não inclui a adoção por um casal não unido pelo matrimónio». *Cfr.* Dec. da Comissão, de 10 de julho de 1975, sobre a queixa n.º 6482/74 de X. c. Bélgica e Países Baixos, e Ac. Rees c. Reino Unido, de 17 de outubro de 1986, § 49. Ver também Council of Europe, Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights, 2022, disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_12\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_12_ENG.pdf), § 4, p. 5.
2164. *Cfr.* OVEY, C. e WHITE, R., Jacobs and White, the European Convention on Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 226.
2165. *Cfr.* Dec. da Comissão, de 15 de dezembro de 1977, sobre a queixa n.º 7229/75.
2166. Com efeito, na Dec. do TEDH, de 6 de março de 2003, sobre a queixa n.º 67914/01 de Sijakova e outros c. ex República Jugoslava da Macedónia, o Tribunal asseverou que «o direito a ter netos ou o direito de procriar não estão protegidos pelo Artigo 12.º ou por qualquer outro Artigo da Convenção», pelo que os avós não gozam da proteção deste dispositivo se os filhos fazem um voto sagrado de celibato.
2167. *Cfr.* Decisões da Comissão, de 15 de dezembro de 1977, sobre a queixa n.º 7229/75, DR 12, p. 32; de 10 de julho de 1997, sobre a queixa n.º 31924/96 de Di Lazarro, DR 90-A, p. 134.
2168. *Cfr.* Decisões da Comissão, de 10 de julho de 1975, sobre a queixa n.º 6482/74 de X. c. Bélgica e Países Baixos, DR 7, p. 76; de 10 de julho de 1997, sobre a queixa n.º 31924/96, de Di Lazarro c. Itália, DR 90-A, p. 134; e Ac. Fretté c. França, de 26 de fevereiro de 2002, § 32.

O art. 14.<sup>º</sup> contém uma cláusula de *não discriminação* que, aplicada em conjunto com outras normas substantivas, mormente com o art. 8.<sup>º</sup>, impede a diferença de tratamento injustificada no seio familiar. Assinale-se que este preceito tem uma natureza complementar e, por conseguinte, apenas produz efeitos quando conjugado com outros direitos e liberdades salvaguardados pela Convenção ou pelos seus Protocolos Adicionais, no sentido de reforçar a sua proteção<sup>2169</sup>. Contudo, de acordo com o que propugna o Tribunal de Estrasburgo, o papel subsidiário desempenhado pelo art. 14.<sup>º</sup> não implica que a declaração da sua contravenção esteja dependente da constatação de violação do direito ou da liberdade a que se associa<sup>2170</sup>. Como decorre, a família protegida pelo art. 14.<sup>º</sup> será a família tutelada pela norma substantiva a que se associa.

Ainda a respeito deste dispositivo e em seguimento do exposto, cumpre assinalar que a cláusula de não discriminação nele contida, ora em combinação com o art. 8.<sup>º</sup>, ora articulada com o art. 1.<sup>º</sup> do Protocolo n.<sup>º</sup> 1, surge como um verdadeiro catalisador da proteção dos direitos das novas formas de família. Assinale-se que, quando uma diferença de tratamento se funda no sexo ou na orientação sexual, a margem de apreciação dos Estados-membros encontra-se mais restringida<sup>2171</sup> e para que uma diferença de tratamento fundada no sexo seja compatível com a Convenção, razões de peso devem ser avançadas<sup>2172</sup>.

Foi efetivamente através da conjugação dos arts. 14.<sup>º</sup> e 8.<sup>º</sup> da Convenção que as instâncias de Estrasburgo foram eliminando dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros as diferenças de tratamento entre os *filhos nascidos na constância e fora do casamento*<sup>2173</sup>. Foi igualmente mediante a aplicação destes dois dispositivos que os órgãos convencionais têm condenado toda a diferença injustificada de tratamento entre *pais naturais* e *pais divorciados*, no que respeita à concessão de direitos de visita na sequência de separação<sup>2174</sup>, e em consonância com o princípio

2169. Alguns autores falam até da qualidade «parasita» do art. 14.<sup>º</sup>. Cfr JANIS, M. W, KAY, R. S., BRADLEY, A. W., European Human Rights Law: texts and materials, Oxford, Oxford University Press 2008, pp. 457 e ss.; HARRIS, D., O'BOYLE, M., WARBRICK, C., Law of the European Convention on Human Rights, USA, Oxford University Press, 2009, p. 613.

2170. Cfr. Ac. relativo ao ensino da língua na Bélgica c. Bélgica, de 23 de julho de 1968, § 9; Acórdãos Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, de 28 de maio de 1985, § 71; Inze c. Áustria, de 28 de outubro de 1987, § 36; Camp e Bourimi c. Países Baixos, de 3 de outubro de 2000, § 34; Mizzi c. Malta, de 12 de janeiro de 2006, § 126. Ver também Council of Europe, Guide on Article 14 of the Convention (prohibition of discrimination) and on Article 1 of Protocol No. 12 (general prohibition of discrimination), 2022, disponível em [https://ecchr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_14\\_Art\\_1\\_Protocol\\_12\\_ENG.pdf](https://ecchr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf), pp. 7 e ss.

2171. Cfr. Ac. Karner c. Áustria, de 24 de julho de 2003, § 41.

2172. Cfr. Ac. Willis c. Reino Unido, de 11 de junho de 2002, § 39.

2173. Cfr., *inter alia*, Acórdãos Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, §§ 44-48; Vermeire c. Bélgica, de 29 de novembro de 1991, § 28; Camp e Bourimi c. Países Baixos, de 3 de outubro de 2000, § 39; Wolter e Sarfert c. Alemanha, de 23 de junho de 2017, § 57.

2174. Cfr. Acórdãos Hoffmann c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 11 de janeiro de 2002; Sahin c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 8 de julho de 2003; Sommerfeld c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 8 de julho de 2003. Ver também Ac. Paparrigopoulos c.

da manutenção das relações paterno-materno-familiares<sup>2175</sup>, ou no que tange à exigência do seu consentimento ou conhecimento em processos de adoção, ou mesmo a diferença de tratamento em razão do sexo e estatuto familiar do progenitor<sup>2176</sup>. Também as *diferenças de tratamento em razão do sexo* têm sido recriminadas pelo Tribunal de Estrasburgo à luz conjunta destas normas, designadamente no que concerne à possibilidade de manutenção do sobrenome de nascença e não adoção do sobrenome do marido após o matrimónio<sup>2177</sup>. Refira-se igualmente que as instâncias estrasburguesas se têm socorrido destes dois preceitos para erradicar dos ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes *discriminações fundadas na orientação sexual*, em matérias como o exercício de responsabilidade parental<sup>2178</sup>, transmissão de arrendamento para habitação<sup>2179</sup> ou adoção<sup>2180</sup>.

Não obstante, os órgãos de controlo convencional têm consentido um tratamento diferenciado das uniões de facto, rejeitando, por conseguinte, a aplicação conjunta dos arts. 14.º e 8.º, sob o argumento da proteção do casamento e da família tradicional. Deste modo, e como concluímos noutra sede, as instâncias estrasburguesas procedem a uma clara «hierarquização dos modelos de vida conjugal», com a atribuição de um estatuto privilegiado ao casamento<sup>2181</sup>.

Por outro lado, o art. 14.º lido em conjunto com o art. 1.º do Protocolo n.º 1, protetor da propriedade, reveste também especial importância na defesa dos direitos das famílias naturais e, em particular, dos filhos nascidos fora do matrimónio<sup>2182</sup>.

Assinale-se ainda que o Protocolo n.º 12 veio posteriormente proclamar e garantir um princípio geral de não discriminação.

---

Grécia, de 30 de setembro de 2022, sobre a diferença de tratamento desproporcional entre pais e mães de crianças nascidas fora do matrimónio consubstanciada na impossibilidade de o pai de uma criança nascida fora do casamento exercer as responsabilidades parentais sem o consentimento da mãe, apesar da filiação estabelecida por um teste de ADN.

- 2175. Cfr., *inter alia*, Acórdãos Elsholz c. Alemanha, de 13 de julho de 2000, § 43; Johansen c. Noruega, de 7 de agosto de 1996, § 52.
- 2176. Por exemplo, no Ac. Yocheva e Ganeva c. Bulgária, de 11 de agosto de 2021, o Tribunal considerou que a denegação de um subsídio mensal geralmente atribuído às famílias monoparentais (constituídas por viúvas ou por mãe solteiras com filhos reconhecidos antes da morte do pai biológico), em virtude de a requerente ser mãe solteira de filhos que não haviam sido reconhecidos pelo pai era violadora da Convenção, porquanto a diferença de tratamento se fundava numa compreensão muito tradicional, ultrapassada e estereotipada de família *de jure* biparental (§ 115).
- 2177. Cfr. Ac. Ünal Tekeli c. Turquia, de 16 de novembro de 2004.
- 2178. Cfr. Ac. Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de dezembro de 1999.
- 2179. Cfr. Ac. Karner c. Áustria, de 24 de julho de 2003.
- 2180. Cfr. Ac. E. B. c. França, de 22 de janeiro de 2008, distanciando-se do entendimento perfilhado no Ac. Frétté c. França, de 26 de fevereiro de 2002.
- 2181. Como assinala LEVINET, M., «La liberté matrimoniale au sens de la Convention Européenne des Droits de L'Homme», in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 15.º année, n.º 60, 1.º outubro, (2004), p. 890. Ver também ALMEIDA, S., O respeito pela vida..., *op. cit.*, p. 211.
- 2182. Cfr. Acórdãos Inze c. Áustria, de 28 de outubro de 1987, § 40; Mazurek c. França, de 1 de fevereiro de 2000, §§ 52-55.

O art. 1.º do Protocolo n.º 1 concede tutela à propriedade e tem assumido um papel de relevo na defesa dos direitos das famílias *de facto, maxime* na proteção dos direitos sucessórios dos filhos nascidos fora do casamento. Com efeito, através da aplicação desta disposição associada ao art. 14.º da Convenção, o Tribunal Europeu transferiu o princípio da igualdade entre filhos nascidos dentro e fora do casamento para o plano dos direitos patrimoniais<sup>2183</sup>. Assim, por exemplo, a igualdade de trato exige que não se reduza a quota sucessória em função de a criança ser adulterina e, portanto, «ilegítima», como sucedeu no caso *Mazurek*<sup>2184</sup> ou no caso *Merger e Cros*<sup>2185</sup>, ou que não se estabeleça um regime preferencial favorecedor dos filhos «legítimos», como se verificou no caso *Inze*<sup>2186</sup>. Por outra via, este dispositivo tem sido igualmente aplicado em conjunto com o art. 14.º da Convenção em casos de discriminação em razão do sexo contra mulheres<sup>2187</sup> ou contra homens<sup>2188</sup> no que toca a benefícios de segurança social ou no que tange à licença parental<sup>2189</sup>.

O art. 5.º do Protocolo n.º 7 veio consagrar o princípio da igualdade entre os cônjuges e respeita aos direitos e responsabilidades de carácter civil, patrimonial e pessoal, entre eles e nas relações com os filhos durante o matrimónio e no momento da sua dissolução<sup>2190</sup>.

No que concerne à questão da educação e instrução dos filhos, o art. 2.º do Protocolo n.º 1 faz impender sobre os Estados contratantes a obrigação de garantir a todos o acesso à educação «nos estabelecimentos escolares existentes num dado momento»<sup>2191</sup> e de respeitar as convicções religiosas e filosóficas dos pais, salvaguardando, deste modo, o «pluralismo educativo, essencial para a preservação da “sociedade democrática”, tal como a concebe a Convenção»<sup>2192</sup>.

O art. 6.º da Convenção consagra o direito a um processo equitativo e desempenha um papel fundamental na apreciação do decurso do tempo e na proteção das garantias processuais dos pais em assuntos concernentes ao exercício das responsabilidades parentais, execução de direitos de visitas, subtração e restituição de menores, realizando o escrutínio sobre o defetivo funcionamento dos serviços de

---

2183. Efetivamente, como afirmou esta instância, por exemplo, no caso *Marckx*, a «vida familiar não compreende apenas as relações de carácter social, moral ou cultural», mas também engloba «os interesses materiais». *Cfr. Ac. Marckx c. Bélgica*, de 13 de junho de 1979, § 52.

2184. *Cfr. Ac. Mazurek c. França*, de 1 de fevereiro de 2000.

2185. *Cfr. Ac. Merger e Cros c. França*, de 22 de dezembro de 2004.

2186. *Cfr. Ac. Inze c. Áustria*, de 28 de outubro de 1987.

2187. *Cfr. v. g., Ac. Wessels-Bergervoet c. Países Baixos*, de 4 de junho de 2002.

2188. *Cfr. v. g., Ac. Karlheinz Schmidt c. Alemanha*, de 18 de julho de 1994.

2189. *Cfr. Ac. Konstantin Markin c. Rússia*, 22 de março de 2012.

2190. Note-se que não é possível retirar da alusão à dissolução do casamento a obrigação de os Estados contratantes introduzirem nos seus sistemas jurídicos internos a previsão de quaisquer formas de dissolução. *Cfr. Ac. Johnston e outros c. Irlanda*, de 18 de dezembro de 1986, § 53.

2191. *Cfr. Ac. Kjeldsen e outros c. Dinamarca*, de 7 de dezembro de 1976, § 52.

2192. *Cfr. Ac. Kjeldsen e outros c. Dinamarca*, de 7 de dezembro de 1976, § 50.

administração de justiça e as suas, por vezes, irremediáveis e nefastas consequências na vida familiar<sup>2193</sup>.

### **3. DAS RELAÇÕES FAMILIARES HORIZONTAIS: OS DIREITOS DOS CASAIS**

#### **3.1. O STATUS DA RELAÇÃO CONJUGAL**

Atentemos agora no *acquis jurisprudencial* respeitante às relações familiares horizontais e, em particular, aos direitos convencionais relacionados com o *status* da relação conjugal, sua constituição e dissolução.

No que tange ao *casamento*, poderemos referir que, muito embora o art. 12.º seja *lex specialis*, a interferência com a vida conjugal tem sido analisada, não raras vezes, sob a égide do art. 8.º em conjugação com o art. 14.º, num quadro de apreciação de tratamento discriminatório. De acordo com jurisprudência bem firmada do Tribunal, para que um caso seja apreciado sob o ângulo do art. 14.º, a violação alegada deve consubstanciar-se numa diferença de tratamento de pessoas que se encontram numa posição análoga ou comparável e a distinção será discriminatória se não perseguir uma finalidade legítima, isto é, se não se fundar numa justificação objetiva e razoável<sup>2194</sup>.

Relativamente aos insistentes apelos para se deduzir destes preceitos o acesso ao matrimónio pelos casais do mesmo sexo, o TEDH proclamou, no *Ac. Schalk e Kopf c. Áustria, de 24 de junho de 2010*, que, muito embora o casal do mesmo sexo coabitante vivendo em união estável constitua «vida familiar» (§ 94), não poderia interpretar o art. 14.º aplicável em conjunto com o art. 8.º no sentido de fazer impender uma obrigação do positiva sobre os Estados-membros de prever no ordenamento interno o direito ao casamento dos casais do mesmo sexo (§ 101)<sup>2195</sup>.

O Tribunal de Estrasburgo veiculou outrossim, no *Ac. Şerife Yiğit c. Turquia, de 21 de janeiro de 2009*, que «o art. 8.º não pode ser interpretado no sentido de impor ao Estado a obrigação de reconhecer o casamento religioso» e, por outro lado, aventou que este preceito «não exige que o Estado estabeleça um regime especial para uma categoria de casais não casados» (§ 102).

O Juiz Europeu considerou igualmente, no *Ac. Z. H. e R. H. c. Suíça, de 8 de dezembro de 2015*, que não se poderá deduzir do art. 8.º a obrigação positiva de reconhecer um casamento, religioso ou não religioso, contraído por uma criança de 14 anos, nem tal obrigação poderá ser retirada do art. 12.º (§ 44).

2193. Para uma análise detalhada dos preceitos tuteladores da família no seio familiar, ver, entre muitos outros, ALMEIDA, S., *O respeito pela vida..., op. cit.*; ALMEIDA, S., *Familia a la luz del Convenio..., op. cit.*, pp. 71 e ss. Ver igualmente os guias de interpretação jurisprudencial destes preceitos gizados pelo Conselho da Europa e disponíveis em [https://www.echr.coe.int/Pages/art/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=](https://www.echr.coe.int/Pages/art/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#)#

2194. Conforme esquema de análise há muito desenhado pelo TEDH no Ac. relativo ao ensino da língua na Bélgica *c. Bélgica*, de 23 de julho de 1968, § 34.

2195. No mesmo sentido, ver *Ac. Chapin e Charpentier c. França*, de 9 de setembro de 2016, §§ 48-52.

No que concerne ao *divórcio*, é assente o entendimento do órgão de controlo convencional de que o art. 8.º ou o art. 12.º não garantem o direito à dissolubilidade do vínculo matrimonial<sup>2196</sup> e, além disso, considera esta instância que tais dispositivos não podem ser interpretados, *a fortiori*, no sentido de garantir um resultado favorável num processo de divórcio instaurado ao abrigo do direito interno<sup>2197</sup>.

Relativamente às *uniões civis registadas*, no *Ac. Vallianatos e outros c. Grécia, de 7 de novembro de 2013*, o Tribunal considerou que existia uma violação do art. 14.º, em conjunto com o art. 8.º, na medida em que a lei doméstica impedia os casais do mesmo sexo de celebrarem uniões civis e, como argumento coadjuvante, salientou a clara tendência dos Estados-membros do Conselho da Europa, quando optam por autorizar alguma forma de parceria registada como alternativa ao casamento para casais não casados, de incluírem os casais do mesmo sexo (§§ 91 e 92). Ao invés, no *Ac. Ratzenböck e Seydl c. Áustria, de 26 de outubro de 2017*, o TEDH propugnou que a negação de acesso a união civil registada, instituto apenas disponível para casais do mesmo sexo, não estaria em contravenção ao art. 14.º, aplicado em combinação com o art. 8.º, porquanto os requerentes não se encontravam numa situação semelhante ou comparável à dos casais do mesmo sexo que não eram titulares do direito de casar e que, portanto, careciam deste regime para tutela da sua relação (§§ 91 e 92). A respeito da impossibilidade de ver o casamento celebrado no estrangeiro entre casais do mesmo sexo registado ou reconhecido como qualquer tipo de união, o TEDH considerou, no *Ac. Orlandi e outros c. Itália, de 14 de dezembro de 2017*, que o art. 8.º havia sido violado, porquanto o Estado sindicado não dispunha de um quadro jurídico que previsse o reconhecimento e a proteção das uniões entre pessoas do mesmo sexo, gerando-se, deste modo, um vazio legal (§§ 210 e 211).

### 3.2. OS DIREITOS DECORRENTES DA RELAÇÃO CONJUGAL

Também os direitos patrimoniais, mormente os direitos ou adstrições a prestações sociais, a prestações de alimentos ou os direitos sucessórios dos casais têm sido objeto de um exame atento por parte do Tribunal Europeu, ora sob o prisma do art. 14.º lido em conjunto com o art. 1.º do Protocolo n.º 1<sup>2198</sup>, ora à luz do art. 8.º em combinação com o art. 14.<sup>º</sup><sup>2199</sup> ou ainda sob a leitura do art. 14.º em conjunto com o art. 8.º e com o art. 1.º do Protocolo n.º 1<sup>2200</sup>. Em geral, o Tribunal reconhece uma ampla margem de apreciação aos Estados-membros no domínio de estratégia económica e social<sup>2201</sup>, salientando, não obstante, este órgão convencional que o «casamento confere um

2196. *Cfr. Acórdãos Johnston e outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, §§ 52-57; F. c. Suíça, de 18 de dezembro de 1987, § 38; Babiarz c. Polónia, 10 de janeiro de 2017, § 49.*

2197. *Cfr. Ac. Babiarz c. Polónia, 10 de janeiro de 2017, §§ 56-58.*

2198. *Cfr. Ac. Muñoz Díaz c. Espanha, de 8 de dezembro de 2009, §§ 51-71.*

2199. *Cfr. Ac. Şerife Yiğit c. Turquia, de 21 de janeiro de 2009, §§ 87, 88 e 102.*

2200. *Cfr. Ac. Adelguer Tomás c. Espanha, de 14 de junho de 2016, §§ 72-78.*

2201. *Cfr. Acórdãos Stec e outros c. Reino Unido, de 12 de abril de 2006, §§ 51 e 52; Burden c. Reino Unido, de 29 de abril de 2008, § 60.*

estatuto especial àqueles que o celebram»<sup>2202</sup>. Sem embargo, também já enfatizou esta instância que, apesar da importância da proteção da família tradicional, os Estados devem ter em consideração os desenvolvimentos e as mudanças verificadas no palco social, «incluindo o facto de não haver apenas uma via ou uma escolha no domínio da condução e da vivência da vida familiar ou privada»<sup>2203</sup>.

No que tange à discriminação relativa à previsão de isenções ou benefícios sociais fundados no género, considera esta instância que estas medidas devem ser aplicadas de forma igual a homens e mulheres, exceto se forem apresentadas «razões ponderosas» para justificar a diferença de tratamento<sup>2204</sup>. Por exemplo, no caso *Stec*, a distinção quanto à idade de reforma entre homens e mulheres na lei britânica escrutinada foi considerada justificada, na medida em que visava corrigir a posição economicamente desfavorecida das mulheres<sup>2205</sup>. Diferentemente, no caso *Willis*, o Tribunal considerou que o facto de as pensões de viudez a que um homem tem direito, na sequência da morte da sua esposa, serem consideravelmente inferiores àquelas a que uma mulher teria direito na mesma situação constituía uma discriminação sem justificação objetiva e razoável e, por conseguinte, uma violação do art. 14.<sup>o</sup><sup>2206</sup>. Igualmente, no caso *Wessels-Bergervoet*, a diferença de tratamento entre homens e mulheres casados resultante da lei neerlandesa sobre as pensões de reforma, mormente a sua redução em virtude de contribuição durante certo período para sistema estrangeiro, não era objetiva e razoavelmente justificada e, portanto, foi considerada contrária à Convenção<sup>2207</sup>.

Quanto à diferença de tratamento entre casais casados e não casados no que se refere a prestações sociais, esta tem sido considerada conforme à Convenção, sob o argumento de que tal diferença prossegue um objetivo legítimo e se baseia em razões objetivas e razoáveis, nomeadamente a proteção da família tradicional alicerçada nos laços do matrimónio<sup>2208</sup>. De acordo com o TEDH, os Estados dispõem, pois, de uma «certa margem de apreciação para tratar de forma diferente os casais casados e os casais não casados, nomeadamente em matérias do domínio da política social e fiscal, como impostos, pensões e segurança social»<sup>2209</sup>, realizando, assim, uma explícita hierarquização dos modelos de vida conjugal<sup>2210</sup>.

2202. Cfr. Ac. Burden c. Reino Unido, de 29 de abril de 2008, § 63.

2203. Cfr. Ac. Kozak c. Polónia, 2 de março de 2010, § 98.

2204. Cfr. Ac. Van Raalte v. Países Baixos, 21 de fevereiro de 1997, § 42. *In casu*, a norma sindicada e declarada discriminatória previa que uma mulher sem filhos, tendo atingido a idade de 45 anos, estava isenta de contribuir para um fundo social em benefício dos filhos, ao passo que os homens da mesma idade não estavam isentos.

2205. Cfr. Ac. *Stec* e outros c. Reino Unido, de 12 de abril de 2006, § 66. Ver no mesmo sentido, *mutatis mutandis*, *Acórdãos Walker* c. Reino Unido, de 22 de agosto de 2006, §§ 30-39; *Runkee e White* c. Reino Unido, de 10 de maio de 2007, §§ 33-43.

2206. Cfr. Ac. *Willis* c. Reino Unido, de 11 de junho de 2002, §§ 37-43.

2207. Cfr. Ac. *Wessels-Bergervoet* c. Países Baixos, 4 de junho de 2002, §§ 46-55.

2208. Cfr. Ac. *Şerife Yiğit* c. Turquia, de 21 de janeiro de 2009, § 72.

2209. Cfr. Ac. Burden c. Reino Unido, de 29 de abril de 2008, § 65.

2210. Como referimos *supra* e como procurámos demonstrar em ALMEIDA, S., *Familia a la luz del Convenio..., op. cit.*, pp. 164 e 387 e ss.

Refira-se ainda o *Ac. Muñoz Díaz c. Espanha*, de 8 de dezembro de 2009, sobre a recusa de concessão de uma pensão de viuvez a uma cidadã espanhola de etnia cigana, casada de acordo com os ritos e tradições ciganas, com o fundamento de que essa união não tinha efeitos civis e que devia, portanto, ser considerada uma relação *more uxorio*. In casu, o TEDH considerou que, em virtude de o Estado espanhol reconhecer aquela família como família numerosa, ter recebido as contribuições do marido cigano para a segurança social durante mais de 19 anos e, nessa medida, ter criado expectativas sobre o reconhecimento daquela família, seria desproporcional não reconhecer agora os efeitos do casamento cigano em matéria de pensão de viuvez e, por conseguinte, ditou que os arts. 14.º da CEDH e 1.º do Protocolo n.º 1 haviam sido violados (§ 69).

Em matéria de pensão compensatória a ex-cônjuge, no *Ac. Milhau c. França*, de 10 de julho de 2014, o Tribunal de Estrasburgo pronunciou-se sobre a decisão doméstica que, no contexto de um processo de divórcio fundado na culpa exclusiva do requerente, atribuiu uma prestação financeira compensatória à sua ex-cônjuge que assumiu a forma de um bem imóvel próprio do requerente, a que ele teve compulsoriamente de renunciar, muito embora tivesse a capacidade e a vontade de pagar com outros bens. O Tribunal considerou que o art. 1.º do Protocolo n.º 1 havia sido violado, na medida em que não havia sido encontrado um justo equilíbrio entre o interesse geral da coletividade e a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, já que o requerente havia suportado um «“ónus individual e excessivo”, que só poderia ter sido legitimado se tivesse tido a possibilidade de pagar a sua dívida por outro meio previsto na lei, nomeadamente o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a transferência dos seus direitos de propriedade sobre uma ou várias outras propriedades» (§§ 53 e 54).

O tratamento discriminatório em função do género também tem sido objeto de apreciação pelo TEDH em matéria de sistema dos apelidos de família, à luz do art. 8.º em combinação com o art. 14.<sup>o</sup><sup>221</sup>.

#### 4. DAS RELAÇÕES FAMILIARES VERTICAIS: A FILIAÇÃO

##### 4.1. PRINCÍPIOS GERAIS

Inspirado nas orientações da Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, bem como nas recomendações ou tratados assinados sob os auspícios do nosso conhecido «clube das democracias»<sup>2212</sup>, o Tribunal Europeu tem criado um *corpus jurisprudencial*

2211. Por exemplo, no *Ac. Burghartz c. Suíça*, de 22 de fevereiro de 1994, o Tribunal Europeu considerou que o sistema de apelidos helvético violava o art. 8.º em combinação com o art. 14.º, uma vez que o marido não podia colocar o seu apelido à frente do da esposa, que havia sido adotado como apelido de família, enquanto a mulher o poderia fazer. Já no *Ac. Ünal Tekeli c. Turquia*, de 16 de novembro de 2004, o Tribunal considerou que a lei sindicada, que impedia a manutenção do apelido da esposa e que não permitia a não adoção do apelido do marido após o casamento, mesmo com o consentimento mútuo dos cônjuges a este respeito, era contrária ao art. 14.º em conjunto com o art. 8.º.

2212. Para uma súmula, consulte-se, Council of Europe, Council of Europe achievements in the field of law – Family law and the protection of children, Strasbourg, August 2008, dispo-

marcadamente pedocêntrico e igualitário, o que corresponde às coordenadas básicas dos Direitos da Família e das Crianças dos diversos Estados-membros.

No plano dos princípios, o Tribunal de Estrasburgo enfatiza reiteradamente que, nas decisões concernentes a crianças e, portanto, nos pleitos atinentes ao exercício das responsabilidades parentais, o «*interesse superior*» destas deve ser a consideração primordial<sup>2213</sup>.

Por outro lado, o órgão de controlo convencional tem afirmado o princípio da igualdade no seio familiar e, sobretudo, o princípio da não discriminação entre filhos, proclamando repetida e inequivocamente que o art. 8.º não distingue a família *de jure* da família *de facto*, pelo que decorre desta disposição ou do art. 1.º do Protocolo n.º 1, em conjugação com o art. 14.º, que existe igual proteção para os filhos nascidos dentro e fora do casamento, bem como para os filhos adulterinos e os filhos adotados<sup>2214</sup>, e ainda para os pais *de jure* e os pais de facto ou naturais<sup>2215</sup>.

Também o princípio da corresponsabilidade parental, em nome do superior interesse da criança, parece estar a ser progressivamente apregoado em Estrasburgo<sup>2216</sup>.

Por fim, como sublinha repetidamente o TEDH, à luz do art. 8.º, o gozo por pais e filhos da sua mútua companhia constitui um elemento fundamental da vida

nível em <https://rm.coe.int/16807002be>. Ver igualmente KILLERBY, M., «The Council of Europe's Contribution to Family Law...», *op. cit.*, pp. 23 e 24; SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional...*, *op. cit.*, pp. 217 e ss.

2213. *Cfr.* Ac. Neulinger e Shuruk c. Suíça, de 6 de julho de 2010, § 135, aliás em conformidade, como assinala este órgão neste aresto, com o art. 24.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Veja-se igualmente o Ac. Maumousseau e Washington c. França, de 06 de dezembro de 2007, onde o TEDH asseverou que, desde a adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança, o interesse superior da criança passou a ser a consideração primordial em questões concernentes à proteção da criança, com vista ao seu desenvolvimento em ambiente familiar, já que a família constituiu, citando o preâmbulo da Convenção, «a unidade fundamental da sociedade e o ambiente natural para o seu crescimento e bem estar» (§ 66).

Como, aliás, determina o art. 24.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

2214. *Cfr., inter alia*, Acórdãos Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, §§ 44-48; Vermeire c. Bélgica, de 29 de novembro de 1991, § 28; Camp e Bourimi c. Países Baixos, de 3 de outubro de 2000, § 39; Wolter e Sarfert c. Alemanha, de 23 de junho de 2017, § 57.

2215. *Cfr.* Acórdãos Hoffmann c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 11 de janeiro de 2002; Sahin c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 8 de julho de 2003; Sommerfeld c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 8 de julho de 2003; Paparrigopoulos c. Grécia, de 30 de setembro de 2022.

2216. Portanto, apenas excepcionalmente pode ser negado o contacto com ambos os progenitores e ambos devem ser responsáveis pelo crescimento e bem-estar da criança. Ver, *inter alia*, Acórdãos Vojnity c. Hungria, de 12 de fevereiro de 2013, em nome do bem-estar psicológico e desenvolvimento de personalidade da criança; Kacper Nowakowski c. Polónia, de 10 de janeiro de 2017, em razão da segurança e estabilidade da criança. Ver também Ac. Zaunegger c. Alemanha, de 3 de dezembro de 2009.

familiar<sup>2217</sup>, já que é determinante para o desenvolvimento pessoal da criança e, consequentemente, as medidas que impeçam esse desfrute constituem uma ingerência no direito ao respeito pela vida familiar<sup>2218</sup> e só em situações excepcionais serão legítimas e, ademais, todas as diligências devem ser realizadas no sentido de preservar esses laços ou de permitir a sua formação<sup>2219</sup>. Assim, de harmonia com o disposto no n.º 2 do citado preceito, uma interferência neste gozo da vida familiar, tal como separação ou divórcio ou colocação de criança sob tutela do Estado, apenas será legítima se estiver prevista na lei e constituir uma medida que seja necessária, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção de infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros<sup>2220</sup>. Sobre este ponto e no juízo sobre a ponderação equilibrada entre os interesses da criança e dos progenitores, as instâncias estrasburguesas sublinham o alcance limitado do seu poder de revisão jurisdicional e outorgam uma ampla margem de apreciação<sup>2221</sup> às autoridades nacionais na determinação do bem-estar físico e psicológico da criança, em razão da sua proximidade com os factos, reservando-se a faculdade de averiguar se as medidas sindicadas se encontram justificadas à luz do segundo segmento do art. 8.<sup>o</sup><sup>2222</sup>.

2217. *Cfr., inter alia*, Acórdãos Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994, § 50; Elsholz c. Alemanha, de 13 de julho de 2000, § 43; Kutzner c. Alemanha, de 26 de fevereiro de 2002, § 58; Santos Nunes c. Portugal, de 22 de maio de 2012, § 66; Rivić c. Croácia, de 02 de abril de 2015, § 88.

2218. *Cfr., inter alia*, Acórdãos Johansen c. Noruega, de 7 de agosto de 1996, § 52; K. e T. c. Finlândia, de 12 de julho de 2001, § 151.

2219. Por exemplo, ver Acórdãos Johansen c. Noruega, de 7 de agosto de 1996, § 52; Gnahré c. França, de 19 de setembro de 2000, § 59; Santos Nunes c. Portugal, de 25 de maio de 2012, § 67.

2220. O direito ao respeito pela vida privada e familiar, consagrado no primeiro segmento do art. 8.<sup>o</sup> da CEDH, «beneficia de uma protecção relativa, na medida em que admite, por um lado, a derrogação em caso de estado de necessidade, ao abrigo do art. 15.<sup>o</sup>, e, por outro lado, é susceptível de ser limitado, de harmonia com o segundo segmento do mesmo preceito». *Cfr.* ALMEIDA, S., *O respeito pela vida...*, *op. cit.*, p. 65. Também Ana Rita Gil destaca que, «(...) o artigo 8.<sup>o</sup> da CEDH permite a existência de *ingerências estaduais legítimas* na vida familiar, apenas não autorizando que tais ingerências sejam ilegítimas ou arbitrárias». *Cfr.* GIL, A. R., «A convivência familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos», in *Revista do Ministério Público*, n.º 153, (2018), p. 67 (pp. 61-91).

Por exemplo, no contexto do ordenamento jurídico português, o art. 36.<sup>o</sup>, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa consagra que «[o]s filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial» e, portanto, nestas circunstâncias excepcionais poderá permitir-se a separação ou ingerência.

2221. *Cfr.* Ac. Santos Nunes c. Portugal, de 25 de maio de 2012, § 67.

2222. *Cfr.* Dec. da Comissão, de 16 de janeiro de 1963, sobre a queixa n.º 1449/62 de X. c. Países Baixos; Ac. Hokkanen c. Finlândia, de 23 de setembro de 1994, § 64.

#### 4.2. OS LAÇOS FAMILIARES ENTRE PAIS E FILHOS MENORES APÓS A RUTURA DA VIDA EM COMUM DOS PROGENITORES: DETERMINAÇÃO DA RESIDÊNCIA E O DIREITO DE VISITAS

Na sequência da rutura da vida em comum, nomeadamente nos casos de divórcio, de separação de pessoas e bens, cessação da união de facto, urge proceder à regulação do exercício das responsabilidades parentais<sup>2223</sup> em relação aos filhos menores<sup>2224</sup> e, entre outras matérias, definir a residência habitual e o regime de visitas<sup>2225</sup>.

Como se sabe, a dissolução do vínculo conjugal desencadeia múltiplos efeitos. Porém, como decorre da jurisprudência do TEDH, a dissociação da união conjugal não constitui a referida circunstância excepcional capaz de pôr fim, de acordo com o art. 8.º, ao vínculo de «vida familiar» que liga pai/mãe e filho<sup>2226</sup>. Assim, a determinação da

- 
2223. No direito português os efeitos decorrentes da relação de filiação estão previstos nos arts. 1874.º e seguintes do Código Civil. No amplo leque de efeitos importa destacar, nomeadamente, as responsabilidades parentais cujo exercício permite suprir a incapacidade de exercício dos menores não emancipados. Cfr. o disposto nos arts. 124.º e 1877.º e ss. do Código Civil. No entanto, como refere Jorge Duarte Pinheiro, «(...) as responsabilidades parentais são mais do que um meio de suprimento da incapacidade de menores (...). As responsabilidades parentais consistem no conjunto de situações jurídicas que, normalmente, emergem do vínculo de filiação e incumbem aos pais com vista à protecção e promoção do desenvolvimento integral do filho menor não emancipado (...).». Cfr. PINHEIRO, J. D., O Direito da Família Contemporâneo, 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, p. 260.
2224. No direito português, nos casos de divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento o acordo referente ao exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial é, nos termos do art. 1775.º, n.º 1, al. b), do Código Civil, um dos documentos que acompanha o requerimento apresentado na conservatória do registo civil. Ademais, como dispõe o art. 274.º-A, n.º 1, do Código do Registo Civil, «[o]s progenitores que pretendam regular por mútuo acordo o exercício das responsabilidades parentais de filhos menores de ambos, ou proceder à alteração de acordo já homologado, devem requerê-lo a todo o tempo junto de qualquer Conservatória do Registo Civil». Aplicar-se-á, na falta de acordo o disposto nos arts. 34.º a 63.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível. Nos casos de incumprimento do acordo ou decidido judicialmente, ver arts. 41.º e 42.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível. No que tange à subtração de menor veja-se o art. 249.º do Código Penal. Cfr., neste sentido e para maiores desenvolvimentos, nomeadamente, PINHEIRO, J. D., O Direito da Família..., op. cit., pp. 298-302.
2225. No ordenamento jurídico português, o art. 1906.º, n.º 5, do Código Civil, prescreve «[o] tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro». Acresce que, de acordo com a redação dada pela Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, o n.º 6 do referido preceito legal determina que, «[q]uando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos».
2226. Cfr. *inter alia*, Dec. da Comissão, de 10 de outubro de 1986, sobre a queixa n.º 11526/85 de W. c. Alemanha, DR 50, p. 219; Ac. Gnahré c. França, de 19 de setembro de 2000, § 59.

*residência ou a atribuição da guarda* da criança a um dos progenitores consubstanciará uma ingerência no direito ao respeito pela vida familiar do outro progenitor<sup>2227</sup>. Deste modo, para que a decisão de determinação de residência ou atribuição da guarda seja conforme ao Tratado de Roma, deve inspirar-se nos princípios enunciados no n.º 2 do art. 8.º e, em particular, deve considerar o bem-estar físico e psicológico da criança, assim como o seu interesse superior<sup>2228</sup>. Acresce que o superior interesse da criança não pode ser determinado por uma presunção legal geral e, por conseguinte, existe a obrigação das autoridades nacionais de analisar casuisticamente se a manutenção do contacto prossegue o melhor interesse da criança<sup>2229</sup>.

A exigência de manutenção do laço familiar após o desmembramento conjugal implica, em harmonia com o art. 8.º da CEDH e em respeito pelo art. 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, que seja reconhecido ao progenitor não residente um *direito de visita*<sup>2230</sup>. Como referimos, o Tribunal Europeu proclama repetidamente, neste contexto, que o gozo por pais e filhos da sua mútua companhia constitui um elemento fundamental da sua vida familiar, apesar da dissolução conjugal, pelo que só razões excepcionais – sobretudo fundadas na prossecução do interesse superior da criança – poderão justificar, à luz do art. 8.º, a restrição ou exclusão do regime de visitas<sup>2231</sup>. Neste juízo, o TEDH tem atendido a fatores como o bem-estar psicológico e desenvolvimento da personalidade da criança (caso *Vojnity*<sup>2232</sup>, caso *P.V.*<sup>2233</sup> e caso *A.M.* e

- 
2227. *Cfr. inter alia*, Dec. da Comissão, de 10 de outubro de 1986, sobre a queixa n.º 11526/85 de W. c. Alemanha, *DR* 50, p. 219; Ac. Hoffmann c. Áustria, de 23 de junho de 1993, § 29.
2228. Por exemplo, no Ac. S. S. c. Eslovénia, de 30 de outubro de 2018, a mãe, que sofria de esquizofrenia paranoica, privada dos seus direitos parentais em relação à sua filha, entretanto adotada, queixou-se de discriminação e de violação do art. 8.º e do art. 14.º conjugado com o art. 8.º da Convenção. No entanto, o Tribunal Europeu considerou que a decisão teve subjacente o superior interesse da criança e, portanto, não violou o art. 8.º da Convenção (§§103 e 104).
2229. *Cfr.* Ac. Nazarenko c. Rússia, de 16 de julho de 2015 (§ 66).
2230. *Cfr.* Dec. da Comissão de 13 de março de 1980, sobre a queixa n.º 8427/78 de Hendriks c. Países Baixos, *DR* 18, p. 225, *maxime* p. 230; Ac. Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994, § 50. No ordenamento jurídico português, para maiores desenvolvimentos sobre direito de visita, ver Sottomayor, C., *Regulação do Exercício...*, *op. cit.*, pp. 129-177.
2231. *Cfr., inter alia*, Acórdãos Hope c. Alemanha, de 5 de dezembro de 2002, § 48; Schaal c. Luxemburgo, de 18 de fevereiro de 2003, § 46; Sommerfeld c. Alemanha, de 8 de julho de 2003, § 62; Görgülü c. Alemanha, de 26 de fevereiro de 2004, § 41.
2232. No Ac. *Vojnity* c. Hungria, de 12 de fevereiro de 2013, respeitante à recusa de guarda e do direito de visita do requerente, que pertencia à confissão religiosa Congregação da Fé, em virtude do fanatismo religioso e da imposição das suas convicções ao filho, colocou-se em destaque a possível exposição da criança a danos físicos ou psicológicos. Não obstante, uma vez que não foram apresentadas provas convincentes desse risco de dano, o requerente não havia sido examinado por perito e face à proibição absoluta do direito de visita, o TEDH considerou que as decisões domésticas não haviam sido proporcionais e, por conseguinte, ditou que os arts. 14.º e 8.º, em conjugação, haviam sido violados (§§ 27-43).
2233. No Ac. P. V. c. Espanha, de 30 de novembro de 2010, o Tribunal apreciou a queixa da requerente, transsexual submetida a cirurgia de reconversão sexual de homem para mulher, que viu alterado o regime de responsabilidades parentais e restringido o regime de visitas no seguimento do início do tratamento. Uma vez que as instâncias nacionais haviam baseado

outros<sup>2234</sup>), a preservação e desenvolvimento dos laços da criança com a sua família e, em particular, com a sua mãe e o seu pai (caso *Kacper Nowakowski*<sup>2235</sup>), o estado de saúde da criança e as suas especiais necessidades, tais como a incapacidade da criança e a sua dependência do progenitor (caso *Kacper Nowakowski*<sup>2236</sup>), a segurança e estabilidade da criança (caso *P.V.*<sup>2237</sup> e caso *Kacper Nowakowski*<sup>2238</sup>).

Nos arestos referentes responsabilidades parentais e especificamente atinentes a determinação da residência da criança e o direito de visitas, o Tribunal de Estrasburgo tem convocado, não raras vezes, a tutela do art. 8.º em conjunto com o art. 14.º da Convenção, para apreciar o tratamento discriminatório. A decisão nacional não passará o teste de convencionalidade se estabelecer uma diferença injustificada de tratamento entre os progenitores por razões de convicção religiosa, como se verificou no caso *Hoffmann*<sup>2239</sup> ou no caso *Palau-Martinez*<sup>2240</sup>, ou por razões

---

as suas decisões no risco efetivo de prejuízo para integridade psicológica e desenvolvimento da personalidade da criança, o risco constava de relatório de perito e não tinha sido a requerente impedida do direito de visita, o Tribunal Europeu considerou que não existia violação do art. 8.º em conjugação com o art. 14.º da CEDH, (§37).

- 2234. No Ac. A. M. e outros c. Rússia, de 6 de julho de 2021, o TEDH pronunciou-se no sentido da existência de violação do art. 8.º (§62) e do art. 14.º conjugado com o art. 8.º da CEDH (§81). Em apreciação estava o facto de, depois da dissolução do casamento, o progenitor submetido a uma transição de género (do sexo masculino para o sexo feminino), ter sido privado(a) de qualquer contacto com os filhos, tendo o Tribunal concluído que a restrição dos direitos parentais da requerente não era «necessária numa sociedade democrática» (§61).
- 2235. No Ac. *Kacper Nowakowski* c. Polónia, de 10 de janeiro de 2017, assinalou-se a importância da manutenção e desenvolvimento dos laços da criança com o pai e a mãe (§ 81). *In casu*, o requerente, surdo-mudo, queixou-se da decisão que, na sequência do processo de divórcio, indeferiu o seu pedido de ampliar o direito de visita e que, consequentemente, violava o direito ao respeito pela sua vida familiar. O requerente alegou, desta forma, a violação do art. 8.º e, bem assim, do art. 14.º conjugado com o referido art. 8.º. Para o Tribunal Europeu, no caso em apreço, era crucial verificar se as autoridades nacionais haviam tomado todas as medidas adequadas para facilitar o convívio entre o requerente e o filho (§§ 80 e 96). O TEDH concluiu que tal não se verificou (§ 97) e que houve violação do art. 8.º da CEDH (§ 99).
- 2236. No caso em apreço, apontou-se a incapacidade da criança e a sua forte dependência da mãe (§ 79).
- 2237. Também, neste caso, se avançou a importância da estabilidade emocional da requerente e, consequentemente, criança (§§ 33 e 36).
- 2238. Destacou-se, neste caso, que a mãe conferia segurança e estabilidade à criança com incapacidade (§ 79).
- 2239. No Ac. *Hoffmann* c. Áustria, de 23 de junho de 1993, o Tribunal considerou que a inibição das responsabilidades parentais anteriormente concedidas à mãe com base essencialmente na convicção religiosa (Testemunha de Jeová) violava o art. 8.º em conjugação com o art. 14.º (§§ 30-36). Ao invés, no Ac. T. C. c. Itália, de 19 de maio de 2022, o TEDH considerou que uma decisão que impedia o pai (que se tinha tornado Testemunha de Jeová depois de se ter separado da mãe) da criança (educada segundo religião católica) de a envolver ativamente na sua prática religiosa não violava o art. 14.º em combinação com art. 8.º, na medida em que este não havia sido tratado de forma diferente da mãe com base na sua religião (§§ 40-52).
- 2240. No Ac. *Palau-Martinez* c. França, de 16 de dezembro de 2003, o TEDH decidiu que existiu violação do art. 14.º da CEDH conjugado com o art. 8.º (§43). *In casu*, o Tribunal deu razão

de orientação sexual, como sucedeu no caso *Salgueiro da Silva Mouta*<sup>2241</sup>, ou ainda com base no estado civil, como se entendeu no caso *Zaunegger*<sup>2242</sup>.

Note-se que, nestes pleitos, o art. 8.º poderá fazer impender sobre os Estados sindicados a obrigação negativa de não interferir arbitrariamente e, bem assim, a obrigação positiva de criar um quadro legal ou medidas judiciais e de execução adequadas para assegurar o respeito pela vida familiar, para assegurar a manutenção do contacto ou o direito de visita<sup>2243</sup>. A falta de cooperação dos pais separados não constitui uma circunstância que exima as autoridades do cumprimento das suas obrigações positivas<sup>2244</sup>. As autoridades nacionais têm, pois, a obrigação de promover todos os esforços adequados e efetivos para assegurar o exercício efetivo da guarda e do regime de visitas<sup>2245</sup>. No entanto, a obrigação de adoção de medi-

---

à requerente, mãe de duas crianças, que, na sequência da dissolução do casamento por divórcio, queixou-se de que a decisão que atribuiu a residência das crianças ao pai era discriminatória, porquanto estabelecia uma diferença entre os progenitores fundada na religião da mãe (Testemunha de Jeová) e não existia nenhuma prova direta de que a religião da requerente tinha influência na educação e no quotidiano das crianças. Ver também, *mutatis mutandis*, Ac. Vojnity c. Hungria, de 12 de fevereiro de 2013, §§ 27-43.

- 2241. No Ac. *Salgueiro da Silva Mouta* c. Portugal, 21 de dezembro de 1999, o Tribunal Europeu concluiu que o art. 14.º havia sido violado em conjugação com o art. 8.º, porquanto a fundamentação da decisão proferida *in foro doméstico* que não havia concedido ao requerente o exercício das responsabilidades parentais sobre a criança atribuiu um peso decisivo à sua orientação sexual e, portanto, havia sido desproporcional (§ 36).
- 2242. No Ac. *Zaunegger* c. Alemanha, de 3 de dezembro de 2009 (§§ 63 e 64), o Tribunal analisou uma norma alemã que atribuía a guarda de uma criança nascida fora do casamento à mãe e condicionava a atribuição da guarda conjunta ao consentimento desta. Segundo o requerente, esta regra discriminava o pai natural em relação à mãe da sua filha e aos pais divorciados. Considerando que não existia qualquer relação de proporcionalidade entre a exclusão, em geral, da possibilidade de controlo judicial da atribuição inicial da guarda à mãe e o objetivo prosseguido pela norma, que era o interesse superior da criança nascida fora do casamento, o Tribunal Europeu decidiu que o art. 14.º tinha sido violado em combinação com o art. 8.º.
- 2243. *Cfr.* Ac. *Kacper Nowakowski* c. Polónia, de 10 de janeiro de 2017, §§ 70 e ss. Por exemplo, no Ac. *Vyshnyakov* c. Ucrânia, de 24 de julho de 2018, na sequência da dissolução do casamento por divórcio, o requerente alegava que as autoridades nacionais não tinham executado a sentença que lhe atribuía o direito de visitas relativamente à sua filha menor de idade, tendo o Tribunal considerado que houve efetivamente violação do preírito art. 8.º resultante da não execução da decisão judicial que concedia ao requerente o direito de contacto com a sua filha (§ 47). Igualmente, no Ac. *Gluhaković* v. Croácia, de 12 de abril de 2011, o requerente queixava-se de não poder exercer o seu direito de visita relativamente à sua filha, uma vez que as autoridades nacionais não tinham tido em conta o seu horário de trabalho, nem providenciado um local de encontro adequado, o que conduziu o TEDH a ditar que as autoridades nacionais não tinham garantido de forma adequada o direito do requerente a um contacto efetivo com a sua filha e, portanto, à violação do art. 8.º (§§ 79 e 80).
- 2244. *Cfr.* Ac. *Zawadka* c. Polónia, de 23 de junho de 2005, § 67; R. I. e outros c. Roménia, de 4 de dezembro de 2018, § 63.
- 2245. *Cfr.* Acórdãos *Reigado Ramos* c. Portugal, de 22 de novembro de 2005; *Mihailova* c. Bulgária, de 12 de janeiro de 2006, §§ 86-89.

das conducentes à reunião não é absoluta e o uso de coerção neste domínio deve ser limitado<sup>2246</sup>. A idoneidade da medida julga-se pela rapidez da sua aplicação e o decurso do tempo pode ter consequências irremediáveis na relação paterno-materno-filial<sup>2247</sup>. Efetivamente, como reitera o órgão de controlo convencional, os processos de divórcio, responsabilidades parentais, guarda e regime de visitas exigem especial celeridade<sup>2248</sup>. No caso *Kacper Nowakowski*, o TEDH assinalou que, nos casos de execução de direitos de visita, a mediação «teria sido desejável como meio de promoção da cooperação entre as partes» (§ 87).

Refira-se igualmente que, conforme tem veiculado o TEDH, o processo decisório, nestes casos, deve respeitar certas garantias processuais dos visados<sup>2249</sup>. Com efeito, em sintonia com demais instrumentos internacionais, o Tribunal vem tomando em consideração a participação da criança nos processos<sup>2250</sup>. No entanto, salienta que atender à sua vontade nem sempre corresponde ao seu interesse superior<sup>2251</sup>. Por outro lado, as partes devem poder expressar os seus pontos de vista e, nessa medida, o TEDH averigua se existiu um suficiente envolvimento dos progenitores no processo decisório<sup>2252</sup>. Por fim, as conclusões das autoridades nacionais devem ter tido uma base probatória suficiente (*v. g.*, depoimentos de testemunhas, relatórios de autoridades competentes, exames psicológicos ou de outros peritos, relatórios médicos)<sup>2253</sup>.

- 2246. *Cfr.* Acórdãos Volesky c. República Checa, § 118; Kuppinger c. Alemanha, n.º 2, de 15 de janeiro de 2015, § 103.
- 2247. *Cfr.* Acórdãos Kříž c. República Checa, de 9 de janeiro de 2007, § 89; Kuppinger c. Alemanha, n.º 2, de 15 de janeiro de 2015, §§ 102 e 122. Por exemplo, no Ac. Y. Y.e Y. Y. c. Rússia, de 8 de março de 2022, na sequência da queixa apresentada pela primeira requerente de que as autoridades nacionais não cumpriram as obrigações positivas decorrentes do art. 8.º, porquanto não executaram de forma rápida e eficaz as sentenças dos tribunais nacionais que determinaram que o seu filho ficaria a residir consigo depois da dissolução do seu casamento, o TEDH concluiu que existiu violação deste preceito (§§ 53-54).
- 2248. Ver Ac. Monory c. Roménia e Hungria, de 5 de abril de 2005, § 92.
- 2249. *Cfr.* Ac. Vojnity c. Hungria, de 12 de fevereiro de 2013, § 38.
- 2250. *Cfr.* Ac. Hokkanen c. Finlândia, de 23 de setembro de 1994. Neste caso, a filha do requerente foi acolhida pelos seus avós, após o falecimento da sua mãe, e aquela recusou persistentemente ver o seu pai, que promoveu todas as diligências possíveis para manter a vida familiar com a criança. Na sua apreciação, o TEDH ratificou a decisão postulada pela instância nacional, segundo a qual a filha do requerente tinha doze anos, era suficientemente matura e, portanto, deveria ter-se em conta a sua opinião e, por conseguinte, não deveria forçar-se o contacto com o requerente contra a sua vontade (§§ 37 e 61).
- 2251. *Cfr.* Ac. Sahin c. Alemanha, de 8 de julho de 2003, § 73.
- 2252. Ver, por exemplo, Acórdãos Sahin c. Alemanha, de 8 de julho de 2003, § 73; Sommerfeld c. Alemanha, de 8 de julho de 2003, § 71.
- 2253. *Cfr.* Ac. Vojnity c. Hungria, de 12 de fevereiro de 2013, § 38. Por exemplo, no Ac. Cínta c. Roménia, de 18 de fevereiro de 2020, o Tribunal Europeu deu razão ao requerente, pai de uma criança de quatro anos, que alegou que as restrições do seu direito de visita, com base na sua doença mental, constituiam violação do art. 8.º (§ 58) e dos arts. 8.º e 14.º, em conjunto (§ 81), considerando que os tribunais nacionais não haviam avaliado devidamente a saúde mental do requerente (relatórios de peritos eram necessários) e não tomaram em devida conta todas as perspetivas e interesses (§ 57) e, por outro lado, que o facto de este ter uma doença mental não é suscetível de, por si só, justificar um tratamento diferente (§ 78).

Pese embora reconheça que as autoridades nacionais gozam do benefício do contacto direto com os factos e pessoas envolvidas nos pleitos referentes à regulação das responsabilidades parentais e direito de visita e, portanto, que se lhes deve outorgar uma ampla margem de apreciação, como vimos, este órgão de controlo convencional considera que se exige um escrutínio mais estreito no que respeita a restrições adicionais, como a restrição ou exclusão do direito de visita<sup>2254</sup>. Neste sentido, nos casos em que a criança manifesta resistências ao contacto com um dos progenitores – eventualmente devido a influência indevida ou «desafetos induzidos»<sup>2255</sup> –, no entendimento do TEDH, o respeito pelo art. 8.º exige dos Estados contratantes a promoção de diligências no sentido de identificar as causas dessa oposição e o seu tratamento em conformidade<sup>2256</sup>.

A atuação das autoridades nacionais neste domínio é escrutinada, não raras vezes, à luz do art. 6.<sup>o</sup><sup>2257</sup> ou do art. 6.º em conjunto com o art. 8.<sup>o</sup><sup>2258</sup>, considerando as consequências nefastas e irremediáveis que o defetivo funcionamento dos serviços da administração da justiça poderá ter sobre a vida familiar<sup>2259</sup>.

#### 4.3. RAPTO DE MENORES

Nos casos de rapto ou subtração internacional de menores<sup>2260</sup>, o Tribunal de Estrasburgo sublinha reiteradamente que o *Estado-membro deve assegurar ao progenitor*

- 
2254. *Cfr., inter alia*, Acórdãos Sahin c. Alemanha, de 8 de julho de 2003, § 65; Sommerfeld c. Alemanha, de 8 de julho de 2003, § 63; Görgülü c. Alemanha, de 26 de fevereiro de 2004, § 42; Rytchenko c. Rússia, de 20 de janeiro de 2011, § 38; K. B. e outros c. Croácia, de 14 de março de 2017, § 144.
2255. *Cfr.* Guerra, P., «Em tom de abertura», in O fenómeno «alienação parental» – mito(s) e realidade(s), CEJ, 2018, p. 11, (pp. 11-13) disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb\\_AlienacaoParental2018.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_AlienacaoParental2018.pdf)
2256. *Cfr.* Ac. K. B. e outros c. Croácia, de 14 de março de 2017, § 144. *In casu*, o Tribunal assinalou, entre outras inficiências, que as autoridades nacionais, perante os sinais de resistência manifestados pelas crianças relativamente à mãe, demoraram cinco anos a obter um parecer de perito necessário para que tomassem uma decisão informada sobre que medidas deveriam ser adotadas para lidar com a recusa das crianças em encontrar-se com a requerente (§ 150).
2257. Por exemplo, Ac. Kuppinger c. Alemanha, n.º 2, de 15 de janeiro de 2015, § 51.
2258. Por exemplo, Ac. Mihailova c. Bulgária, de 12 de janeiro de 2006, § 106.
2259. Devemos assinalar que os princípios enunciados correspondem, em geral, aos postulados inscritos na Recomendação R 84 (4) de 28 de fevereiro de 1984, do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre responsabilidades parentais. Deve ter-se em consideração igualmente o disposto na Convenção europeia sobre o reconhecimento e a execução de decisões relativas à guarda de menores e sobre restabelecimento da guarda de menores, na Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre Direitos da Criança (CDC), mormente arts. 3.º e 9.º, e, bem assim, na Convenção europeia sobre o exercício de direitos da criança. No seio da UE, é ainda mister fazer referência ao art. 24.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ao Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho (Regulamento Bruxelas II-A) e ao Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho (Bruxelas II-B).
2260. No ordenamento jurídico português o art. 249.º, n.º 1, do Código Penal consagra que: «[q]uem: a) Subtrair menor; b) Por meio de violência ou de ameaça com mal importante deter-

*não infrator o direito de se reunir com o seu filho*<sup>2261</sup>. Não obstante, como ressalta esta instância, esta obrigação não é absoluta, na medida em que, por vezes, a reunião entre o pai e o filho que não vive com ele durante algum tempo «não pode ter lugar imediatamente e podem ser necessárias *medidas preparatórias*» e, além disso, «a sua natureza e extensão dependem das circunstâncias de cada caso, em que a compreensão e cooperação de todas as pessoas envolvidas constituem sempre um fator importante»<sup>2262</sup>.

Por outro lado, o órgão de controlo convencional acrescenta que as obrigações positivas que o art. 8.º faz pesar sobre os Estados-membros neste domínio devem interpretar-se à luz da *Convenção sobre os Direitos da Criança*, de 20 de novembro de 1989<sup>2263</sup>, da *Convenção da Haia sobre os Aspetos Civis do Rapto Internacional*, de 25 de outubro de 1980<sup>2264</sup>, e do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho da União Europeia, relativo ao reconhecimento e execução das decisões judiciais em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II-A)<sup>2265</sup>, atual Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019<sup>2266</sup>. Em particular, o Tribunal faz

---

minar menor a fugir; ou c) De um modo repetido e injustificado, não cumprir o estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento; é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias».

Para algumas notas sobre o crime de subtração de menores no ordenamento jurídico português, ver, entre outros, LEITE, A., «O crime de subtração de menor – uma leitura do reformado art. 249.º do Código Penal», in AAVV, E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio, Coordenação de Sottomayor, M. C., e Féria de Almeida, M. T., Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, (2010), pp. 261-308.

- 2261. Assinale-se que pode estar em causa o rapto perpetrado por avós, como sucedeu no Ac. Tapayeva e outros c. Rússia, de 23 de novembro de 2021. Em apreciação estava a queixa apresentada pela mãe de quatro crianças que, após a morte do marido, foi privada de contactar os filhos na sequência do rapto das crianças pelo avô paterno. A requerente queixou-se de que as autoridades nacionais não ajudaram a reunir-se com as suas filhas, o que, como viria a concluir o Tribunal, consubstanciou uma violação do direito ao respeito da vida familiar da requerente.
- 2262. Ver, *inter alia*, Acórdãos Ignaccolo-Zenide c. Roménia, de 25 de janeiro de 2000, § 94; Iglesias Gil e A. U. I. c. Espanha, de 29 de abril de 2003, § 50; Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003, § 71; Karadžić c. Croácia, de 15 de dezembro de 2005, § 52; Maumousseau e Washington c. França, de 6 de dezembro de 2007, § 83; Tapia Gasca e D. c. Espanha, de 22 de dezembro de 2009, § 89; Chabrowski c. Ucrânia, de 17 de janeiro de 2013, § 105.
- 2263. Ver, *inter alia*, Acórdãos Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003, R03-VII, § 72; Tapia Gasca e D. c. Espanha, de 22 de dezembro de 2009, § 89; Neulinger e Shuruk c. Suíça, de 6 de julho de 2010, § 132; Karoussiots c. Portugal, de 1 de fevereiro de 2011, § 83.
- 2264. Ver, *inter alia*, Acórdãos Ignaccolo-Zenide c. Roménia, de 25 de janeiro de 2000, § 95; Iglesias Gil e A. U. I. c. Espanha, de 29 de abril de 2003, § 51; Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003, R03-VII, § 72; Tapia Gasca e D. c. Espanha, de 22 de dezembro de 2009, § 89; Neulinger e Shuruk c. Suíça, de 6 de julho de 2010, § 132.
- 2265. Ver Ac. Shaw c. Hungria, de 26 de julho de 2011, § 70. Refira-se que art. 11.º, n.º 2, prevê a audição do menor.
- 2266. Com efeito, o Regulamento (UE) n.º 2019/1111 do Conselho de 25 de junho de 2019 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em

referência expressa ao art. 7.º da Convenção da Haia – que contem uma lista não exaustiva de medidas que as autoridades nacionais deverão adotar, seja diretamente ou através de intermediário, para garantir imediatamente o regresso do menor subtraído ou retido ilicitamente – no contexto de averiguar se existiu violação do art. 8.<sup>o</sup><sup>2267</sup>.

Refira-se igualmente que, na opinião deste órgão, o retorno da criança não deve ser determinado de maneira automática ou mecânica. Com efeito, será decisivo determinar se foi estabelecido um equilíbrio entre os interesses da criança, dos pais e da ordem pública, dentro da margem de apreciação reconhecida aos Estados. Neste juízo, o primeiro elemento a considerar é o superior interesse da criança e deve ter-se em consideração que os objetivos de prevenção e retorno imediato devem obedecer a uma determinada conceção de «superior interesse da criança»<sup>2268</sup>. Efetivamente, o «superior interesse da criança», num caso de pedido de retorno apresentado ao abrigo da Convenção da Haia, deve apreciar-se tendo em conta, por um lado, as exceções previstas nesta Convenção, a saber, *i*) passagem do tempo (art. 12.<sup>º</sup>), *ii*) as condições de aplicação da Convenção [art. 13.<sup>º</sup>, al. *a*] e *iii*) a existência de «grave risco» para a criança [art. 13.<sup>º</sup>, al. *b*] e, por outro lado, o respeito pelos princípios fundamentais do Estado requerido relativos à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 20.<sup>º</sup>)<sup>2269</sup>.

Assim, o ponto decisivo «consiste em saber se as autoridades nacionais adotaram todas as medidas que razoavelmente se lhes poderia exigir para realizar a execução das decisões ditadas pelos órgãos nacionais», sobretudo à luz das obrigações internacionais que decorrem principalmente da Convenção da Haia<sup>2270</sup>, sendo esta uma obrigação de meios, conforme insiste o Tribunal<sup>2271</sup>.

---

matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças revogou o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de novembro relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria matrimonial e de responsabilidade parental.

2267. Ver, *inter alia*, Acórdãos Ignaccolo-Zenide c. Roménia, de 25 de janeiro de 2000, § 95; Sylvester c. Áustria, de 24 de abril de 2003; Monory c. Roménia e Hungria, de 5 de abril de 2005, § 73; Tapia Gasca e D. c. Espanha, de 22 de dezembro de 2009, § 90.
2268. Cf. Ac. X. c. Letónia, de 26 de novembro de 2013, § 95.
2269. Cf. Ac. X. c. Letónia, de 26 de novembro de 2013, § 101, 106 e 107.
2270. Ver, *inter alia*, Acórdãos Ignaccolo-Zenide c. Roménia, de 25 de janeiro de 2000, §§ 95 e 96; Iglesias Gil e A. U. I. c. Espanha, de 29 de abril de 2003, §§ 52 e 56; Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003, § 73; Tapia Gasca e D. c. Espanha, de 22 de dezembro de 2009, § 100; Özmen c. Turquia, de 4 de dezembro de 2012, § 98.
- Por exemplo, no Ac. Gubasheva and Ferzauli c. Rússia, de 5 de maio de 2020, a requerente, mãe de uma criança que raptada pelo seu progenitor, queixou-se de que as autoridades nacionais não tinham executado a sentença que decidiu que a criança devia residir consigo. Chamado a pronunciar-se, o Tribunal Europeu concluiu que as autoridades nacionais não haviam tomado todas as medidas para fazer cumprir a referida sentença e, consequentemente, considerou que existiu efetivamente violação do art. 8.<sup>º</sup>
2271. Como sublinha Ana Rita Gil, «o TEDH insiste que incumbe aos Estados uma obrigação positiva de promover a reunião familiar que consubstancia uma *obrigação de meios*. Assim, mesmo que os Estados não consigam efetivar tal reunião, se demonstrarem que tudo fizeram

Como decorre, e na medida em que os tribunais nacionais, para efeitos de atuação em conformidade com a Convenção, devem analisar as referidas exceções e apresentar uma decisão fundamentada nestes casos, parece-nos que o Tribunal está a imprimir um caráter iminentemente processual ao art. 8.º neste domínio<sup>2272</sup>.

Nestes arestos, encontramos a reiterada exortação para que cada Estado signatário se dote do «arsenal jurídico adequado e suficiente para garantir o respeito pelas obrigações positivas emergentes do art. 8.º, assim como pelo respeito por outros instrumentos internacionais que tenha escolhido ratificar»<sup>2273</sup>.

Neste contexto, o Tribunal tem também destacado oportunamente que «a adequação de uma medida julga-se pela rapidez da sua adoção», atendendo a que o decurso do tempo pode ter consequências irremediáveis para as relações entre o menor e o progenitor com o qual não vive<sup>2274</sup>.

Por exemplo, no *Ac. Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003*, o Tribunal salientou o decurso de quatro anos e seis meses desde que o pedido de devolução do menor foi transmitido às autoridades portuguesas e a localização do menor, que havia sido subtraído e deslocado de França para Portugal pela mãe, o que «colocou o requerente numa posição desfavorável, sobretudo sendo a criança tão jovem»<sup>2275</sup>.

---

ao seu alcance para a alcançar, não poderão ser sancionados», GIL, A. R., «A convivência familiar...», *op. cit.*, p. 86.

2272. Por exemplo, no *leading case Ignaccolo-Zenide c. Roménia, de 25 de janeiro de 2000*, o Tribunal assinalou que, entre a decisão de dezembro de 1994 que ordenava a restituição das filhas subtraídas à mãe e dezembro de 1995, ocorreram somente quatro tentativas de executar a ordem e que, entre essa data e janeiro de 1997, não se realizou qualquer tentativa. Por outro lado, o Tribunal observou que as autoridades não haviam feito o trabalho de base para executar a ordem, visto que não haviam adotado medidas coercivas contra o pai, nem as medidas tendentes à preparação do retorno das meninas. Além disso, esta instância ressaltou que nem os serviços sociais, nem os psicólogos participaram na preparação da reunião que teve lugar em janeiro de 1997, na escola das meninas e na presença de um grande grupo de pessoas. Por último, o Tribunal assinalou que as autoridades não aplicaram as medidas elencadas no art. 7.º da Convenção da Haia para assegurar a restituição das crianças à sua mãe. Considerando o exposto, o Tribunal concluiu que o Estado sindicado não havia adotado todas as medidas adequadas ou apropriadas ao seu alcance para executar o direito da requerente à restituição das crianças, pelo que ditou que o art. 8.º havia sido violado. Cf. *Ac. Ignaccolo-Zenide c. Roménia, de 25 de janeiro de 2000*, §§ 103-113.

2273. Ver, v. g., *Ac. Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003*, § 76.

2274. Ver, *inter alia*, *Acórdãos Ignaccolo-Zenide c. Roménia, de 25 de janeiro de 2000*, § 102; Iglesias Gil e A. U. I. c. Espanha, de 29 de abril de 2003, § 52; *Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003*, § 73; *Tapia Gasca e D. c. Espanha, de 22 de dezembro de 2009*, § 91; *Karoussiotis c. Portugal, de 1 de fevereiro de 2011*, § 85; *Adžić c. Croácia, de 12 de março de 2015*, § 94.

2275. Cf. *Ac. Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003*, § 77.

Igualmente, no *Ac. Oller Kaminska c. Polónia, de 18 de janeiro de 2018*, a requerente queixou-se de que os tribunais polacos haviam violado o direito ao respeito pela sua vida familiar, na medida em que não haviam executado rapidamente a sentença dos tribunais irlandeses que decidiram que a sua filha, no seguimento do divórcio, ficaria a residir consigo na Irlanda. No presente caso, o pai, que na sequência da separação passou a residir

As dilações no processo restitutório poderão projetar a queixa também para o âmbito do art. 6.º, n.º 1, da Convenção, como sucedeu no caso *H.N. c. Polónia*<sup>2276</sup>.

O decurso do tempo decorrente do defetivo funcionamento dos serviços de administração de justiça pode, com efeito, ter consequências nefastas e eventualmente irreparáveis para a relação paterno-materno-filial, podendo o superior interesse da criança ditar que – lamentavelmente – a sua guarda não seja transferida para o progenitor legitimamente guardião vítima da subtração, em virtude da «alienação» existente entre eles<sup>2277</sup>.

#### 4.4. MEDIDAS DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO

No domínio das medidas de promoção e proteção da criança ou jovem, a apreciação do Tribunal de Estrasburgo funda-se nas premissas que, de seguida, sumariamente, se enunciam.

O superior interesse da criança deve ser sempre a consideração primordial<sup>2278</sup> e o interesse da criança dita, por um lado, que os seus laços com a família devem ser mantidos, exceto nos casos em que a família se tenha revelado particularmente incapaz e, por outro lado, que se deve assegurar o seu desenvolvimento num ambiente seguro e protegido<sup>2279</sup>. Neste sentido, os laços familiares apenas podem ser cortados em circunstâncias excepcionais e que tudo deve ser feito para preservar as relações pessoais e, se e quando necessário, para «reconstruir» a família<sup>2280</sup>.

---

na Polónia, após uma deslocação da filha à Polónia para as férias de verão, não devolveu a filha à sua mãe. Ora, o Tribunal de Estrasburgo concluiu que havia existido violação do art. 8.º da CEDH (§§97-98).

- 2276. Cfr. Ac. H. N. c. Polónia, de 13 de setembro de 2005, §§ 90-95. Saliente-se, contudo, que, se o Tribunal considera que a falta de respeito pela vida familiar dos requerentes decorrente da não execução da ordem de restituição definitiva é o cerne da queixa, recusa apreciar os factos à luz do art. 6.º. Neste sentido, ver o Ac. Sylvester c. Áustria, de 24 de abril de 2003, §§ 76 y 77.
- 2277. Por exemplo, no Ac. Maire c. Portugal, de 26 de junho de 2003, o Tribunal conclui que provavelmente as autoridades nacionais teriam razão ao decidir que as responsabilidades parentais deveriam agora ser concedidas à mãe infratora, tendo em conta o interesse superior da criança (§ 77).
- 2278. Ver, *inter alia*, Acórdãos Olsson (n.º 2) c. Suécia, de 27 de novembro de 1992, § 90; R. e H. c. Reino Unido, de 31 de maio de 2011, §§ 73 e 81; Neves Caratão Pinto c. Portugal, de 13 de julho de 2021, §§ 110 e 111.
- 2279. Ver, *inter alia*, Acórdãos Neulinger e Shuruk c. Suíça, de 6 de julho de 2010, § 136; R. e H. c. Reino Unido, de 31 de maio de 2011, §§ 73-74; Y. C. c. Reino Unido, de 13 de março de 2012, § 134.
- 2280. Cfr. Ac. Gnahiré c. França, de 19 de setembro de 2000, § 59. Por exemplo, no Ac. Neves Caratão Pinto c. Portugal, de 13 de julho de 2021, o TEDH ditou que as autoridades portuguesas não haviam cumprido as suas obrigações decorrentes do art. 8.º tendentes a garantir a manutenção das relações familiares entre a progenitora e os seus filhos (§135) e, nessa medida, não passaram o teste de convencionalidade. Neste caso, estavam em causa dois processos de promoção e proteção de menores em risco relativamente aos dois filhos menores gémeos da requerente na sequência dos quais as crianças foram confiadas a membros da sua família. Foram, posterior-

As medidas aplicadas só passarão o teste de convencionalidade se assentarem em «motivos pertinentes e suficientes»<sup>2281</sup>, tais como a criança estar exposta a situações de violência ou maus-tratos<sup>2282</sup>, negligência<sup>2283</sup>, abusos sexuais<sup>2284</sup> ou incapacidade dos pais de cuidar e educar os filhos devido a doença mental ou transtorno de personalidade<sup>2285</sup>, e a análise do requisito de suficiência implica normalmente verificar

mente, iniciados dois processos para regular as responsabilidades parentais das crianças que foram atribuídas aos referidos familiares. Neste seguimento, a requerente alegou que as decisões tomadas nos referidos processos haviam violado o seu direito ao respeito pela vida familiar e, por outro lado, queixou-se de não ter contacto com os filhos. Depois de enunciar os princípios estruturantes nesta matéria, destacando, nomeadamente, que, regra geral, o superior interesse da criança reclama que a manutenção dos laços desta com os seus familiares e, consequentemente, só situações excepcionais podem, em princípio, conduzir à rutura da vida familiar (§111). Assim, uma vez as autoridades portuguesas não haviam cumprido as suas obrigações decorrentes do art. 8.º no sentido de a garantir a manutenção das relações familiares entre a progenitora e os seus filhos (§135), entendeu o TEDH que existia uma violação do art. 8.º (§142). Para uma apreciação desta decisão, ver GIL, A. R., «O caso Neves Caratão Pinto c. Portugal: (mais)um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção das crianças em perigo», in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. LXII, n.º 2, (2021), pp. 765-790; PINHEIRO, J. D., «Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso Neves Caratão Pinto c. Portugal», in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. LXII, n.º 2, (2021), pp. 803-815.

- 2281. Ver, *inter alia*, Acórdãos Olsson c. Suécia (n.º 1), de 24 de março de 1988, § 72; Covezzi e Morselli c. Itália, de 9 de maio de 2003, § 126; Scozzari and Giunta v. Italy, de 13 de julho de 2000, §148. Por exemplo, no Ac. Y. I. c. Rússia, de 25 de fevereiro de 2020, o TEDH considerou existir violação do art. 8.º, referente a mãe, toxicodependente, privada da sua autoridade parental, na medida em que as razões invocadas pelos tribunais nacionais não foram suficientes para justificar a decisão de privar a mãe da sua autoridade parental sobre os três filhos que, ademais, foram separados (§§ 94-96).
- 2282. Por exemplo, no Ac. Gnahoré c. França, de 19 de setembro de 2000, o Tribunal considerou que a situação da criança institucionalizada e as restrições ao contacto eram justificadas por suspeitas de violência e maus-tratos infligidos pelo pai, uma vez que a criança tinha sido admitida no hospital com hematomas e cicatrizes (§§ 10, 13 e 55).
- 2283. Por exemplo, na Dec. da Comissão de 30 de outubro de 1978, relativa ao pedido n.º 8059/77 de X. e Y. contra a República Federal da Alemanha, DR 15, p. 209, a Comissão considerou que a medida de proteção se justificava pelo facto de a criança viver em condições deploráveis, sem luz, sem aquecimento e sem receber os cuidados médicos de que necessitava.
- 2284. Por exemplo, no Ac. Covezzi e Morselli c. Itália, de 9 de maio de 2003, a adoção de medidas de proteção foi justificada porque existiam fortes suspeitas de que os filhos dos requerentes tinham sido vítimas de abusos sexuais por parte de certos membros da família da mãe e surgiram dúvidas quanto à capacidade de os requerentes os protegerem (§ 104). Do mesmo modo, no Ac. K. A. c. Finlândia, de 14 de janeiro de 2003, o Tribunal considerou que os motivos que justificavam a ingerência eram pertinentes e suficientes, uma vez que a mãe era suspeita de ter abusado sexualmente dos filhos face à passividade do pai (§ 98). Do mesmo modo, no Ac. T. P. e K. M. c. Reino Unido, de 10 de maio de 2001, as suspeitas de que a criança teria sido vítima de abusos por parte do companheiro da mãe eram motivos pertinentes e suficientes para justificar a medida de acolhimento público aplicada (§§ 74-76).
- 2285. A título de exemplo, no Ac. Scozzari e Giunta c. Itália, de 13 de julho de 2000, a suspensão dos direitos parentais do primeiro requerente e a situação das crianças ao abrigo da assistência pública foi considerada justificada pelo facto de a mãe sofrer de um distúrbio de personalidade e ser, por conseguinte, incapaz de gerir a complexa situação da família e

se as autoridades nacionais não poderiam ter adotado medidas alternativas menos gravosas<sup>2286</sup>. O facto de a criança poder ser colocada num ambiente mais benéfico para o seu crescimento não poderá, por si só, justificar uma medida de afastamento dos pais biológicos<sup>2287</sup> e as dificuldades materiais<sup>2288</sup> ou as limitações da capacidade intelectual ou física dos pais<sup>2289</sup> não servem *per se* como razão para justificar a separação.

Por outro lado, a decisão de promoção e proteção deve ser encarada como uma medida temporária, provisória ou transitória, e cessar logo que as circunstâncias o permitam<sup>2290</sup>. Além disso, a aplicação das medidas deve ser orientada pelo objetivo último de promover a reunião da família<sup>2291</sup>. Neste sentido, as crianças devem ser colocadas a uma distância que permita a acessibilidade e contacto com os pais<sup>2292</sup> e os irmãos devem, se possível, permanecer juntos<sup>2293</sup>. Acresce ainda que se averigua se foi respeitado um justo equilíbrio entre os interesses em conflito<sup>2294</sup>.

No que diz respeito ao grau de controlo, embora os Estados-membros disponham de uma ampla margem de apreciação quanto à colocação da criança sob a tutela pública do Estado, é necessário um escrutínio mais rigoroso, como argumenta o Tribunal, no que diz respeito à imposição de «restrições adicionais», como o condicionamento ou a exclusão de visitas, devido ao risco de alienação e de amputação das relações familiares paterno-materno-filiais<sup>2295</sup>.

Por fim, no que tange ao processo decisório, o Tribunal é particularmente exigente com o respeito pelas garantias processuais dos intervenientes<sup>2296</sup>. Neste domínio,

---

das crianças (§§ 150 e 151). Do mesmo modo, no Ac. Couillard Maugery c. França, de 1 de julho de 2004, a institucionalização das crianças foi, segundo o Tribunal, justificada devido aos graves problemas de saúde do requerente e ao impacto que estes tinham no equilíbrio e na saúde das mesmas (§ 261).

2286. Neste sentido, ver Ac. Pontes c. Portugal, de 10 de abril de 2012, § 98. *In casu*, o Tribunal considerou que as autoridades nacionais deveriam ter procurado uma solução menos gravosa do que o encaminhamento para a adoção.
2287. Ver, *inter alia*, Acórdãos K. A. c. Finlândia, de 14 de janeiro de 2003, § 92; K. e T. c. Finlândia, de 12 de julho de 2001, § 173.
2288. Ver Ac. Wallová e Walla c. República Checa, de 26 de outubro de 2006, §§ 72-79.
2289. Ver, por exemplo, Ac. Saviny c. Ucrânia, de 18 de dezembro de 2008, § 58.
2290. Ver, *inter alia*, Acórdãos Olsson c. Suécia (n.º 1), de 24 de março de 1988, § 81; K. e T. c. Finlândia, de 12 de julho de 2001, § 166.
2291. Ver, *inter alia*, Ac. K. A. c. Finlândia, de 14 de janeiro de 2003, § 138.
2292. Ver, por exemplo, Ac. Olsson c. Suécia (n.º 1), de 24 de março de 1988, § 81.
2293. Ver, por exemplo, Ac. Kutzner c. Alemanha, de 26 de fevereiro de 2002, §§ 76 e 77.
2294. Ver, *inter alia*, Acórdãos Neulinger e Shuruk c. Suíça, de 6 de julho de 2010, § 139; Y. C. c. Reino Unido, de 13 de março de 2012, § 138.
2295. Ver, *inter alia*, Acórdãos Johansen c. Noruega, 7 de agosto de 1996, § 64; K. e T. c. Finlândia, 12 de julho de 2001, § 155; Couillard Maugery c. França, 1 de julho de 2004, § 272; R. e H. c. Reino Unido, de 31 de maio de 2011, § 81; Y. C. c. Reino Unido, de 13 de março de 2012, § 137; Pontes c. Portugal, de 10 de abril de 2012, §§ 78, 91-93.
2296. Assinale-se que, por exemplo, no Ac. R. e H. c. Reino Unido, de 31 de maio de 2011, o Tribunal separa a análise dos fatos sob dois títulos: «os requisitos processuais do art. 8.º» (§§ 75-80) e «os requisitos substantivos do art. 8.º» (§§ 81-89).

esta instância procura apurar *i*) se a decisão se fundou numa base probatória suficiente (*v. g.*, depoimentos de testemunhas, relatórios das autoridades competentes, avaliações psicológicas e de outros peritos ou notas médicas)<sup>2297</sup>, *ii*) com uma análise aprofundada de toda a situação familiar e de toda uma série de fatores, nomeadamente de natureza factual, emocional, psicológica, material e médica<sup>2298</sup>, *iii*) se as partes foram devidamente envolvidas<sup>2299</sup>, *iv*) quando necessário, se a criança foi ouvida<sup>2300</sup>; *v*) e se o processo foi suficientemente célere<sup>2301</sup>. Neste ponto, o Tribunal exerce um duplo grau de controlo convencional, nomeadamente sob o ângulo do art. 6.º e sob o prisma do art. 8.<sup>º</sup><sup>2302</sup>.

#### 4.5. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Outros desafiantes temas, como a *gestação de substituição*, têm merecido igualmente a reflexão do Tribunal de Estrasburgo.

Nos casos *Mennesson c. França e Labassee c. França*, de 26 de junho de 2014, o Tribunal ditou que a recusa das autoridades nacionais em reconhecer esta modalidade contratual estava prevista na lei e visava prosseguir um fim legítimo que era a proteção da criança e da gestante. Sobre a necessidade da medida, devido à inexistência de consenso europeu neste âmbito, entendeu o Tribunal que devia conceder-se uma ampla margem de apreciação às autoridades nacionais. Neste seguimento, ditou que inexistia desrespeito pela vida familiar dos requerentes. Porém, afirmou que as crianças têm o direito à identidade pessoal e ao estabelecimento da paternidade com o pai biológico, como corolários do direito ao respeito pela «vida privada», e por isso, a solução vigente em França foi considerada violadora do art. 8.º.

Neste seguimento, no Parecer Consultivo P. 16-2018-001, adotado a 10 de abril de 2019, esta instância adiantou ainda a respeito que, «[n]uma situação em que uma

2297. Cfr. Ac. B. B. e F. B. c. Alemanha, de 14 de março de 2013, § 50.

2298. Cfr. Ac. Y. C. c. Reino Unido, de 13 de março de 2012, § 138.

2299. Por exemplo, no Ac. McMichael c. Reino Unido, de 24 de fevereiro de 1995, o Tribunal considerou que, uma vez que os pais não tinham tido acesso aos relatórios e a outros documentos relevantes para o processo, não tinha havido uma participação suficiente dos pais no processo de tomada de decisão e, por conseguinte, o art. 8.º tinha sido violado (§ 92). Da mesma forma, no processo T. P. e K. M. v. Reino Unido, 10 de maio de 2001, a mãe não foi autorizada a ver um vídeo de uma entrevista em que a sua filha revelou informações de que tinha sido abusada sexualmente. A falta de acesso a este material impediu a mãe de avisar que as autoridades públicas tinham identificado incorretamente o agressor, o que resultou numa violação do art. 8.º (§ 83). Também no Ac. Soares de Melo c. Portugal, de 16 de fevereiro de 2016, considerou-se que o processo decisório que conduziu à institucionalização dos filhos da requerente com vista à sua adoção não havia sido conduzido de modo equitativo, tendo em conta a ausência de implicação efetiva da requerente no mesmo, §§ 115-117 e 123. Sobre a representação legal dos pais, ver também A. K. e L. c. Croácia, § 73.

2300. Cfr. Ac. B. B. e F. B. c. Alemanha, de 14 de março de 2013, § 50.

2301. Cfr. Ac. Kuppinger c. Alemanha, n.º 2, de 15 de janeiro de 2015, § 108.

2302. O TEDH pronunciou-se neste sentido, por exemplo, no Ac. K. B. e outros c. Croácia, de 14 de março de 2017 (§153).

criança nasceu no estrangeiro de um acordo de gestação por outrem e foi concebida empregando os gâmetas do pai beneficiário e os óvulos de uma terceira dadora, e em que a relação jurídica pai-criança foi reconhecida segundo o direito interno, o direito da criança ao respeito pela vida privada e familiar, nos termos do art. 8.º da CEDH, impõe que o direito interno faculte um modo de reconhecer juridicamente a relação existente entre a criança e a mãe beneficiária, designada como mãe-legal na certidão de nascimento emitida no estrangeiro». Por outro lado, acrescenta que «[e]ste direito da criança não exige que este reconhecimento se opere por meio do registo de nascimento», aditando que «[u]m outro meio – como o do recurso ao instituto da adoção pela mãe beneficiária – pode ser utilizado, sob a condição de o processo interno ser célere e efetivo, de acordo com os melhores interesses da criança»<sup>2303</sup>.

Em suma, decorre das linhas que antecedem que, no entender do órgão de controlo convencional, o art. 8.º não faz impender sobre os Estados-membros uma obrigação de legalizar a gestação de substituição e estes podem exigir provas atinentes à parentalidade das crianças assim concebidas. No entanto, no caso de gestação de substituição transfronteiriça fruto de gâmetas do pai beneficiário, o direito ao respeito pela vida privada da criança exige que o direito interno contemple a possibilidade de reconhecimento da relação de filiação entre a criança e o pai beneficiário, que é o pai biológico e, bem assim, entre a criança e a mãe beneficiária, que não é a mãe biológica, o que pode ser realizado por outros meios que não a transcrição da certidão de nascimento estrangeira da criança e tal caberá dentro da margem de apreciação dos Estados<sup>2304</sup>.

Também nestes arestos o TEDH sublinha que, nos casos que envolvem a relação entre uma pessoa e o seu filho, o decurso de um período de tempo considerável pode

2303. No Ac. D. c. França, de 16 de julho de 2020, mediante a aplicação dos princípios vertidos no caso Mennesson e do citado Parecer Consultivo, o TEDH veiculou que a obrigação de adoção de uma criança nascida de gestação de substituição para assegurar o reconhecimento jurídico entre a mãe genética e o filho não violava o direito ao respeito pela vida privada da mãe (§§ 66-72). No entanto, no Ac. K. K. e outros c. Dinamarca, de 6 de dezembro de 2022, o TEDH considerou que a recusa do pedido de adoção da mãe beneficiária, quando o direito interno não previa outras possibilidades de reconhecimento de uma relação jurídica de parentalidade entre a criança e a mãe beneficiária, havia violado o direito da criança ao respeito pela sua vida privada (§§ 56-77). Ver também Ac. A. M. c. Noruega, de 24 de março de 2022.

2304. Podemos ler a súmulas destas linhas de entendimento no Ac. D. c. França, de 16 de julho de 2020 (§§ 45-54). Ver ainda Acórdãos Foulin e Bouvet c. França, de 21 de julho de 2016, e Laborie c. França, de 19 de janeiro de 2017. Ao invés, no Ac. Paradiso e Campanelli c. Itália, de 24 de janeiro de 2017, perante contornos factuais distintos, o Tribunal considerou que inexistia violação da Convenção. Com efeito, neste caso, tendo em consideração a inexistência de laime biológico entre a criança e os requerentes, bem como a curta duração da relação, apesar de existir um projeto parental, o TEDH considerou que não existia «vida familiar» merecedora de tutela. Por outro lado, o caso não tinha por objeto o registo do certificado exarado pela Rússia, nem o respetivo reconhecimento da filiação, mas antes a declaração de abandono do menor por parte das autoridades italianas. Por fim, o menor não era parte no processo, ao contrário dos arestos que sindicaram a atuação das autoridades francesas.

levar a que a questão jurídica seja decidida com base num facto consumado e, por conseguinte, o processo tem de ser conduzido com uma diligência excepcional<sup>2305</sup>.

## 5. SUMARÍSSIMA INCURSÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE AS NOVAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES<sup>2306</sup>

### 5.1. FAMÍLIAS DE FACTO

O Tribunal de Estrasburgo tem proclamado reiteradamente que o art. 8.º não distingue a família *de jure* da família *de facto*, pelo que deste preceito ou do art. 1.º do Protocolo n.º 1, em combinação com o art. 14.º, retira-se igual proteção para os filhos nascidos dentro e fora do matrimónio<sup>2307</sup>, assim como para os filhos adulterinos<sup>2308</sup>, para os filhos adotados<sup>2309</sup> e, bem assim, para os pais *de jure* e pais *de facto* ou naturais<sup>2310</sup>.

No que tange aos direitos dos pais *de facto* ou não casados, em nome do interesse superior da criança, parece consagrar-se progressivamente em Estrasburgo o princípio da corresponsabilidade parental<sup>2311</sup> e, por outro lado, a salvaguarda das suas garantias procedimentais desempenha um papel fundamental no exercício de controlo de convencionalidade da decisão doméstica sobre o regime de visitas<sup>2312</sup> ou adoção do seu filho<sup>2313</sup>.

No entanto, o Tribunal Europeu suspende a fidelidade ao princípio da igualdade ao avaliar os diferentes tratamentos entre casais de facto e casais *de jure*, utilizando o argumento da legitimidade do objetivo traduzido na proteção do casamento e da família tradicional<sup>2314</sup>. Desta forma, esta instância efetua uma hierarquização explícita dos modelos de vida conjugal, com a atribuição de um estatuto privilegiado ao casamento, como oportunamente referimos.

### 5.2. FAMÍLIAS MONOPARENTAIS

Quanto ao direito de formar uma família monoparental, o Tribunal Europeu tem sustentado reiteradamente que o direito de fundar uma família monoparental

2305. Cfr. Ac. A. L. c. França, de 7 de abril de 2022, § 54. Ver também Ac. D. B. e outros c. Suíça, de 22 de novembro de 2022.

2306. Neste título, seguimos de perto o nosso ALMEIDA, S., «As novas constelações familiares...», *op. cit.*

2307. Cfr. Ac. Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979.

2308. Cfr. Ac. Mazurek c. França, de 1 de fevereiro de 2000.

2309. Cfr. Ac. Plà e Puncernau c. Andorra, de 13 de julho de 2004.

2310. Cfr. Ac. Sommerfeld c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001 e de 8 de julho de 2003.

2311. Cfr. Ac. Zaunegger c. Alemanha, de 3 de dezembro de 2009.

2312. Cfr. Acórdãos Hoffmann, Sahin e Sommerfeld c. Alemanha, de 11 de outubro de 2001.

2313. Cfr. Ac. Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994.

2314. Cfr. Decisões de 26 de janeiro de 1999, sobre a Queixa n.º 37784/97 de Saucedo Gómez c. Espanha; e de 4 de março de 1998, sobre a Queixa n.º 34615/97 de Quintana Zapata c. Espanha, DR 92-A. Ver igualmente Acórdão Korosidou c. Grécia, de 10 de fevereiro de 2011.

não está protegido, enquanto tal, pela Convenção, seja sob o amparo do art. 8.º ou sob a égide do art. 12.<sup>2315</sup>.

Não obstante, uma vez fundada a família monoparental, esta estrutura configura-se indubitavelmente como uma família merecedora da proteção do art. 8.º, como sublinhou o Tribunal no caso *Marckx*.

Por outro lado, o Tribunal Europeu parece claramente recetivo a abandonar o princípio de que o interesse superior da criança exige famílias biparentais tradicionais e a abrir as portas deste tratado internacional a este direito. Com efeito, nos Acórdãos *Wagner e J.M.W.L. c. Luxemburgo*, de 28 de junho de 2007, e *Schwizgebel c. Suíça*, de 10 de junho de 2010, o Tribunal destacou que este tipo de adoção está previsto na maioria das legislações internas dos Estados-membros e, por outro lado, adverte que a Convenção Europeia sobre a Adoção de Crianças obriga, no art. 7.º, n.º 1, al. b), os Estados signatários a preverem a adoção singular<sup>2316</sup>.

Deduzimos igualmente este entendimento do *Ac. Yocheva e Ganeva c. Bulgária*, de 11 de agosto de 2021, onde o Tribunal considerou que a denegação de um subsídio mensal geralmente atribuído às famílias monoparentais (constituídas por viúvas ou por mãe solteiras com filhos reconhecidos antes da morte do pai biológico) à requerente, que era mãe solteira de filhos que não haviam sido reconhecidos pelo pai, era violadora da Convenção, porquanto a diferença de tratamento se fundava numa compreensão muito tradicional, ultrapassada e estereotipada de família *de jure* biparental (§ 115).

### 5.3. FAMÍLIAS RECOMBINADAS, PLURIPARENTAIS OU SOCIOAFETIVAS

O Tribunal Europeu também se tem pronunciado sobre os problemas sensíveis e complexos levantados pelos contornos particulares das famílias recombinadas, pluriparentais ou socioafetivas<sup>2317</sup>. Nesta tarefa, a instância convencional coloca, de um lado da balança, a realidade socioafectiva e, do outro, a realidade biológica, sendo o melhor interesse da criança a chave do equilíbrio.

Neste contexto, identificamos duas linhas de jurisprudência: por um lado, inspirado pelo critério da eficácia dos laços interpessoais e da aparência da família, o Tribunal pode qualificar a relação entre a criança, a criança de apenas um dos

2315. Cfr. Dec. da Comissão de 15 de dezembro de 1977, sobre a queixa n.º 7229/75 de X. e Y. c. Reino Unido, em particular, no que tange ao art. 12.º; Acórdãos *Fretté c. França*, de 26 de fevereiro de 2002, R02-I; E. B. c. França, de 22 de janeiro de 2008; *Wagner e J. M. W. L. c. Luxemburgo*, de 28 de junho de 2007; *Schwizgebel c. Suíça*, de 10 de junho de 2010.

2316. Ver também o *Ac. Gözüm c. Turquia*, de 20 de abril de 2015, onde o Tribunal considerou que a lacuna da lei doméstica existente quanto à adoção singular (impossibilidade de substituir o nome do pai natural pelo nome do adotante) constituía uma violação do art. 8.º (§ 53).

2317. As famílias recombinadas, pluriparentais ou socioafetivas são famílias constituídas por um casal *de jure* ou *de facto* com um filho ou filhos, em que pelo menos um deles é filho, natural ou adotivo, de apenas um dos membros do casal.

parceiros, e o outro parceiro como «vida familiar», ainda que não estejam ligados por qualquer vínculo biológico<sup>2318</sup>; por outro lado, em nome do interesse superior da criança, esta instância pode determinar a prevalência da «paternidade socioafetiva» em detrimento da «paternidade biológica» com base no contacto paterno-filial<sup>2319</sup>.

Já no que tange ao tema do regime de visitas, o interesse superior da criança em remover a criança da tensão entre os pais biológicos separados e permitir que a criança cresça numa família reconstituída pode levar à exclusão legítima do pai não guardião do direito de visita<sup>2320</sup>. De outra perspetiva, mas seguindo o mesmo princípio basilar, o superior interesse da criança poderá igualmente ditar que a recusa de direito de visita ao pai socioafetivo esteja em conformidade com a Convenção<sup>2321</sup>.

#### 5.4. FAMÍLIAS INTEGRADAS POR TRANSEXUAL

Apesar da inicial relutância em fazer impender sobre os Estados-membros a obrigação positiva de reconhecer juridicamente a adequação sexual empreendida pelos transexuais, o Tribunal Europeu curvou-se unanimemente perante os apelos dos transexuais e erigiu, nos Acórdãos *Christine Goodwin c. Reino Unido e I c. Reino Unido, de 11 de julho de 2002*, uma obrigação positiva de reconhecer legalmente a nova identidade sexual dos transexuais submetidos a cirurgia de mudança de sexo, bem como de abandonar a referência ao critério do sexo biológico para definir o casamento.

No entanto, lançando mão do argumento da falta de consenso europeu e, portanto, da margem de apreciação, o Tribunal ditou que não existe a obrigação positiva de prever um procedimento eficaz e acessível que permita o reconhecimento jurídico da nova identidade sexual e manter, em simultâneo, o casamento anteriormente celebrado com uma pessoa de sexo cromossómico diferente e agora do mesmo sexo morfológico e legal, uma solução que não apoiamos, mas que compreendemos, pois de outra forma este organismo estaria a acolher o casamento entre casais do mesmo sexo no quadro convencional, por meios indiretos<sup>2322</sup>.

No que tange aos direitos parentais do pai/mãe transexual submetido a cirurgia de reconversão sexual – reconhecido como um «pai/mãe» socioafetivo – rela-

2318. Cfr. Ac. K. e T. c. Finlândia, de 12 de julho de 2001, §§ 149 e 150.

2319. Cfr. Dec. de 3 de dezembro de 2005, sobre a queixa n.º 64848/01 de Kuijper c. Países Baixos; Acórdãos Söderbäck c. Suécia, de 28 de outubro de 1998; Eski c. Áustria, de 25 de janeiro de 2007; Chepelev c. Rússia, de 26 de julho de 2007. Nesses casos, o Tribunal ditou que a adoção da criança pelo companheiro do progenitor guardião que desatende a falta de consentimento do pai ou mãe biológicos apenas consolida ou formaliza os laços familiares de facto que ligam a criança ao «pai/mãe socioafetivos».

2320. Cfr. Dec. de 14 de março de 1985, sobre a Queixa n.º 10148/82 de Garcia c. Suíça, p. 125.

2321. Cfr. Ac. Honner c. França, de 12 de fevereiro de 2021, § 51, ainda que neste caso os factos se reportem a uma família socioafetiva constituída pela criança e um casal do mesmo sexo e não de uma família recombinada.

2322. Cfr. Ac. Hämäläinen c. Finlândia, de 16 de julho de 2014, §§ 69-89.

tivamente ao filho biológico do seu companheiro, o TEDH considerou, no *Ac. X., Y. e Z. c. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, que não existia denominador comum entre os Estados contratantes quanto ao reconhecimento de direitos parentais aos transexuais, mormente estabelecimento da parentalidade, pelo que defendeu que estes gozavam de uma ampla margem de apreciação neste domínio. Já no *Ac. A.M. e outros c. Rússia*, 2021, o Tribunal arrazoou que a restrição dos direitos parentais, designadamente a privação de contacto, neste contexto fáctico, pode não prosseguir o superior interesse da criança e, nessa medida, revelar-se desconforme com a Convenção.

## 5.5. FAMÍLIAS CONSTITUÍDAS POR CASAIS DO MESMO SEXO

A análise do *corpus jurisprudencial* relativo à comunidade LGBTI+ revela uma louvável postura «compassiva» desta causa, uma vez que está claramente empenhada na eliminação das normas penais que criminalizam os atos homossexuais livres entre adultos<sup>2323</sup> e na *erradicação do tratamento discriminatório com base na orientação sexual*, por exemplo, em matéria de idade de consentimento para atos sexuais<sup>2324</sup>, responsabilidades parentais e guarda<sup>2325</sup>, adoção<sup>2326</sup>, arrendamento em caso de morte<sup>2327</sup>, extensão da cobertura do seguro de saúde a casais do mesmo sexo<sup>2328</sup>, ou elegibilidade para uma autorização de residência por motivos familiares<sup>2329</sup>.

Por outro lado, acompanhando a evolução sociojurídica verificada na Europa, o Tribunal tem proclamado perentoriamente que os casais do mesmo sexo que vivem numa união estável se encontram abrangidos pelo conceito de «*vida familiar*»<sup>2330</sup> e esta posição é particularmente expressiva no contexto de proteção de direitos de migrantes<sup>2331</sup>.

No entanto, escudando-se no argumento da falta de consenso europeu, o Tribunal de Estrasburgo continua a vedar aos casais do mesmo sexo o *direito a contrair casamento*<sup>2332</sup>, bem como o direito ao reconhecimento de casamentos celebrados no estrangeiro<sup>2333</sup>. Sem embargo, a juízo desta instância e dando cada vez mais relevância ao movimento internacional de reconhecimento jurídico das uniões entre

2323. *Cfr. Ac. Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de outubro de 1981.

2324. *Cfr. Ac. L. e V. c. Áustria*, de 9 de janeiro de 2003.

2325. *Cfr. Acórdãos Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de dezembro de 1999; *X. c. Polónia*, de 16 de setembro de 2021.

2326. *Cfr. Ac. E. B. c. França*, de 22 de janeiro de 2008.

2327. *Cfr. Ac. Karner c. Áustria*, de 24 de julho de 2003.

2328. *Cfr. Ac. P. B. e J. S. c. Áustria*, de 22 de julho de 2010.

2329. *Cfr. Acórdãos Pajić c. Croácia*, de 23 de maio de 2016; *Taddeucci e McCall c. Itália*, de 30 de junho de 2016.

2330. *Cfr. Ac. Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010, §§ 93 e 94.

2331. *Cfr. v. g., Acórdãos Pajić c. Croácia*, de 23 de maio de 2016, § 73; *Taddeucci e McCall c. Itália*, de 30 de junho de 2016, § 97.

2332. *Cfr. Ac. Hämäläinen c. Finlândia*, de 14 de julho de 2014, §§ 74 e 75.

2333. *Cfr. Ac. Orlandi e outros c. Itália*, de 14 de dezembro de 2017, § 205.

casais do mesmo sexo<sup>2334</sup>, o TEDH tem feito impender sobre os Estados-membros a obrigação positiva de assegurar aos casais de facto do mesmo sexo ou casados noutro Estado a criação de um quadro legal que reconheça e proteja as *uniões entre casais do mesmo sexo*<sup>2335</sup>.

## 5.6. FAMÍLIAS TRANSFRONTEIRIÇAS

Uma composição familiar cada vez mais comum nesta nossa aldeia global é aquela que atravessa fronteiras pelas mais diversas razões.

Neste âmbito, poderemos mencionar muito sumariamente as linhas gerais da jurisprudência estrasburguesa referente à *proteção dos migrantes*. No que respeita ao reagrupamento familiar do estrangeiro, contrabalançando o interesse geral do Estado em controlar os fluxos migratórios e o interesse das pessoas envolvidas na decisão sobre o reagrupamento familiar, o Tribunal parece cada vez mais receptivo a fazer pender a balança a favor deste último, o que se deve, a nosso ver, à especial deferência deste órgão ao princípio do interesse superior e do bem-estar da criança a reunir, bem como da criança nascida no país de acolhimento sem qualquer ligação com o país de origem<sup>2336</sup>. No que tange aos casos de expulsão, apesar da natureza variável desta jurisprudência, imensamente dependente dos detalhes particulares da *litis*, podemos dela deduzir que o direito ao respeito pela vida privada e familiar do estrangeiro é reforçado no caso de expulsão motivada por uma mera irregularidade administrativa<sup>2337</sup>, mas tende a ser enfraquecido ou mesmo excluído se a expulsão resultar de conduta criminosa, e a vida familiar pode não ser suficiente para impedir a medida de expulsão com base na gravidade da infração<sup>2338</sup>.

Sobre a *adoção internacional*, devemos salientar o *Ac. Pini, Bertani e outros c. Roménia, de 22 de junho de 2004*, onde o TEDH enfatizou a necessidade de o art. 8.º ser interpretado à luz dos instrumentos internacionais pertinentes (§ 139), a saber: Convenção da Haia de 29 de maio de 1993 sobre a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional; Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre Direitos da Criança; Convenção europeia de 1967 em matéria de adoção de crianças. Seguindo as linhas destes tratados, o tribunal asseverou neste aresto que,

2334. *Cfr.* Acórdãos Oliari e outros c. Itália, de 21 de outubro de 2015, §§ 178 e 180 a 185; Koilova e Babulkova c. Bulgária, de 5 de setembro de 2023.

2335. *Cfr.* Ac. Oliari e outros c. Itália, de 21 de outubro de 2015, § 185; Orlandi e outros c. Itália, de 14 de março de 2018, § 210.

Para um estudo mais aprofundado, ver Council of Europe, Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights «Rights of LGBTI persons», 2022, disponível em [https://echr.coe.int/Documents/Guide\\_LGBTI\\_rights\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Guide_LGBTI_rights_ENG.pdf). Para uma símula das principais linhas jurisprudenciais neste domínio, ver Ac. Fedotova e outros c. Rússia, de 17 de janeiro de 2023.

2336. *Cfr.* Ac. Mugenzi c. França, de 10 de julho de 2014.

2337. *Cfr.* Ac. Berrehab c. Países Baixos, de 21 de junho de 1988.

2338. *Cfr.* Acórdãos Boultif c. Suíça, de 2 de agosto de 2001; Üner c. Países Baixos, de 18 de outubro de 2006.

apesar de o direito a adotar não estar contemplado na Convenção, as relações entre adotado e adotante são, regra geral, da mesma natureza das relações familiares tuteladas pelo art. 8.º (§140). Além disso, a decisão de adoção conferiu aos adotantes os mesmos direitos e deveres reconhecidos aos pais e em simultâneo extinguiu os laços jurídicos existentes com pais biológicos, de harmonia com disposto no art. 10.º (§ 141)<sup>2339</sup>.

No que tange à gestação de substituição transfronteiriça, veja-se o que acima escrevemos.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incursão jurisprudencial realizada com centro de gravidade em Estrasburgo permite-nos enunciar sumariamente os principais postulados de rosto europeu tuteladores da(s) família(s) e das crianças que decorrem da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e ditados pelo seu órgão de controlo.

Vimos que o Tribunal Europeu tem realizado uma interpretação evolutiva ou dinâmica que procede a uma adaptação pretoriana do texto de 1950 às alterações dos valores e dos padrões socioculturais verificadas no palco societário europeu e, nessa medida, tem coberto com o manto protetor convencional não apenas contornos fácticos clássicos atinentes às relações familiares horizontais e às relações familiares verticais, como o respeito pelo direito de visita ou as medidas de promoção e proteção, mas também a novas problemáticas que emergem no contexto familiar, tais como a gestação de substituição. A dilatação casuística do conceito de família e de «vida familiar» ínsito no art. 8.º da Convenção de Roma tem igualmente permitido a concessão de proteção convencional às novas constelações familiares que vão reclamando tutela.

Na construção evolutiva deste manto protetor, o Tribunal de Estrasburgo tem convocado os vários preceitos que compõem a arquitetura convencional, a saber, o

2339. Sobre a adoção singular internacional, ver Ac. Wagner e J. M. W. L. c. Luxemburgo, de 28 de junho de 2007, onde o TEDH sustentou que a aplicação estrita da norma nacional que reservava a adoção plena para o casal unido pelo matrimónio não seria suficiente para justificar, ao abrigo do art. 8.º, n.º 2, a recusa das autoridades nacionais de conceder o *exequatur* a uma sentença estrangeira que ditava a adoção singular (§ 135); e Ac. Schwizgebel c. Suíça, de 10 de junho de 2010, onde o Tribunal acrescentou que a Convenção europeia de 1967 em matéria de adoção de crianças, no seu art. 7.º, n.º 1, al. b), obriga os Estados signatários a contemplar nos seus ordenamentos a adoção singular (§ 89). Mencione-se ainda o caso Chbihi Loudoudi e outros c. Bélgica, de 16 de dezembro de 2014, onde o TEDH concluiu que a recusa em conceder adoção se baseava numa lei que procurava garantir, em conformidade com o disposto na Convenção da Haia de 29 de maio de 1993 sobre a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional, que as adoções internacionais fossem realizadas com consideração pelo superior interesse da criança e *in casu* as autoridades julgaram legitimamente que a manutenção da relação jurídica entre a criança e os pais biológicos em ambos os países (Marrocos e Bélgica) prosseguia o seu superior interesse.

art. 12.º, o art. 14.º, o art. 1.º do Protocolo n.º 12, o art. 1.º do Protocolo n.º 1, o art. 5.º do Protocolo n.º 7, o art. 2.º do Protocolo n.º 1, o art. 3.º e o art. 6.º, dando especial destaque ao art. 8.º, que concede assento convencional ao direito ao respeito pela vida privada e familiar.

O órgão de controlo convencional tem procurado implementar e consolidar nos ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes o princípio da igualdade no seio familiar, na medida em que tem procurado eliminar todo o tratamento discriminatório, quer no domínio das relações horizontais, quer no campo das relações verticais.

No quadro das relações horizontais, o compromisso com a implementação da igualdade suspende-se, porém, com a atribuição de um estatuto privilegiado à família unida pelo laço matrimonial, uma vez que esta instância aceita o tratamento diferenciado dos casais *de more uxorio* ou *de facto* relativamente aos casais *de jure*, sob o argumento da proteção do casamento e da família tradicional. No entanto, a exigência de tratamento igualitário tem igualmente conduzido a instância de Estrasburgo a alinhar-se com o movimento internacional de reconhecimento jurídico das uniões entre casais do mesmo sexo e, nessa medida, tem feito impender sobre os Estados-membros a obrigação positiva de assegurar aos casais de facto do mesmo sexo ou casados noutro Estado a criação de um quadro legal que reconheça e proteja as uniões entre casais do mesmo sexo. Sem embargo, o Tribunal Europeu continua a vedar aos casais do mesmo sexo o direito a contrair casamento, continuando a aventar – por enquanto e de modo vacilante – o argumento da falta de consenso europeu.

No contexto das relações verticais, a jurisprudência de Estrasburgo revela-se marcadamente pedocêntrica, porquanto inteiramente centrada na proteção do interesse superior da criança, elemento que agora ocupa um lugar central no seio familiar e que constitui o principal critério para aferir a convencionalidade da atuação do Estado-membro. Em nome do interesse superior da criança, parece consagrarse progressivamente em Estrasburgo o princípio da corresponsabilidade parental. Por outro lado, esta instância parece claramente recetiva a abandonar o princípio de que o interesse superior da criança exige famílias biparentais. Também neste domínio o Tribunal erige, como princípio guia, a convivência familiar, proclamando que o gozo por pais e filhos da sua mútua companhia constitui um elemento fundamental da sua vida familiar e, por conseguinte, só razões excepcionais – sobretudo fundadas na prossecução do interesse superior da criança – poderão justificar, à luz do art. 8.º, n.º 2, a restrição ou exclusão desse convívio.

Na interferência do gozo da vida familiar, motivada por dissolução da conjugilidade, desrespeito pelo direito de visita, rapto de menor, aplicação de medida de promoção e proteção ou outra, a atuação das autoridades nacionais passará o «teste de convencionalidade», designadamente, *i*) se os progenitores forem devidamente envolvidos no processo decisório; *ii*) se permitiram a participação da criança no processo, se tal corresponder ao seu superior interesse, sem lhe conceder um direito de voto; *iii*) se as autoridades nacionais não se limitaram a adotar um conjunto este-

reotipado de medidas e promoveram diligências eficazes para assegurar o exercício efetivo das responsabilidades parentais; *iv*) se o Estado se dotou do arsenal jurídico adequado e suficiente para garantir o respeito pelas obrigações positivas que decorrem do art. 8.º e dos tratados internacionais em matéria de subtração de menores e se atuaram com celeridade; *v*) se as autoridades nacionais envidaram todos os esforços no sentido de promover a reunião da família, nos casos de promoção e proteção; *vi*) se as autoridades atuaram com especial diligência e celeridade nos processos de família e crianças, considerando as consequências graves e irreversíveis que o decurso do tempo pode ter nas relações paterno-materno-filiais.

Refira-se ainda que o órgão de controlo da Convenção tem garantido a tutela, para além da tradicional família *de jure* ou matrimonial, a família *de facto*, independentemente do sexo dos elementos da união, a família monoparental – ainda que não protejam a sua constituição –, a família biparental, a família recombinada, pluriparental ou socioafetiva, a família extensa ou alargada – exceto no caso do migrante e do recluso, em que se protege sobretudo a família nuclear –, a família adulterina, família integrada por transexual submetido a cirurgia de reconversão sexual, a família constituída por casais do mesmo sexo, a família transfronteiriça, entre outras.

Vimos igualmente que o Tribunal Europeu vai concedendo algum grau de deferência aos Estados-membros, ressaltando reiteradamente que as autoridades nacionais estão «melhor posicionadas» para aferir da necessidade de imposição de restrições aos direitos convencionais e a imposição de obrigações positivas ou negativas, substantivas ou processuais, aos Estados-membros.

O processo de desenvolvimento hermenêutico da normatividade jurídico-familiar em Estrasburgo resulta, como referimos, de um permanente diálogo de influências recíprocas entre o ordenamento supranacional e os ordenamentos internos, respeitando as diferenças socioculturais e jurídicas nacionais, mas atento aos principais diplomas internacionais de foro universal ou regional, mormente dimanantes da União Europeia, que constitui o reflexo das coordenadas dos Direitos da Família e das Crianças vigentes no espaço europeu e que contribui sobremaneira para a sua harmonização progressiva.



## *Capítulo 31*

# Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho de las familias argentino

MARIEL F. MOLINA<sup>2340</sup>  
GABRIEL R. JUAN<sup>2341</sup>

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERPRETATIVOS DERIVADOS DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL. 2.1. *Postulados generales.* 2.1.1. Interpretación evolutiva y dinámica. 2.1.2. Buena fe. 2.1.3. En favor de la persona humana. 2.2. *La centralidad de la persona y su derecho humano a la vida familiar.* 3. LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL EN EL DISEÑO DEL PLAN DE VIDA Y EL PLURALISMO FAMILIAR. 4. LA SOLIDARIDAD FAMILIAR Y LA PROTECCIÓN DE LOS VULNERABLES. 4.1. *Protección reforzada de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.* 4.2. *Igualdad real en clave de género.* 5. PALABRAS FINALES.

### **1. INTRODUCCIÓN**

El derecho de las familias<sup>2342</sup> regulado en el Código Civil y Comercial argentino (CCyC)<sup>2343</sup> refleja las profundas transformaciones producidas en la sociedad, desde

- 
2340. Doctora en Derecho. Profesora Titular efectiva de Derecho de las Familias y Directora de las carreras de Especialización y Maestría en Derecho de las Familias, UNCuyo (Argentina). Posgraduada en Derecho Constitucional Universidad de Salamanca. Abogada en ejercicio de la profesión.
2341. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UM). Abogado especialista en Derecho de Daños (UNL) y en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca). Docente de grado y posgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UM). Docente de posgrado e investigador en la Facultad Derecho, UNCuyo (Argentina). Presidente de la Comisión de Filosofía del derecho y ética del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD). Abogado en ejercicio de la profesión.
2342. Convencidos de que el uso del lenguaje no es neutral, igual que buena parte de la doctrina argentina preferimos el plural «familias» en reemplazo de la clásica fórmula en singular (familia). El cambio se observa en la denominación de algunas cátedras universitarias y eventos científicos, como el «Congreso Internacional de Derecho de las familias, niñez y adolescencia. Paradigmas y nuevos desafíos», realizado en Mendoza, República Argentina, en el año 2018.
2343. Ley 26.994 (BO 08/10/2014), en vigencia desde el 1 de agosto de 2015.

las últimas décadas del siglo pasado. Al ser una de las ramas más sensibles a los cambios sociales y culturales, que encuentran en la vida privada y familiar su expresión más plena y espontánea, las nuevas normas vinieron a acercar el derecho a la realidad<sup>2344</sup>. Así, junto a la reformulación de sus instituciones clásicas (matrimonio, divorcio, alimentos, adopción, parentesco, responsabilidad parental), se incorporaron otras figuras acordes a las demandas contemporáneas (uniones convivenciales, compensación económica, filiación por técnicas de reproducción humana asistida, etc.).

De este modo, el sistema vigente presupone y acepta la complejidad y el dinamismo propio de las familias, que se reconocen como los más potentes cauces para la concreción de los planes de vida de quienes las integran.

Esta cosmovisión, forjada a partir del proceso de constitucionalización del derecho privado argentino, resulta terreno fértil para un fecundo diálogo entre el derecho local y el sistema convencional de derechos humanos.

Sobre esta base, en este artículo presentamos los principales postulados y estándares interpretativos que surgen del sistema interamericano, con proyección en el Derecho de las familias. Nos ocuparemos así de: *i)* la centralidad de la persona y su derecho humano a la vida familiar, *ii)* la protección de la autonomía personal en el diseño del plan de vida y el respeto por el pluralismo familiar, *iii)* la solidaridad familiar y la protección de los vulnerables, *iv)* la protección reforzada de los niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de derecho, y *v)* la igualdad real en clave de perspectiva de género. Para ello nos apoyaremos en la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El propósito que nos inspira es brindar algunas herramientas concretas y de aplicación práctica, que sistematicen las ideas rectoras del máximo intérprete regional en la materia.

## **2. PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERPRETATIVOS DERIVADOS DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL**

La reforma constitucional argentina de 1994 otorga jerarquía constitucional a un número determinado de instrumentos internacionales de derechos humanos, y prevé la posibilidad de que el Congreso Nacional, con una mayoría especial, incorpore otros «en las condiciones de su vigencia». O sea, en la forma que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con las «reservas»<sup>2345</sup> oportunamente

- 
- 2344. Para ampliar, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Lineamientos Generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado», en RDPyC 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial, Rubinzel Culzoni, Santa Fe, (2013), pp. 288-289.
  - 2345. El artículo 2.1, ap. d) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados estipula: «Se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado».

formuladas, que no pueden ser contrarias al objeto y fin del tratado<sup>2346</sup>. Por esta razón, en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el intérprete jurídico argentino debe atenerse a las pautas de interpretación que fija la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas (artículos 62 y 64 CADH).

La formulación de estándares o enunciados interpretativos que recepten los criterios de las decisiones de la Corte IDH obedece entonces a una razón prioritaria, que deriva de las previsiones de la propia CADH (artículo 62.3).

Al respecto, resulta imprescindible destacar que la Corte IDH tiene sentado el principio de aplicación del *corpus iuris* internacional, que se funda en las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la CADH, y en las previsiones de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (artículo 31 y conc.)<sup>2347</sup>, lo cual amplía enormemente el amparo protector de los Derechos Humanos (DDHH).

Vale resaltar que el derecho interno, por su lado, consagra la libertad de criterio del intérprete jurídico. Y si bien el artículo 1 del Código Civil y Comercial alude solo a la «finalidad de la norma», esta disposición debe completarse con las previsiones específicas del artículo siguiente. En tal sentido, bajo el título «Interpretación», el artículo 2 del CCyC reconoce un menú de posibilidades: las palabras de la ley –literaldad–, su finalidad, la analogía, las disposiciones de los tratados de DDHH, los principios y valores; siempre que lo haga en forma coherente con el ordenamiento<sup>2348</sup>.

A esta concordancia del derecho común con la fuente convencional internacional se agrega otra razón de índole autoritativa: los criterios formulados emanen de

- 
2346. GELLI, M., Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, 3º Edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 712-713. Agrega la autora: «De todos modos la aprobación de un tratado con reservas tiene límites generales establecidos por la mencionada Convención de Viena, en el artículo 19. En ese sentido, el tratado en cuestión puede prohibir determinadas reservas en cuyo caso éstas no son admisibles; o señalar cuáles reservas están permitidas, entre las que no se encuentra la que se quiere formular; o si la reserva que se manifiesta resulta incompatible con el objeto y fin del tratado. Además, el artículo 20 regula cuándo y en qué circunstancias pueden formularse objeciones a las reservas que manifieste un Estado al ratificar un tratado. Al respecto, la Opinión consultiva 2 (O. C. 2/82) de Corte Interamericana de Derechos Humanos –al expedirse por unanimidad en el sentido de que la Convención Americana entra en vigencia para un Estado que la ratifique o adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión– también sostuvo que la Convención Americana al referir en el art. 75 a la Convención de Viena, debe entenderse en el sentido de que los Estados firmantes de la primera tienen libertad de formular las reservas que consideren apropiadas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado». (*Ibidem*).
2347. Ver, entre otros, Corte IDH, caso «I. V. Vs. Bolivia», 2016, párr. 168.
2348. Artículo 2 CCyC: «Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

las decisiones de la máxima autoridad jurisdiccional de la Región<sup>2349</sup>. Con todo se justifica la metodología utilizada, que por otra parte merece reconocimiento de la jurisprudencia nacional. Así, por ejemplo, en una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires del año 2015, causa «G., A. M. p/Insania y curatela», el magistrado Hitters destaca en su voto que la jurisprudencia de la Corte IDH es una herramienta de valor hermenéutico en la práctica de cuestiones vinculadas a la «equidad de género», ponderando la construcción de sus «estándares» específicos y generales<sup>2350</sup>.

## 2.1. POSTULADOS GENERALES

Antes de avanzar en los estándares específicos aplicables al derecho de las familias conviene repasar algunos postulados generales de interpretación construidos por la propia Corte IDH, cuya aplicación resulta indiscutida:

### 2.1.1. Interpretación evolutiva y dinámica

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte IDH tiene sentado que la interpretación de los textos internacionales de derechos humanos debe acompañar «la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales». Es decir, la primera regla general es la *interpretación evolutiva*, en razón de que los tratados de derechos humanos «son instrumentos vivos»<sup>2351</sup>.

La interpretación evolutiva es conseciente con las reglas generales estipuladas por el artículo 29 de la CADH<sup>2352</sup>, y por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (parte III, sección Tercera, arts. 31 y 32).

---

2349. A lo dicho se agrega el artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH que la caracteriza como: «una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto». (Artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH. Acceso público en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto>).

2350. Suprema Corte Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2015, causa «G., A. M. p/insania y curatela».

2351. Corte IDH, OC 24/2017, párr. 58. Asimismo, *Cfr.* caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, de 19/11/1999, párr. 193; El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114; caso «Artavia Muñoz y otros («Fecundación in vitro») Vs. Costa Rica». Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245, y caso «Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil». Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 245.

2352. Artículo 29: «Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Con-

### **2.1.2. Buena fe**

También es un criterio general de interpretación la *buena fe*. En palabras de la Corte: «La aplicación simultánea y conjunta de los criterios de buena fe, el examen del sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, leídos en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin de aquél»<sup>2353</sup>.

Este mandato también tiene concordancia con el artículo 29 CADH y con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

### **2.1.3. En favor de la persona humana**

Dado que el objeto y fin de la CADH es «la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos»<sup>2354</sup>, la interpretación de las normas debe partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el «mejor ángulo» para la protección de la persona<sup>2355</sup>.

Estos postulados generales (interpretación evolutiva, buena fe teniendo en cuenta el objeto y fin de los tratados, y atención a los valores que mejor protegen a la persona), son compatibles con la disposición del artículo 29 de la CADH, que alberga el principio *pro persona*, en virtud del cual:

*«ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza»*<sup>2356</sup>.

## **2.2. LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA Y SU DERECHO HUMANO A LA VIDA FAMILIAR**

En el Derecho de las familias argentino, el foco está puesto en la persona humana que vive sus relaciones familiares, y no en «la» familia como una entidad *suprapersonal*. Es el sujeto como agente individual, que fija autónomamente su plan de vida familiar, quien resulta protegido por el ordenamiento jurídico.

---

vención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

2353. Corte IDH, OC 24/2017, párr. 55.

2354. Cfr. Opinión Consultiva «El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29; y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 54.

2355. Corte IDH, caso «González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México», 2009, párr. 33.

2356. Corte IDH, OC 24/2017, párr. 57.

Esta consideración de la persona humana como centro de imputación de derechos implica tener presente que ella es un fin en sí mismo y no un mero medio para la realización del plan de vida familiar de otros. La visión, entonces, se sustenta en la noción de dignidad inherente a la persona humana<sup>2357</sup>, que es el valor fundante subyacente en la normativa internacional de derechos humanos.

A partir de aquí se comprende y fundamenta el derecho humano a la vida familiar, con amplio reconocimiento convencional en el artículo 16-3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 23-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 17-1 de la CADH, que en términos similares a los anteriores establece: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado». Por su parte, el artículo 10, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipula: «Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo». De su lado, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) declara que la familia es el «grupo fundamental de la sociedad».

Este principio comprende también la libertad reproductiva y la posibilidad de planificación de la paternidad y maternidad, y con ella, la de beneficiarse con el progreso científico que aportan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). La importancia del reconocimiento de este derecho humano fundamental está dada en el impacto directo que provoca sobre el derecho de las familias, que ha merecido la atención directa del legislador.

Así lo expresó la Corte IDH en el caso «Artavia Murillo»:

*«Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. [...]»<sup>2358</sup>.*

2357. KANT, I., Fundamentación de la metafísica de las costumbres [*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785], trad. Roberto Rodríguez Aramayo, 2da. Ed., Alianza, Madrid, 2012.

2358. Corte IDH, caso «Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica», 2012, párr. 150.

### 3. LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL EN EL DISEÑO DEL PLAN DE VIDA Y EL PLURALISMO FAMILIAR

Este postulado se nutre con la observación empírica de las sociedades iberoamericanas con las que nos une una tradición jurídica común, que muestra que las familias actuales no se estructuran bajo una única forma homogénea, fija e inmóvil. Por el contrario, son diversas, heterogéneas, dinámicas y con trayectorias que evolucionan y se transforman a lo largo del tiempo. Por tanto, el derecho a la vida familiar, visto desde la centralidad de la persona como portadora de derechos fundamentales, necesariamente debe respetar y atender a estas características y ser permeable a nuevas formas de relaciones afectivas interpersonales.

Esta aceptabilidad de la diversidad de alternativas familiares refleja un derecho que reconoce y respeta las autonomías personales. Por consiguiente, la protección jurídica excede al tipo de familia matrimonial heterosexual de base patriarcal, para alcanzar otras maneras que tienen las personas de vincularse familiarmente: v. gr., parejas de dos personas del mismo sexo –hombres o mujeres–, familias ensambladas, familias monoparentales o uniones convivenciales.

Este sentido plural recoge la interpretación que la Corte IDH realiza de la CADH. Para el tribunal regional, la convención americana no determina un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege un solo modelo<sup>2359</sup>. En su opinión, siguiendo aquí al TEDH, el concepto de vida familiar abarca «otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio»<sup>2360</sup>.

En idéntica sintonía, tampoco cabe discriminar por razones de orientación sexual o identidad de género de las personas que establecen un plan de vida familiar, pues se trata de categorías protegidas por la Convención. Por tanto, «ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual»<sup>2361</sup>.

Desde luego, juega aquí la noción identidad de género que, según la OC 24/17, es «...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento...»<sup>2362</sup>. De igual manera, este documento explica y reconoce que la identidad de género y su expresión pueden tomar otras formas, por lo que corresponde incluir en el amparo diferenciado a aquellas personas que no se identifican ni como hombres ni como mujeres o se identifican como ambos<sup>2363</sup>.

2359. Corte IDH, caso «Fornerón vs. Argentina», 2012, párr. 143. En igual sentido: Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 69, y caso «Atala Riff y Niñas Vs. Chile», 2012, párr. 142.

2360. Eur. Court H. R., Keegan v. Ireland, Judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, para. 44; y Eur. Court H. R., Case of Kroon and Others v. The Netherlands, Judgment 27th October, 1994, Series A no. 297-C, para. 30. Precedente citado por la Opinión Consultiva 17/2002.

2361. Corte IDH, caso Atala Riff y Niñas vs. Chile, 2012, párr. 91.

2362. Corte IDH, OC 24/17, párr. 32, ap. f).

2363. Corte IDH, OC 24/17, párr. 32, ap. f).

En *Atala Riff vs. Chile*, la Corte IDH expone claramente el carácter disvalioso de pensar en un modelo de familia estereotipada que ignore o desprecie el pluralismo familiar:

«[...] este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”»<sup>2364</sup>.

«En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones»<sup>2365</sup>.

«[...] la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad»<sup>2366</sup>.

#### **4. LA SOLIDARIDAD FAMILIAR Y LA PROTECCIÓN DE LOS VULNERABLES**

El énfasis puesto en la persona como integrante del grupo importa, además, un plus de protección de las que son destinatarias aquellas más débiles por razones de edad, género o discapacidad, y que por tanto se encuentren en situación de vulnerabilidad. El derecho de las familias argentino no es indiferente al distinto tratamiento que debe otorgárseles, cumpliendo así con la exigencia internacional de una tutela jurídica reforzada.

El reconocimiento de la solidaridad como principio jurídico alojado a la base del derecho que regula las relaciones familiares no es nuevo; ha sido el postulado fundamental sobre el cual se organizaron muchas de sus instituciones más tradicionales, y tiene anclaje en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional argentina. Lo que sí es nuevo, es la forma en que se debe interpretar a la luz del diálogo de fuentes con el sistema convencional que impone el Código Civil y Comercial (artículos 1, 2 y 3), en tanto se exalta la idea de «responsabilidad» con aquellos que integran (o integraron) la propia familia.

Esta visión indica que, en caso de conflicto de derechos entre los miembros de una familia, debe priorizarse la tutela del más débil o el más necesitado del grupo. A veces serán necesarias medidas de acción positiva, también llamadas de discriminación inversa, pensadas para remover los obstáculos que deben enfrentar algunos grupos o sectores, de modo de compensar o equilibrar la situación de quienes se encuentran en posición desigual. El mandato es constitucional, en tanto el artículo

2364. Corte IDH, caso «Atala Riff y Niñas Vs. Chile», 2012, párr. 145.

2365. *Ibidem*, párr. 136.

2366. *Ibidem*, párr. 140.

75 inciso 23 asegura el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos a los niños, las niñas, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

De este principio fundamental se desprenden, al menos, dos estándares interpretativos.

#### 4.1. PROTECCIÓN REFORZADA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHOS

La actual cobertura que el *corpus iuris* integrado por los tratados y convenciones internacionales<sup>2367</sup> dispensa a los niños, niñas y adolescentes, les garantiza la condición de sujetos de derechos con protección especial. Por eso, además de gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, tal como indica la OC 17-2002, titularizan derechos específicos que se les otorga por su condición de personas en desarrollo<sup>2368</sup>.

Según la Corte, son cuatro los principios rectores que derivan de la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño (CDN):

*«...el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo procedimiento que la afecte»*<sup>2369</sup>.

Con ello, el ejercicio pleno de los derechos de la infancia y adolescencia debe ser considerado como criterio rector para la elaboración y aplicación del sistema jurídico en todos los órdenes relativos a su vida<sup>2370</sup>.

Este «interés superior del niño» involucra una fórmula con potencialidad sustancial y procesal expansiva. Tratándose de una expresión abierta o indeterminada es importante que, en cada caso, el operador jurídico le asigne un contenido concreto. Por eso, en «Atala Riffó» la Corte IDH dijo:

*«[...]al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona»*<sup>2371</sup>.

- 
- 2367. Entre otros, Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones del Comité sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y las sentencias y recomendaciones de la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
  - 2368. Corte IDH, Opinión Consultiva No. 17/2002 Sobre condición jurídica y derechos humanos del niño. Ver especialmente voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 69.
  - 2369. Corte IDH, causa «VRP, VPC y otros vs. Nicaragua», 08/03/2018, párr. 155.
  - 2370. Ver Observación General No. 14/2013 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que explicita la triple función del interés superior, como derecho, como principio y como norma de procedimiento.
  - 2371. Corte IDH, caso Atala Rifo, *cit.*, párr. 110.

Reconocer a los NNA su condición de sujetos de derechos, implica también admitir que ellos poseen una voz propia que debe ser oída, que su autonomía debe valorarse progresivamente, que poseen un derecho a la vida familiar como cualquier otra persona mayor de edad y, finalmente, que este derecho humano a la vida familiar incluye la coparentalidad.

Sobre el derecho a la vida familiar de los NNA, la Corte IDH dijo en la causa «Fornerón» que todo niño tiene derecho a vivir con su familia y a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales, que cualquier decisión relativa a la separación de su familia debe estar justificada por dicho interés superior, y que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño de su familia y, en suma, que en todo caso dicha separación será excepcional y temporal<sup>2372</sup>.

De lo dicho derivan obligaciones concretas y directamente operativas para la familia y la sociedad (artículo 19 CADH), las que imponen una debida diligencia reforzada a los estados, que asumen una posición de garante<sup>2373</sup>. Por eso, la mentada OC 17/02 expresa que la «protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos».

De ahí que corresponde «al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella»<sup>2374</sup>. Sobre estas obligaciones positivas:

*«Se desprende de las normas contenidas en la CDN, que establece que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos»<sup>2375</sup>.*

Un caso bisagra en la historia de la niñez interamericana y de referencia obligada es «Niños de la Calle» vs. Guatemala<sup>2376</sup>. En junio de 1990, cinco niños que vivían en situación de calle en la ciudad de Guatemala fueron secuestrados, torturados y asesinados por fuerzas de seguridad estatales. En 1999, la Corte decidió por unanimidad declarar responsable al Estado de Guatemala, por violar derechos consagrados en la CADH, específicamente: el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad persona, a las garantías judiciales, la protección judicial y los derechos humanos de los niños. Luego, el 26 de mayo del 2001, la Corte ordenó al Estado de Guatemala que, además de compensar económicamente a las familias y sancionar a los cul-

2372. Corte IDH, caso Fornerón, *cit.*, párrs. 71-78.

2373. Corte IDH, OC 21/2014, párr. 56; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC 17/2002, párr. 54, y caso «Mendoza y otros Vs. Argentina», párr. 140.

2374. Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/2002 (Condición jurídica y Derechos humanos del niño), párr. 55.

2375. Corte IDH, caso Fornerón, *cit.*, párr. 46 y caso Atala Riff, *cit.* párr. 169.

2376. Corte IDH, caso «Niños de la calle (Villagrán Morales y ots. Vs. Guatemala)», de 19/11/1999.

pables, adecuara su legislación interna al artículo 19 de la CADH. En un primer momento, el Estado cumplió parcialmente la sentencia, ya que dispuso únicamente la derogación del «Código de los Menores», vigente desde 1979. Pero luego de una movilización social, cuatro años después de dictado el fallo, el 4 de junio del 2003, entró en vigor la Ley de Protección Integral de Niños y Personas Jóvenes.

El proceso de adecuación de la legislación interna de los Estados a los principios de la CDN se expandió luego en la Región. Argentina no fue la excepción y por eso en el año 2005 se dictó la ley 26.061 «Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes» (BO 26/11/2005).

Por otra parte, en lo que atañe a los procesos judiciales en los que se ventilan derechos de NNA, se impone la adopción de medidas especiales y las necesarias adaptaciones con miras a evitar su revictimización. Entre otras cuestiones, para la Corte IDH se debe tener presente: *a) el derecho a la información relativa al procedimiento, así como los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles; b) la asistencia letrada, gratuita y proporcionada por el Estado, de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso; c) el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, que conlleva un criterio reforzado de celeridad; d) el derecho de la niña, niño o adolescente víctima a participar en el proceso penal, en función de su edad y madurez; e) generar las condiciones adecuadas para que las niñas, niños y adolescentes puedan participar de forma efectiva en el proceso penal mediante las protecciones especiales y el acompañamiento especializado; y f) que el personal del servicio de justicia que intervenga se encuentre capacitado en la temática*<sup>2377</sup>.

Otro tema que no puede omitirse en este relevamiento es el impacto nefasto del paso del tiempo. Sobre este punto, la Corte IDH resalta que el interés superior de NNA se encuentra comprometido por su transcurso irrazonable del tiempo. La dilación en los procedimientos, con independencia de la decisión final sobre la determinación de sus derechos, puede provocar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho. Y, en consecuencia, resultar perjudicial para los intereses de los NNA cualquier decisión al respecto<sup>2378</sup>.

La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En ese sentido, la Corte ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo: *a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso*<sup>2379</sup>. En el caso *Fornerón* citado, sin perjuicio de que éste había realizado las intervenciones en los procesos que le eran razonablemente exigibles, la Corte

2377. *Cfr.* Corte IDH, caso V. R. P. vs. Nicaragua, *cit.*, párr. 155 y ss.

2378. Corte IDH, caso *Fornerón*, *cit.*, párrs. 74 y 75.

2379. *Ibidem*, párr. 66.

advierte que la responsabilidad de acelerar el procedimiento recae también sobre las autoridades judiciales, en consideración del deber de especial protección que deben brindar a la niña por su condición de menor de edad, y no en la actividad procesal del padre. Más aún, cuando el señor Fornerón desde un inicio dejó claro ante las autoridades judiciales su voluntad de hacer efectivos sus derechos y cumplir sus deberes de padre, lo cual debía garantizarse de forma inmediata.

También resulta un estándar interpretativo (además de principio) la *autonomía progresiva* y el *derecho de participar en todo proceso* que involucre a NNA. En relación con lo primero, se vincula con la posibilidad de que los NNA tomen decisiones autónomas en materia de derechos fundamentales, conforme el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo. Al respecto, es oportuno recordar que el artículo 5 CDN establece: «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención».

En esta sintonía, en «*Atala Riff y Niñas Vs. Chile*» la Corte IDH reitera:

«[...]que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (*supra* párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto»<sup>2380</sup>.

Ahora bien, tal como surge del caso *Furlán vs. Argentina*:

«No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad»<sup>2381</sup>.

La autonomía progresiva se vincula, naturalmente, con la posibilidad de su intervención judicial personal en condiciones de igualdad y no discriminación. En *VRP vs. Nicaragua*, la Corte IDH resalta que:

«[...]las niñas, niños y adolescentes pueden enfrentarse a diversos obstáculos y barreras de índole jurídico y económico que menoscaban el principio de su autonomía progresiva, como

2380. Corte IDH, caso Atala Riff, *cit.*, párr. 199.

2381. Corte IDH, caso «Furlán vs. Argentina», 31/08/2012, párr. 230. En igual sentido, ver caso Atala Riff, *cit.*, párr. 200, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, párrs. 28 y 29.

*sujetos de derechos, o que no garantizan una asistencia técnica jurídica que permita hacer valer sus derechos e intereses en los procesos que los conciernen. Estos obstáculos no solo contribuyen a la denegación de justicia, sino que resultan discriminatorios, puesto que no permiten que se ejerza el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad. De lo anterior se colige que el deber de garantía adquiere especial intensidad cuando las niñas son víctimas de un delito de violencia sexual y participan en las investigaciones y procesos penales, como en el presente caso»<sup>2382</sup>.*

#### 4.2. IGUALDAD REAL EN CLAVE DE GÉNERO<sup>2383</sup>

Con base en distintas fuentes que integran el *corpus iuris* internacional, la Corte IDH define la categoría género en la OC 24/17: «Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas»<sup>2384</sup>.

Los criterios hermenéuticos de la Corte IDH reconocen las características especiales y espaciales de la realidad latinoamericana<sup>2385</sup>, trasladables con sus propios matices a nuestro ámbito territorial. Esta forma de abordaje, que relaciona interpretación jurídica con historicidad, garantiza el respeto por el principio de progresividad de los DDHH, en tanto permite la incorporación de la Teoría de género a la labor hermenéutica con una visión transdisciplinaria, que la Corte utiliza y recomienda. Así las cosas, la sociología favorece la comprensión de los roles y estereotipos en las distintas comunidades y en los estamentos que la componen. La antropología enseña el respeto que debe darse al traspaso de la cultura mediante la tradición oral, de la forma rural de producción, de la relación de determinados colectivos con la tierra y el ambiente, del mantenimiento de las tradiciones y la lengua, entre otras características propias de la cultura indígena omnipresente en la Región, como

- 
2382. Corte IDH, caso VRP vs. Nicaragua, *cit.*, párr. 156.
2383. Para ampliar ver: JUAN, G., «La interpretación jurídica con perspectiva de género. Un decálogo de estándares interpretativos», en Revista Boliviana de Derecho, N.º 31, (enero 2021), pp. 60-89.
2384. Corte IDH, OC 24/17, párr. 32, ap. e). Al comenzar el párrafo 32, la Corte aclara que el concepto elegido, al igual a lo que sucede con los restantes que conforman el «Glosario», es tomado «de diferentes fuentes orgánicas internacionales, al parecer son los más corrientes en el plano internacional». Las fuentes que toma en consideración para sostener el concepto son: *Cfr.* Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – CEDAW, Recomendación general N.º 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5, y OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012, párr. 14.
2385. Se recuerda que Canadá no suscribió la CADH, mientras que Estados Unidos, si bien la firmó, no la ratificó. A mayor abundamiento, ver el sitio web oficial de la OEA: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)

aquella que hace a la autocomprendión de la mujer. La historia y la política contextualizan las situaciones de violencia institucional en distintos momentos de los gobiernos del continente. Los principios, fines y valores de las normas del *corpus iuris* internacional y la búsqueda del ideal de justicia recuerdan que la filosofía jurídica está más presente que nunca en los Estados de Derecho constitucionales, al marcar su rumbo ético y fundamentar las decisiones razonalmente justificadas en un contexto de razonamiento práctico.

La Corte IDH ha fijado posición terminante respecto de que toda interpretación jurídica donde estén en juego derechos de las mujeres, derivados de su sola condición de tal, deben ser valorados con perspectiva de género. Ello significa que requiere del Derecho una protección especial, por la sola razón de integrar un colectivo cultural, social y económicamente discriminado. Que lo dicho suceda en el marco de relaciones familiares no representa una excepción. Antes bien lo contrario, pues el derecho de las familias es tal vez la rama más paradigmática donde se verifica una importante cantidad de situaciones de subordinación de las mujeres.

Su fundamento lo brinda la interpretación conjunta de la CADH y la «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención Belém do Pará), que para la Corte IDH representa la «Constitución de las mujeres», y fue aplicada por primera vez en el caso «*Castro Castro*»<sup>2386</sup>, ante violaciones de DDHH perpetradas por agentes estatales de las fuerzas de seguridad contra mujeres privadas de la libertad. En dicho precedente, se recepta el concepto «igualación», que parte de reconocer la situación de desigualdad, marginación, vulnerabilidad y debilidad de las mujeres, lo que justifica la adopción de medidas positivas para colocarlas en posición de ejercer sus derechos<sup>2387</sup>. Se funda en la regla *pro persona* que contiene el artículo 29 de la CADH, en especial el inciso *b*), al que se incorporan las previsiones específicas de la Convención Belém do Pará, también integrante del *corpus iuris* internacional. El fin, naturalmente, es la tutela efectiva de sus derechos. Además, para la Corte, el intérprete jurídico debe tener presente la persistencia del patrón de conducta discriminatorio contra la mujer, derivado de su consideración de inferioridad, que se encuentra culturalmente arraigado en la sociedad.

A esta altura conviene advertir que las decisiones de la Corte ponen énfasis tanto en cultura de discriminación contra la mujer, como en la violencia de género y su impacto directo sobre la dignidad humana.

En relación con la cultura de discriminación, el marco normativo está dado por el artículo 1 de la CEDAW, cuya fórmula se reitera en la Regla de Brasilia número 18. O sea, toda exclusión o restricción de derechos de cualquier naturaleza que sufra una mujer, *por su sola condición de tal*, atenta contra el principio de igualdad y no discriminación. En el ámbito regional, la remisión corresponde a los artículos 1

2386. Corte IDH, caso «*Castro Castro vs. Perú*», 2006.

2387. Ver Corte IDH, caso *Castro Castro*, 2006, párr. 11 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

y 24 de la CADH<sup>2388</sup>. Una mención especial merece el artículo 5 de la CEDAW, en tanto compromete a los Estados a tomar las medidas para modificar los patrones socio-culturales de conducta.

En la Opinión Consultiva 18/2003, la Corte IDH expresa:

*«Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (supra párr. 4), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del jus cogens, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares»*<sup>2389</sup>.

Agrega que tanto la «no discriminación» como la «igualdad ante la ley y la igual protección de la ley» son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los DDHH. «El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados [...] al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna...»<sup>2390</sup>. Por lo tanto, deben diferenciarse conceptualmente los vocablos «distinción» y «discriminación». El término distinción se emplea para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación refiere a lo inadmisible, por violar los derechos humanos, siendo toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos<sup>2391</sup>.

Con respecto a la violencia de género y la dignidad humana, el preámbulo de la Convención Belém do Pará afirma «que la violencia contra la mujer constituye

- 
2388. Y entre otras disposiciones de derecho internacionales: Carta de la OEA (artículo 3.1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador» (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d).
2389. Corte IDH, OC 18/03, párr. 110 (ver párrs. 97 a 111).
2390. Corte IDH, OC 18/03, párr. 83. Los instrumentos a los que hace referencia son: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la OEA, el artículo 24 de la CADH, el artículo II de la Declaración Americana, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.1 de la Declaración Universal
2391. Corte IDH, OC 18/03, párr. 84.

una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades», que ofende su dignidad humana. La define como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado»<sup>2392</sup>.

Desde luego, la intensidad del prejuicio puede variar en las distintas sociedades o grupos que integran nuestros estados pluriculturales, pero no por ello debe disminuirse el nivel de alerta. En «*Campo Algodonero*» (caso «*González y otras vs. México*»<sup>2393</sup>), donde se verifica un aumento de homicidios de mujeres, influenciado por una cultura de discriminación con base en una consideración de inferioridad de la mujer, se deja en claro de qué modo el cambio de rol social de la mujer, tanto en la vida familiar como en la laboral (lo que significa, por ejemplo, independencia económica o una posibilidad de mayor formación), se topó con la matriz patriarcal (y su consecuente minusvaloración), pretendidamente inmodificable por parte de los varones<sup>2394</sup>.

Un importante estándar o criterio para el intérprete jurídico de casos violencia contra la mujer, se precisa en relación con la carga de la prueba, que no recae sobre la mujer, siendo además que su declaración goza de presunción de veracidad. Además de haberlo dicho en *Campo Algodonero*, lo reiteró luego en el caso «*J. vs. Perú*», del año 2013<sup>2395</sup>. Aquí, la declaración de la señora J. (víctima de violencia sexual) se valoró especialmente a los fines de determinar la responsabilidad del Estado. La Corte tuvo por acreditado que la señora J. fue «manoseada» sexualmente al momento de su detención por un agente estatal de sexo masculino, sobre la base de los siguientes elementos probatorios:

*«(1) las declaraciones de la señora J. rendidas ante las autoridades internas; (2) la similitud de lo descrito por la señora J. y el contexto de violencia sexual verificado por la CVR en la época de los hechos; (3) las dificultades probatorias propias de este tipo de hechos; (4) la presunción de veracidad que debe otorgarse a este tipo de denuncias, la cual puede ser desvirtuada a través de una serie de diligencias, investigaciones y garantías que no fueron otorgadas en el presente caso, donde no fue presentada prueba en contrario, ya que (5) existen ciertas inconsistencias en la declaración de la fiscal del Ministerio Público; (6) el examen médico no contradice lo señalado por la señora J., y (7) el Estado no ha iniciado una investigación sobre estos hechos»<sup>2396</sup>.*

2392. Convención Belém do Pará, 1996, preámbulo y artículo 1. Ver asimismo regla de Brasilia n.º 19.

2393. Corte IDH, caso «*Campo Algodonero*», 2009.

2394. Ello sin perjuicio de reconocer que existen otros factores a los que el Estado alude como generadores de violencia, tales como el narcotráfico, el tráfico de armas, la criminalidad, el lavado de dinero y la trata de personas, junto al consumo de drogas, el alto índice de deserción escolar, y la existencia de «numerosos agresores sexuales. (Corte IDH, caso «*Campo Algodonero*», 2009, párr. 130). En el párrafo 133 de la sentencia, la Corte IDH cita distintos informes que son indicativos de la violencia de género verificable «en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer».

2395. Corte IDH, caso «*J. vs. Perú*», 2013.

2396. Corte IDH, caso «*J. vs. Perú*», 2013, párr. 360.

Concluye que no es posible exigir señas físicas advertibles mediante un estudio médico, ni tampoco prueba indubitable en el sentido tradicional del derecho procesal, lo que otorga relevancia a la declaración de la propia víctima, que merece atención preferente.

Este estándar de valoración de la prueba es perfectamente trasladable a otros tipos de violencias de género, donde la víctima tampoco está en condiciones de aportar otro tipo de pruebas; piénsese, por ejemplo, en las violencias económicas o psicológicas, familiares o laborales.

Puesta a analizar el rol de los estereotipos, la Corte IDH sostiene que resultan ser causas y consecuencias de la violencia de género. Tal como sostuvo en *Campo Algodonero*, el intérprete jurídico debe asumir que el patrón de conducta discriminatorio, con base en estereotipos de género, es socialmente dominante y persistente

*«Hay un patrón de conducta que evidencia la cultura de discriminación contra la mujer, asociado a la subordinación, que la somete a prácticas basadas en estereotipos de género. Tales estereotipos son socialmente dominantes, persistentes y, al reflejarse también en el discurso de las autoridades, de forma implícita o explícita, agravan aún más la condición de discriminación de la mujer. Y con ella, genera un ambiente propicio de desarrollo de violencia de género. Por eso sostiene que la “creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”»<sup>2397</sup>.*

De manera similar se expresa en «*Atala Riff vs. Chile*»<sup>2398</sup>, asunto en que valora como discriminatorio la creación, reconocimiento y mantenimiento de estereotipos y la consecuente asignación de roles determinados fundados en género, tales como el «materno» a la mujer. Este concepto se extiende a quien espera de ella que los cumpla, a costa de renunciamientos personales que, socialmente, no le son exigibles al hombre (art. 1.1 y 24 de la CADH)<sup>2399</sup>.

Otro criterio que viene ganando terreno en la jurisprudencia de la Corte es el que atiende a las vulnerabilidades interseccionales. Es que la condición de vulnerabilidad, derivada de la sola razón de pertenecer a un colectivo estructuralmente desventajado, se agrava si, además de mujer, se trata de una persona pobre, migrante, refugiada, desplazada, indígena o menor de edad.

En el caso «*I.V. vs. Bolivia*»<sup>2400</sup> analizó la situación de discriminación de la mujer por su sola condición de tal, a lo que agregó la calidad de pobre, migrante y refugiada<sup>2401</sup>. Los estereotipos de género, entre los que se incluye la desigualdad histórica y cultural que permitieron a los hombres tomar decisiones sobre el cuerpo de las mujeres, afectaron la libertad y autonomía de la señora I.V. en materia sexual y

2397. Corte IDH, caso «*Campo Algodonero*», 2009, párr. 401.

2398. Corte IDH, caso «*Atala Riff*», 2012.

2399. Cabe destacar que varias décadas antes, a nivel global, la CEDAW ya advertía sobre la necesidad de modificar los patrones estereotipados de conducta (artículo 5).

2400. Corte IDH, caso «*I. V. vs. Bolivia*», 2016.

2401. Corte IDH, caso «*I. V. vs. Bolivia*», 2016, párr. 242.

reproductiva. En el caso, a través de una esterilización no consentida<sup>2402</sup>. El médico decidió la esterilización, sin el consentimiento de la mujer, en la creencia que él se encontraba en mejor posición para elegir la alternativa más beneficiosa para la mujer. Esa idea se tradujo en la vulneración de su autonomía y libertad reproductiva<sup>2403</sup>. La acción del médico, en sí misma, se constituye en acto de violencia a la luz de la Convención Belém do Pará, donde las condiciones personales de la víctima agravan las consecuencias dañosas.

En el caso «*Masacre Plan de Sánchez*»<sup>2404</sup>, resaltó que la afectación diferenciada por razones de género se potencia porque las víctimas son mujeres indígenas. La violencia sexual ejercida por los atacantes provocó la estigmatización de la mujer indígena en su entorno social, con repercusión directa sobre su «autopercepción», y por lo tanto en su dignidad<sup>2405</sup>.

El caso de *Valentina Rosendo Cantú*<sup>2406</sup>, al igual que el precedente «*Fernández Ortega*», también se refiere a la violación de una mujer indígena perteneciente a la comunidad *Me'phaa*, pero originaria de la comunidad de Caxitepec, en el estado de Guerrero. Aquí se da un supuesto de triple agravación: mujer, indígena y menor de edad.

En «*Masacres Río Negro*» evalúa las consecuencias sobre comunidades rurales desplazadas. Al igual que en «*Masacre de Mapiripán vs. Colombia*»<sup>2407</sup>; «*Matanzas de Ituango vs. Colombia*»<sup>2408</sup> y «*Masacres de El Mozote vs. El Salvador*»<sup>2409</sup>. La vulnerabilidad específica agravada deriva de la condición de «mujeres indígenas y desplazadas», y de la percepción especial de éstas en relación con la función reproductiva, dada su pertenencia a una comunidad indígena determinada. Resalta el deber del intérprete jurídico de incorporar herramientas de otras ciencias o disciplinas, pues cualquier análisis vinculado a la dignidad humana de estas mujeres sería incompleto si se desatiende su particular concepción y percepción social.

La Corte recalca también la necesidad de neutralizar aquellos comportamientos privados y públicos que tienden a invisibilizar la violencia contra la mujer, en relación con el contexto social. Tal lo que sucedió en el caso «*Veliz Franco*»<sup>2410</sup>, que se relaciona con el homicidio de María Isabel Veliz Franco, de 15 años, donde la Corte IDH valora las circunstancias históricas, sociales y políticas en la que sucedieron los hechos denunciados. En este sentido, examina la situación social de Guatemala relativa a homicidios por razón de género, otros actos violentos contra mujeres y la

2402. Corte IDH, caso «I. V. vs. Bolivia», 2016, párr. 243 y las notas 319-323.

2403. Corte IDH, caso «I. V. vs. Bolivia», 2016, párr. 252.

2404. Corte IDH, caso «*Masacre Plan de Sánchez*», 2004.

2405. Corte IDH, caso «*Masacre Plan de Sánchez*», 2004, párr. 49.19.

2406. Corte IDH, caso «*Rosendo Cantú*», 2010.

2407. Corte IDH, caso «*Masacre de Mapiripán*», 2005.

2408. Corte IDH, caso «*Masacres de Ituango*», 2006.

2409. Corte IDH, caso «*Masacres de El Mozote*», 2012.

2410. Corte IDH, caso «*Veliz Franco*», 2014.

impunidad en la investigación. Y cuestiona la invisibilidad de la violencia contra la mujer, verificada por la inexistencia de datos estadísticos oficiales respecto de los delitos por razón de género<sup>2411</sup>.

Otro criterio interesante que surge de las construcciones doctrinarias de la Corte IDH es el relativo a la obligación de evitar la revictimización de la mujer. El contenido de esta obligación estatal «reforzada» está sistematizado de la siguiente manera:

[...] Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia; vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso, y vii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación. Asimismo, en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género<sup>2412</sup>.

Por supuesto que la obligación se refuerza doblemente en caso de menores de edad, lo que surge del caso «V. R. P., V. P. C.». Tratándose de una violación y violencia sexual cometida contra una niña, los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la CADH, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual»<sup>2413</sup>. Allí pone de relieve que el examen médico debe ser efectuado por un profesional con conocimiento y experiencia en casos de violencia sexual contra niñas, quien debe buscar minimizar y evitar causarles un trauma adicional o revictimizarlas. Recomienda que la víctima, o su representante legal, pueda elegir el sexo del profesional y que el examen esté a cargo de un especialista en ginecología infanto-juvenil, con formación específica para realizar los exámenes médicos forenses en casos de abuso y violación sexual.

Finalmente, el intérprete jurídico debe tener presente que la interpretación con perspectiva de género comprende la identidad de género.

2411. Corte IDH, caso «Veliz Franco», 2014, párr. 67.

2412. Corte IDH, caso «Favela Nova Brasilia», 2017, párr. 254.

2413. Corte IDH, caso «V. R. P., V. P. C.», 2018, p. 155.

En «*Azul Rojas Marín*»<sup>2414</sup> la Corte reitera que las personas LGBTI son víctimas de discriminación estructural, estigmatización y diversas formas de violencia, que tienen un fin simbólico, como así también que la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención. Asimismo, ante la ausencia de motivo acreditado, consideró que el control de identidad al que las autoridades sometieron a la señora constituye un trato discriminatorio por razones de orientación sexual o expresión de género no normativa, es decir, que la detención de la señora Rojas Marín fue realizada por razones discriminatorias. En consecuencia, considera aplicable los estándares específicos de investigación donde las víctimas de violencia han sido mujeres.

## 5. PALABRAS FINALES

En este trabajo hemos seleccionado y presentado de manera sintética los estándares o enunciados interpretativos que estimamos relevantes para la labor hermenéutica, actividad argumentativa trascendental en un sistema constitucionalizado como el argentino. Con ello tratamos de demostrar hasta qué punto el sistema Interamericano de Derechos Humanos atraviesa, nutre e ilumina nuestro Derecho de familias contemporáneo.

Entendemos que lo analizado cumple con el objetivo propuesto al comienzo, y esperamos que estas reflexiones resulten una herramienta de utilidad para el razonamiento práctico de jueces, abogados y demás operadores jurídicos involucrados con un derecho que regula relaciones familiares plurales, democráticas y anclado en la dignidad de la persona humana.

---

2414. Corte IDH, caso «*Azul Rojas Marín vs. Perú*», 2020.

## *Capítulo 32*

# **Los derechos sociales y los menores: el problema del respeto a la vida privada y familiar en el estado actual del derecho**

LORENA SALES PALLARÉS<sup>2415</sup>

SUMARIO: 1. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES. 2. LA SOCIEDAD ACTUAL Y LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. 3. MENORES Y *EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO*.

### **1. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Por suerte para mí, autores de prestigio<sup>2416</sup> y el propio TEDH<sup>2417</sup> han mitigado y ayudado a diluir la gruesa línea que separaba la protección de los derechos civiles y los sociales y no debo iniciar este trabajo justificando la existencia de jurisprudencia

- 
2415. Profesora Titular de Universidad de Derecho internacional privado en la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Coordinadora Adjunta de la REDH-EXATA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7163-0902>. Este trabajo se ha desarrollado gracias a la concesión de Resolución de 1 de julio de 2021 de la Universidad de Castilla-La Mancha, por la que se convocan Ayudas para la recualificación del sistema universitario español para 2021-2023, financiado por la Unión Europea – NextGenerationEU, Ministerio de Universidades, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y desarrollada en el Centro de Estudios sobre Administración de Justicia en la Universitat Jaume I de Castellón.
2416. LÓPEZ GUERRA, L., «La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», Parlamento y Constitución. Anuario, Número 14, (2011), pp. 9-30; ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», en ABREGÚ, M. y BIDART CAMPOS, G., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Ed. Del Puerto/CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, (1997), pp. 283-350; BONET PÉREZ, J., «La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el tribunal europeo de derechos humanos», Derechos y Libertades, Número 35, Época II, (junio 2016), pp. 137-183; MORTE GÓMEZ, C., «Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección», UNED, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 42, (2018), pp. 551-568; CUBERO MARCOS, J., «La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y

en materia de derechos económicos, sociales y culturales por parte del TEDH. Esto implica que, aunque sigue siendo cierto que el Convenio<sup>2418</sup> no es una declaración de derechos sociales<sup>2419</sup>, la interpretación que de sus preceptos se ha llevado a cabo en las últimas décadas permite reconocer<sup>2420</sup> una expansión e interconexión entre ambos cada vez más tangible<sup>2421</sup>, que el propio TEDH denominó prolongaciones de orden económico y social en 1979 al resolver el asunto *Airey c. Irlanda*<sup>2422</sup>.

Partir por tanto de la interdependencia axiológica y estructural de los derechos, nos permitirá entender que *un derecho subjetivo es una realidad compleja, un haz de posiciones normativas inherentes o implícitas a la noción de vida humana decente*<sup>2423</sup>. Y ello

exigibilidad de los derechos sociales», Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 110, (2017), pp. 105-140, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.04>; POHL, J., «Sobre la exigibilidad judicial débil de los derechos sociales: escuchar al TEDH, o hacerlo decir», Revista Chilena de Derecho, vol. 45, n.º 3, (2018), pp. 691-715.

- 2417. En este sentido ilustra la STEDH *Airey contra Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, § 26 cuando afirmó que «[...] el Convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida en cada momento (STEDH *Marckx c. Bélgica*, 13 de junio de 1979, § 41), y está diseñado para proteger al individuo de forma concreta y efectiva en las áreas de su competencia (...). Si bien el Convenio protege esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicaciones de naturaleza social y económica. Por ello el Tribunal estima, como [ya lo hacía] la Comisión, que el mero hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse en la esfera de los derechos económicos y sociales no debe ser un factor decisivo contra esa interpretación; *no hay una división estanca que separe esa esfera de la del ámbito protegido por el Convenio*» (la cursiva es nuestra).
- 2418. Me referiré al Convenio o al CEDH cuando haga referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, en su versión actualizada y modificada por las disposiciones del Protocolo n.º 15 (STCE n.º 213) a partir de su entrada en vigor el 1 de agosto de 2021 y del Protocolo n.º 14 (STCE n.º 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010. Esta versión es accesible en <https://bit.ly/2X1SagZ>
- 2419. LÓPEZ GUERRA, L., «La protección de derechos económicos y sociales ...», *op. cit.*, p. 11.
- 2420. Aunque ciertamente con todos los matices que apunta Pohl, J., «Sobre la exigibilidad judicial débil ...», *op. cit.*, p. 692, sobre el hecho de que «no se puede afirmar a secas y sin matices, que el TEDH está adjudicando Derechos sociales», ya que como él mantiene, subyace en esta afirmación un determinado concepto de derechos sociales, o más en concreto «del concepto que se identifique con el caso central».
- 2421. SANZ CABALLERO, S., «El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos como factor de integración en Europa», Revista URBE et IUS, Buenos Aires, Número 14, (invierno 2015), p. 25, pone de relieve como el TEDH tiende a proteger derechos que no están en el CEDH, incluyendo derechos socioeconómicos *par ricochet* haciendo así uso de esta técnica para proteger un derecho no previsto en el Convenio a través de su cercanía y su relación con otro que sí lo está. Muestra de ello la STEDH, *López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994 o la STEDH *Pilar Moreno contra España*, de 16 de noviembre de 2004. Sobre los efectos de estos casos *vide* San Martín Segura, D., Muñoz Benito, L., «Los últimos episodios de la doctrina López Ostra en España», en Aragão, A., Gomes dos Santos, J. (coords.), *Sistemas Sociais Complexos e Integração de Geodados no Direito e nas Políticas*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (2019), pp. 311-336, accesible en <https://bit.ly/3Wa7q56>
- 2422. STEDH, *Airey contra Irlanda*, de 9 de octubre de 1979.
- 2423. AÑÓN ROIG, M., «Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 44, (2010), pp. 15-41.

nos permitirá observar desde un punto de vista diferente al tradicional, la protección que se les debe a los menores, desde un plano social de la garantía y disfrute de su vida familiar, de su reconocimiento, no como un derecho fundamental sino como un modo de desarrollar su derecho social y cultural *a disfrutar sin discriminación alguna por razón de filiación*<sup>2424</sup> de esta familia.

El modo en el que esta «colonización» de los derechos sociales se ha llevado a cabo es fascinante, en el sentido de que como vamos a poner de relieve, reflejos de estas interacciones entre derechos sociales y civiles podemos encontrar casi en cualquier temática, lo que abre, en un futuro inminente, a nuevos modos de lograr la justiciabilidad de los derechos sociales ante el TEDH. Nuestro interés se centrará, como acabo de apuntar, en el desarrollo que despliega el juego del art. 10 PIDESC<sup>2425</sup> sobre la familia y los hijos en sentido amplio y cómo puede obtenerse una justiciabilidad tangible a través del art. 8 CEDH<sup>2426</sup> y del art. 14 CEDH<sup>2427</sup>. La reciente

- 
2424. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante PIDESC), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. A los efectos que aquí nos interesa: *art. 10. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. [...]*
2425. *Art. 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.*  
[...]  
*3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. [...]*
2426. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Modificado por los Protocolos n<sup>os</sup>. 11, 14 y 15 completado por el Protocolo adicional y los Protocolos n<sup>os</sup>. 4, 6, 7, 12, 13 y 16 (en adelante CEDH). A los efectos que aquí nos interesa: *art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*  
1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*  
2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*
2427. Además del art. 14 CEDH: *Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación, conviene tener en cuenta también el Protocolo 7 en su art. 5 que contiene un derecho especial de igualdad en materia matrimonial, esto es, en relaciones de carácter privado y en las relaciones con sus hijos.* Es interesante el estudio que sobre el mismo y su alcance realiza SANZ CABALLERO, S., «La lucha contra la discriminación ante el Tribunal Europeo De Derechos Humanos. Breve comparación con la labor del Tribunal De Justicia de la Unión Europea», en BELLVER CAPELLA, V. (Dir.) y SOLANES CORELLA, Á. (Dir.), Derechos Humanos y lucha contra la discriminación: Actas del IV Congreso Internacional sobre Derechos Humanos: celebrado online los días 4 y 5 de febrero de 2021, Valencia, Fundación Mainel, (2021), pp. 13-36.

resolución del caso *Pancharevo*<sup>2428</sup> es el punto de partida desde el que plantearnos si el TEDH pudiera proteger el derecho de este menor y de esta familia a desarrollar el art. 10 PIDESC y la estrategia procesal que para ello debería seguirse. Se trata al fin y al cabo de un ejercicio para poner a prueba los criterios que maneja el TEDH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, aplicados a un supuesto que no nos cabe duda se replicará en los próximos años, ya que la protección a la familia y a los menores que la integran *sin discriminación alguna por razón de filiación* no es algo que en el *estado actual del derecho*<sup>2429</sup> esté resultando particularmente fácil de lograr.

## 2. LA SOCIEDAD ACTUAL Y LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

Las razones por las que pensamos que este tipo de casos y planteamientos van a replicarse en los próximos años son variadas. Por un lado, por la evolución social en la que estamos inmersos, que empuja hacia los límites al derecho y a los tribunales, demandando una adecuación de las normas que nos hemos dado a la realidad que queremos vivir, y que no pueden ser más divergentes sobre todo en el derecho de familia. Y ello entraña con el hecho de que vivimos inmersos en una *sociedad líquida*<sup>2430</sup> en la que las referencias o las instituciones que nos han servido para anclarnos (la familia, por ejemplo) se diluyen sin que todavía hayamos acertado a diseñar otras que puedan ser consideradas equivalentes, lo que justifica la discrecionalidad y el margen de apreciación de los tribunales al que nos vamos a referir a continuación.

- 
2428. STJUE de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, *V. M. A. contra Stolichna Obshtina, Rayon «Pancharevo»*, ECLI:EU:2021:1008. El caso *Pancharevo* se planteó como una decisión prejudicial relativa al reconocimiento de un certificado de nacimiento (español) de un menor en el que se mencionaban dos mujeres como progenitoras, en relación con la expedición de un documento nacional de identidad que se solicitó al Estado Búlgaro para este menor.
2429. La expresión se deriva de la argumentación del Tribunal Supremo ante la revocación de una filiación entre el menor y la madre comitente (STS 1153/2022, de 31 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1153), donde en su FD 4 expone lo que para el Tribunal Supremo es el estado actual del derecho sobre filiación en España. También subyace este planteamiento en relación con el *margen de apreciación de los Estados* como pondremos de relieve más adelante. En esta línea de pensamientos el trabajo de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022», Diario La Ley, N.º 10069, Sección Tribuna, (16 de mayo de 2022).
2430. Término este acuñado por ZYGMUNT BAUMAN en *Modernidad líquida*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2004, y que definió como aquella sociedad donde las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas puedan consolidarse en unos hábitos y en una rutina determinada. Sobre este tema me remito a SALES PALLARÉS, L., «Familia y autonomía de la voluntad: reflexiones desde una Europa cada vez más líquida», en LORENTE MARTÍNEZ, I. y HEREDIA SÁNCHEZ, L. (Coords.); ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Europa en un mundo cambiante: estrategia Europa 2020 y sus retos sociales: una perspectiva desde el derecho internacional privado*, Pamplona, Aranzadi-Thomson-Reuters, (2021), pp. 159-168.

No solo hemos de revisar cómo hemos de responder a estos retos sociales, sino que debemos partir de un (re)planteamiento del propio término de familia<sup>2431</sup>. ¿Qué alcance tiene hoy la noción de la familia desde un plano jurídico? O incluso, ¿tiene cabida la propia definición o protección de un concepto como es el de *familia* dentro de esta *sociedad líquida* y pensando en estos individuos inmersos en la immediatez y la licuefacción de la sociedad contemporánea que crean y persiguen? ¿Cómo hemos de interpretar el derecho a la vida privada y familiar consagrado en los textos convencionales a la luz de la redefinición de estos conceptos? ¿Cómo hemos de articular el sentido de la no discriminación cuando no existe un consenso sobre el contenido común y homogéneo de un derecho como el de familia?<sup>2432</sup>

Partiremos para responder a estas preguntas del hecho cierto de que no es posible dejar de evolucionar<sup>2433</sup>, ni como individuos ni como sociedad, pero con estas condiciones resulta muy complejo que las normas que nos hemos establecido para regularnos evolucionen en los mismos términos o a la misma velocidad y que se adecuen a las necesidades y realidades de una sociedad cada vez más multicultural y cambiante.

Si pensamos en el derecho de familia, esta división entre lo legislado y lo vivido se nos aparece con mayor frecuencia más divergente, lo que ha implicado indefectiblemente en la creación fáctica de nuevas formas de vida familiar no siempre amparadas por la legislación, que constituyen para el derecho en general y para el derecho internacional privado en particular un reto constante. En la lucha por reconducir la familia hacia la norma parece existir en este momento más preocupación por la defensa a toda costa del *biopoder* (autoridad de la ley) que de las consecuencias nocivas que su estricta aplicación tiene sobre los derechos de menores y de familias (*bioética*)<sup>2434</sup>.

En pronunciamientos poco discutibles del TEDH se han perfilado los conceptos de vida privada y vida familiar o la noción de familia<sup>2435</sup>. Sin embargo, el tema del

- 
2431. Un planteamiento centrado en los trabajos de TOFFLER interesantes sobre los valores que la «Tercera Ola» de la posmodernidad ofrecen sobre el concepto de familia puede consultarse en DAROS, W., «Familia y educación: una visión hacia el futuro desde la perspectiva de Alvin Toffler», Revista Tesis Psicológica, Vol. 10, N.º 1, (2015), pp. 86-101 así como en toda la obra del propio TOFFLER.
2432. En este sentido como apunta SANZ CABALLERO, S., «La lucha contra la discriminación ante el Tribunal Europeo...», *op. cit.*, p. 15, podemos encontrarnos con ejemplos como el asunto *Sommerfeld c. Alemania* STEDH n.º 31871/96, de 8 de julio de 2003, donde entendió el Tribunal que la no concesión de derechos de visita de un padre soltero sobre su hijo menor no constituía una violación de su derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) pero sí se entendió que existía discriminación por la diferencia de trato que suponía la garantía de estos derechos entre padres solteros y padres divorciados.
2433. Cosa distinta será determinar la dirección y el sentido de esta evolución.
2434. FLORES RODRÍGUEZ, J., «Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?», Diario la Ley, núm. 9388, de 2 de abril de 2019, p. 6 y SALES PALLARÉS, L., «La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada», Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 11, N.º 2, (2019), pp. 326-347, doi: <https://e-re-vistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4961>.
2435. Me remito para un análisis jurisprudencial sobre la extensión y límites de estos conceptos mucho más amplia de la que aquí vamos a utilizar a la *Guide on Article 8 of the European*

margen de apreciación<sup>2436</sup> de los Estados en relación con la vida familiar sigue dejando ángulos muertos en la protección de determinadas familias o en el ejercicio de la propia vida privada y familiar. Particulares problemas entrañan los matrimonios entre personas del mismo sexo o las filiaciones derivadas de gestación subrogada, en su relación con los arts. 8 y 14 CEDH y desde nuestro planteamiento, difícil el encaje de estos con el respeto a ese *deber de conceder a la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles*<sup>2437</sup>.

#### *El margen de apreciación de los Estados y el consenso emergente*

El margen de apreciación nacional es una doctrina desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>2438</sup>. Atendiendo solo por lo que aquí nos interesa al art. 8, se trata de, si se dan determinadas condiciones, permitir

*Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence*, elaborada por el Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2022, cuya última actualización es de 31 de agosto de 2022, y que está accesible en diferentes idiomas aquí. Hemos usado la versión inglesa por ser la más reciente.

2436. Sobre las primeras manifestaciones de este principio nos remitimos a PASCUAL VIVES, F., «El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista», Anuario español de derecho internacional, Vol. XXIX, (2013), pp. 217-262, pp. 220 y ss.
2437. Art. 10 PIDESC.
2438. Sobre este concepto y su alcance *vide* BARBOSA DELGADO, F., «El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática», en FERRER MAC GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (Coords.), Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos, Tirant lo Blanch, Valencia, (2013), pp. 1089-1118; de MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «El difícil equilibrio entre la globalización de los derechos y su contextualización desde la perspectiva de la doctrina del margen de apreciación nacional», Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público, Vol. 60, N.º 2, (2012), pp. 133-154; GARCÍA ROCA, F., El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Cáritas, 2010; GARCÍA ROCA, F., «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH», en GARCÍA ROCA, F. y BUSTOS GISBERT, R. (Coords.), Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración, Thomson Reuters Aranzadi, (2022), pp. 29-62; REDONDO SACEDA, L., «El papel del artículo 8 CEDH en la construcción del margen de apreciación nacional y la doctrina de las obligaciones positivas del Estado», Anales de Derecho, N.º Extra 1, (2020), doi: <https://doi.org/10.6018/analesderecho.452681>; CARRILLO, M., «Los Derechos Humanos en la jurisdicción española», Revista de la facultad de derecho de México, Tomo LXX, Núm. 276, Vol. I, pp. 415-442, doi: <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.276-1.75089>; DOTHAN, S. y TELLO MENDOZA, J., «La deferencia judicial permite que emerja el consenso europeo», Revista Derecho del Estado, N.º 52, (2022), pp. 5-36. Así como NASH ROJAS, C., «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Vol. 11, (2018), pp. 71-100, doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539>, en relación al estudio comparado de esta figura y su recepción (o su no recepción) en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

exceptuar y adoptar medidas restrictivas de estos derechos, *si están previstas por la ley y constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática*. Entendió el TEDH en la elaboración de esta doctrina, que los Estados, como mejores conoecedores del contexto y de la propia realidad nacional, debían tener cierta libertad para actuar sin que esta actuación mereciera un pronunciamiento condenatorio por atentar a derechos fundamentales. En una gran mayoría de los supuestos se trata de asuntos con un dilema moral, que afectan a un interés público relevante o a un asunto de política general o que suponen el ejercicio de una opción que se sitúa en el ámbito de las políticas sociales o económicas.

Asuntos como el ya mencionado *Pancharevo, Orlandi*<sup>2439</sup>, *Mennesson*<sup>2440</sup> o *Paradiso y Campanelli*<sup>2441</sup> nos ofrecen un excelente ejemplo de cómo, cuando los casos presentan cuestiones morales o éticas, el margen de apreciación del que gozan los Estados es más amplio; y al mismo tiempo, por ello mismo, por basarse en consideraciones morales que no siempre están consensuadas en las sociedades en las que surgen, son insuficientes por sí mismas para justificar la excepcionalidad a la no observancia del respeto del art. 8 CEDH. En el seno de la Unión Europea, la falta de reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada hacia sus padres comitentes o del matrimonio entre personas del mismo sexo impiden de facto el ejercicio de la vida privada y familiar, reconocidos tanto por el art. 8 como por el art. 10 PIDESC. Y es justamente esta falta de consenso lo que justifica el amplio margen de apreciación de los Estados<sup>2442</sup>.

Pero, aun entendiendo este equilibrio jurídico, ¿no deberíamos poder exigir justo lo contrario, es decir, no debería ser el TEDH quien impusiera unos estándares de protección de algunos derechos más altos, de manera que se disminuyera el margen de apreciación y con ello ayudar a obtener un mayor nivel de aceptación social de algunos fenómenos como los que hemos enunciado<sup>2443</sup>? Si el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, por ejemplo, sigue dependiendo de la voluntariedad del Estado, en la medida que no se le reconduzca a reconocer de manera gradual esta realidad la justiciabilidad de la protección a la vida privada y familiar quedará sesgada en el seno comunitario ya que atenderá a la voluntad del legislador nacional. Pero, es más, ¿dónde establecemos en casos como estos el umbral del consenso? En la UE se permite el matrimonio entre personas del mismo

2439. STEDH *Orlandi y otros c. Italia*, n.º 26431/12; 26742/12; 44057/12 y 60088/12, de 14 de marzo de 2018.

2440. STEDH *Mennesson c. Francia*, n.º 65192/11, de 26 de junio de 2014.

2441. STEDH *Paradiso y Campanelli c. Italia*, n.º 25358/12, de 24 de enero de 2017.

2442. El TEDH mantuvo en *Evans c. Reino Unido*, n.º 6339/05 de 10 de abril de 2007, que, si no existe un consenso europeo sobre la protección de un determinado derecho humano, el margen de apreciación concedido a los países será más amplio que si existiera dicho consenso europeo.

2443. Si bien referido al tema de la transexualidad, la misma opinión apunta Romboli, S., «El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes», Revista catalana de dret públic, Núm. 63, pp. 231-249, doi: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i63.2021.3684>.

sexo en trece de los veintisiete Estados miembros<sup>2444</sup>, ¿significa por tanto que hay un consenso y que el margen de apreciación debería ser mucho más restringido? La realidad no confirma esta afirmación por lo que igual toca reequilibrar este margen de apreciación con el *consenso emergente*<sup>2445</sup>. Esta doctrina es utilizada por el TEDH para dibujar los estándares mínimos de derechos humanos que son respetados por al menos la *mayoría* de los países europeos, de modo que al fijar o encontrar este «mínimo común múltiplo» si se me permite la analogía matemática, se exigirá a todos los Estados este mismo mínimo. Aquellos que no lo ofrezcan a sus ciudadanos serán considerados por el Tribunal como violadores del Convenio<sup>2446</sup>.

### 3. MENORES Y EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO

Retomemos el caso de los menores y el respeto al derecho a una vida familiar, o su derecho a *medidas especiales de protección sin discriminación por razón de filiación*. Es lógico entender que cuando en el art. 10.3 se enunciaba la discriminación por razón de filiación no tenía en mente la *maternidad tecnológica*<sup>2447</sup> ni las consecuencias y efectos que iban a derivar de ella, pero la idea subyacente es la misma. No debe existir discriminación sobre un menor atendiendo a su filiación, por lo tanto, no debe verse perjudicado en el disfrute de sus derechos un menor por su modo de generación.

Con esta premisa en mente, trataremos de plantear algunos casos recientes, y ver los problemas que se están suscitando para tratar de alcanzar alguna propuesta de solución o al menos de mejora.

En 2021 el TEDH tuvo la oportunidad de conocer el caso *Valdís c. Islandia*<sup>2448</sup>, donde se planteó el supuesto de dos mujeres que instaron la inscripción, como nacional islandés e hijo de ambas, a un menor nacido por gestación subrogada en California con donantes de gametos masculinos y femeninos. Las autoridades islandesas denegaron esta solicitud de filiación, determinaron que la nacionalidad del menor era estadounidense<sup>2449</sup> y, por tanto, al considerarlo un menor no acompañado en Islandia (por el no reconocimiento al matrimonio como sus madres legales), la custodia fue asumida por la administración quien le asignó una tutora legal. A pesar

- 
2444. Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia. Si hablamos de uniones civiles registradas solo no contemplan las uniones registradas Bulgaria, Letonia, Lituania, Polonia, Rumanía y Eslovaquia, teniendo el resto de Estados diferentes modalidades de reconocimiento y requisitos, que se pueden consultar aquí.
2445. *Vide* DOTAN, S. y TELLO MENDOZA, J. (trad.), «La deferencia judicial permite que emerja el consenso europeo», Revista Derecho del Estado, N.º 52, mayo-agosto de 2022, pp. 5-36, doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.01>.
2446. DOTAN, S. y TELLO MENDOZA, J., «La deferencia judicial...», *op. cit.*, p. 10.
2447. TABOADA, L., La Maternidad tecnológica. De la inseminación artificial a la fertilización in vitro, Icaria Editorial, 1986.
2448. STEDH, *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*, n.º 71552/17, de 18 de mayo de 2021.
2449. Aunque posteriormente el menor pudo adquirir la nacionalidad islandesa.

de esto, los tribunales islandeses acordaron su acogimiento a favor de sus madres comitentes, quienes instaron la adopción conjunta del menor al no ser reconocida la filiación constituida en Estados Unidos a su favor. El divorcio de la pareja en 2015 estando el proceso de adopción aun sin resolverse<sup>2450</sup> provocó que solicitaran la revocación de esta petición, ya que no iban a poder adoptar conjuntamente<sup>2451</sup>, y acordaron que ninguna de las dos recurriría a la adopción individual, puesto que de hacerlo impedirían el establecimiento de un vínculo legal entre la progenitora no adoptante y el niño. Se mantuvo la situación de acogimiento entre ambas excónyuges por años alternos, hasta que una de ellas se casó obteniendo el acogimiento permanente, pero con la posibilidad de que su expareja y su nueva mujer pudieran tener al menor bajo su guarda en intervalos iguales de tiempo.

En todo caso, y por lo que se refiere a la relación del menor con sus madres, el TEDH consideró que la negativa a reconocer esta filiación suponía una interferencia al derecho a la vida familiar para las madres y el hijo (atendiendo al art. 8 junto al 14 CEDH), pero dicha interferencia se consideró conforme a ley, en tanto que perseguía un fin legítimo (el no reconocimiento por parte de Islandia del contrato de gestación subrogada realizado en Estados Unidos). Esto es, se dio por bueno que la falta de reconocimiento de una relación familiar formal por parte de los tribunales islandeses había logrado un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida familiar, por un lado, y los intereses generales que el Estado había tratado de proteger al prohibir el uso de la maternidad subrogada por otro. Por tanto, entendía el TEDH que el Estado islandés había actuado dentro de los límites de su margen de apreciación en este ámbito y que, por lo tanto, no se había producido una violación del art. 8 respecto al derecho de las demandantes al respeto de su vida privada y familiar, valorando que en ningún momento vieron interrumpida su vida familiar de facto.

En este punto he de reconocer que tengo grandes dudas sobre si el permitir que ambas mujeres siguieran conviviendo con el menor a través de un acogimiento, situación que no garantizaba ni respaldaba la filiación fijada y reconocida en Estados Unidos, pueda entenderse como una realización (plena) de sus derechos a una vida familiar y privada. Las palabras no son inocentes<sup>2452</sup>, y no es lo mismo tener a un menor en acogimiento que ser la madre de ese menor por filiación legal determinada. ¿Cómo podemos admitir que se está *protegiendo a los menores sin discriminación*

2450. El tema de los tiempos en la justicia no es asunto de este trabajo, pero merece reflexión aparte que muchos de estos procesos que involucran a menores y sus relaciones con sus familias se alarguen durante años dejando sin posibilidades en ocasiones el ejercicio real de sus derechos.

2451. La legislación islandesa les permitía la posibilidad de adopción conjunta pero siempre que permanecieran casadas, por lo que producido el divorcio no había posibilidad de mantener la solicitud de adopción al menos conjunta.

2452. HALIMI, G. y COJEAN, A., *Une farouche liberté*, Ed. Grasset, París, 2020, mantienen las autoras que las palabras traducen una ideología, una mentalidad, un estado de ánimo. Dejar pasar una palabra es tolerarla. Y de la tolerancia a la complicidad solo hay un paso.

*alguna por razón de filiación* cuando no son reconocidas las filiaciones atendiendo al modo en que se ha producido la generación y nacimiento de ese niño?

Pivota toda la decisión sobre si se produjo violación o no del respeto a la vida familiar, pero no se valoró el caso desde la perspectiva de si se había vulnerado la vida privada del menor por falta de reconocimiento de la filiación por producirse esta por gestación subrogada, lo que hubiera arrojado un resultado distinto<sup>2453</sup>. La extensión y protección de los derechos sociales, me refiero concretamente al art. 10.3 PIDESC, debería ser una guía para encauzar debidamente todos estos supuestos, y tratar de que los menores no se vean discriminados *atendiendo a su filiación* ya que ellos no tienen control alguno sobre las circunstancias de su nacimiento<sup>2454</sup>. No solo se produce una violación de sus derechos civiles a disfrutar de una vida privada y familiar, sino que la justiciabilidad de los derechos sociales aparejados al mismo tampoco se está consiguiendo cuando en muchos de estos casos se llega a la conclusión de que no se vulneran los derechos aludidos.

Unos años antes, el TEDH había llegado a la conclusión que apuntamos de manera unánime<sup>2455</sup> al entender que la negativa del Estado francés a reconocer la filiación resultante de los acuerdos de gestación por subrogación sí violaba el derecho de las menores al respeto por su vida privada, vinculada a su identidad y, por tanto, excedía del margen de apreciación; sin embargo mantuvo de nuevo que no se apreciaba esta vulneración del derecho al respeto de la vida familiar respecto de los progenitores<sup>2456</sup>, en tanto que pese a todos los obstáculos, las menores y sus progenitores de intención habían podido convivir en Francia como una familia desde el nacimiento de aquellas<sup>2457</sup>. Tampoco consideró vulnerado respecto a los

2453. En el mismo sentido FARNÓS AMORÓS, E., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza», Revista de Bioética y Derecho, Núm. 56, (2022), pp. 29-54, doi: <https://doi.org/10.1344/rbd2022.56.40620>; Sales Pallarés, L., «La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada», Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 11, N.º 2, 2019, pp. 326-347, doi: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4961>

2454. FARNÓS AMORÓS, E., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza», *op. cit.*, p. 44.

2455. STEDH *Mennesson c. Francia*, n.º 65192/11, de 26 de junio de 2014 y STEDH *Labassee c. Francia*, n.º 65941/11, de 26 de junio de 2014.

2456. Padres comitentes y genéticos de los menores a mayor abundancia.

2457. Cuando el TEDH condenó a Francia por la vulneración de estos derechos, las menores de ambas familias contaban ya 14 y 13 años respectivamente, por lo que de nuevo no me parece muy adecuado mantener que el mero hecho de permitirles convivir como si fueran una familia, pero no reconociendo que los progenitores eran los padres de esas menores durante 14 años sea respetar el derecho a la vida privada y familiar de ciudadanos europeos. Máxime cuando el propio TEDH ha entendido y protegido la legitimidad de la búsqueda de hijos biológicos más allá de las fronteras nacionales como apuntó en STEDH (Gran Sala) *Dickson c. Reino Unido*, n.º 44362/04, de 4 diciembre 2007, cuando entendió que la denegación al uso de la técnica de la reproducción asistida supuso una intromisión a la vida privada y familiar de los demandantes que comprende también el «derecho al respeto de

padres el derecho a su vida privada, pues si bien la falta de reconocimiento del vínculo de filiación también les afectaba, la situación vivida obedecía en último término a su libre decisión.

Si la justiciabilidad de los derechos sociales se articula sobre la exigencia de derechos civiles, ¿cómo vamos a poder hacerlos efectivos si encontramos que la realidad social, el estado actual del derecho, no permite reconocer las filiaciones transfronterizas sometiéndolas a una criba en razón de la generación biológica, legal, intencional...?

Ilustraré con otro caso, el asunto *Pancharevo*<sup>2458</sup>: V.M.A. (a quien me referiré como *madre M1*) ostenta la nacionalidad búlgara y residen en España con K.D.K. (en adelante *madre M2*), de nacionalidad inglesa. Legalmente casadas entre sí tuvieron descendencia en 2019 donde se constató, en el certificado de nacimiento español expedido con ocasión del alumbramiento de S.D.K.A, que ambas eran las «madres» de este hijo. Como *M1* quería obtener para el menor un documento nacional búlgaro de identidad solicitó a las autoridades del municipio de Sofía, distrito Pancharevo, que expidieran un certificado de nacimiento del menor para poder llevar a cabo el trámite administrativo pertinente. Las autoridades búlgaras pidieron a *M1* que presentara pruebas de la filiación del menor con respecto a la madre biológica<sup>2459</sup>. Entendiendo que no estaba obligada a proporcionar esta información *M1* se negó a dar información alguna a este respecto, por lo que le denegaron el certificado de nacimiento y, por tanto, no se le expidió documento nacional búlgaro de identidad a su hijo. La decisión prejudicial del TJUE al asunto buscaba una respuesta que reflejara cómo debía enfrentar Bulgaria esta situación, ya que de acuerdo con el derecho búlgaro no está permitido ni el matrimonio entre personas del mismo sexo ni la doble filiación materna. Matrimonio y filiación de nuevo como reflejo de la puesta en práctica del derecho a la vida privada y familiar y su colisión con los

su decisión de ser padres genéticos» o en la STEDH *S.H. y otros c. Austria*, n.º 57813/00, de 3 de noviembre de 2011.

2458. STJUE de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, *V. M. A. contra Stolichna Obshtina, Rayon «Pancharevo»*, ECLI:EU:2021:1008. Para un estudio del caso *vide* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad). Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C-490 / Pancharevo», La Ley Unión Europea, número 102, (2022); SÁNCHEZ CANO, M., «La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo», Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 14, N.º 2, (2022), pp. 1223-1233, doi: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7243>

2459. Esto es, las autoridades búlgaras querían saber quién alumbró al menor ya que siendo dos mujeres las que conformaban el matrimonio querían asegurarse de quien de las dos era la madre del niño. Como acertadamente apunta DE GROOT, D., «SPECIAL REPORT EU Law and the mutual recognition of parenthood between Member States: the case of V. M. A. v. Stolichna Obshtina», RSCAS/GLOBALCIT, Special Report, January 2021, la única razón por la que las autoridades búlgaras querrían determinar la madre biológica (esto es, la que alumbró al menor) era para inscribir solo a esa mujer como madre en el certificado de nacimiento del niño.

márgenes de apreciación de los Estados, el estado actual del derecho y la realidad de los nuevos modelos de familia.

Me he referido en varias ocasiones *al estado actual del derecho*, parafraseando a los tribunales<sup>2460</sup> y reconozco que si bien es cierto que es un buen asidero acudir a la legislación vigente del Estado desde el que nos encontramos revisando el asunto, lo es también que en la actualidad el Derecho es *gaseoso*<sup>2461</sup>, y el derecho de familia es especialmente *líquido*, así que el hablar del estado actual del derecho es poco menos que decir nada. Un simple pronunciamiento judicial podría provocar un punto de inflexión que tornara *sólido* el estado actual del derecho y todos los planteamientos hasta ese momento se tornarían inservibles.

Sin embargo, no parece que los tribunales, ni el TJUE ni el TEDH anden por esta labor y de la reciente jurisprudencia emanada de ambos órganos se desprenden optimismos infundados y posteriores desengaños y expectativas frustradas<sup>2462</sup>. El caso *Pancharrevo* apenas se ha iniciado y puede que acaben las partes planteando el TEDH la vulneración del derecho a su vida privada y familiar, tanto para ellas como para su hijo.

Si creemos en la relación entre los derechos sociales y los derechos civiles, y la alargada sombra del TEDH, debemos conceder que proteger a los unos equivale necesariamente proteger a los otros, y por lo tanto debemos esperar que en la defensa y el respeto de los derechos sociales podamos encontrar al TEDH de nuestro lado, defendiendo la proyección de los derechos sociales cada vez en más espacios, en cada ocasión con mayor firmeza.

---

2460. Tanto el TJUE como el Tribunal Supremo español han condicionado las respuestas a situaciones como las que aquí describimos hablando de que en el estado actual del derecho de los ordenamientos jurídicos en vigor, no es posible alcanzar otra solución que la denegación de la filiación o el no reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Vide Álvarez González, S., «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo...», *op. cit.*, p. 7.

2461. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La Justicia europea no reconoce...», *op. cit.*, p. 3.

2462. Desde planteamientos diferentes llegan a la similar conclusión ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La Justicia europea no reconoce...», *op. cit.*, p. 4 y POHL, J., «Sobre la exigibilidad judicial débil ...», *op. cit.*, p. 711.

## *Capítulo 33*

# Do direito a casar – na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

CRISTINA DIAS<sup>2463</sup>

Tivemos já oportunidade de, numa outra obra, fazer uma análise detalhada do direito ao casamento consagrado no art. 12.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)<sup>2464</sup>. Tendo-me sido proposto agora, no contexto do estudo comparado dos sistemas europeu e interamericano de proteção de direitos humanos, uma abordagem do direito a casar, haverá necessariamente alguma coincidência. Procurarei aqui sintetizar o que de mais relevante se pode extrair da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) no que à consagração do direito a casar diz respeito.

O art. 12.º da CEDH, dispondo que «a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito», garante o direito fundamental do homem e da mulher de se casarem e de constituírem família. Associa, assim, a constituição da família à celebração do casamento (só quem contrai casamento poderá constituir uma família), assentando, portanto, no conceito tradicional de família baseada no casamento. Todavia, o TEDH tem vindo a fazer uma interpretação da norma que traduz a sua evolução e adaptação à realidade social europeia.

A jurisprudência tradicional do TEDH entendia que o direito ao casamento é o de duas pessoas de sexo diferente (tendo em consideração o critério biológico da determinação do sexo)<sup>2465</sup>. Não se incluem neste art. 12.º outras formas de constituir

- 
2463. Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal). Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação.
2464. «Direito ao casamento II», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (coord.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), pp. 1934-1951.
2465. V., p. ex., o Ac. *Rees c. Reino Unido*, de 17 de outubro de 1986; o Ac. *Cossey c. Reino Unido*, de 27 de setembro de 1990; ou o Ac. *Sheffield e Hosham c. Reino Unido*, de 30 de julho de 1998.

família que não assentes no casamento. Estas têm vindo a encontrar proteção à luz do art. 8.º da Convenção. Na verdade, para admitir as novas formas de família, o TEDH tem considerado que o art. 8.º da Convenção não se refere apenas à família assente no casamento (como no art. 12.º), mas também a outras formas de vida em comum, ainda que tradicionalmente as enquadradas no conceito de vida privada (e, assim, objeto também de proteção). Considera que o art. 8.º protege um único direito: o direito à proteção da vida privada e familiar. As outras formas de família terão, assim, a sua proteção à luz deste art. 8.º. Desta forma, a jurisprudência do Tribunal Europeu inclui na noção de vida familiar as relações matrimoniais, mas também as famílias de facto, assentes noutras formas de convivência afetiva constitutivas de laços familiares<sup>2466</sup>.

Procuraremos aqui dar conta da evolução na interpretação do art. 12.º da CEDH pelo TEDH e da situação atual. Cingir-nos-emos ao direito ao casamento, já que é esse o objeto deste texto, ainda que possamos fazer algumas referências a decisões onde esteve em causa o direito a constituir família, não alargando, todavia, o estudo às já referidas novas formas de família, cujo reconhecimento tem sido feito à luz do art. 8.º da CEDH (e que fica fora do âmbito do nosso estudo, centrado no art. 12.º).

A CEDH apresenta dois princípios relativos à família: o art. 8.º, onde se salva-guarda o respeito pela vida privada e familiar, e o art. 12.º, que protege o direito de casar e de constituir família. Não dá, todavia, o legislador internacional uma definição de família ou de casamento. Tais conceitos concretizar-se-ão, e ainda que existam valores comuns a todos os povos, de forma diversa, sendo interpretados de modo diferente dependendo do substrato sociocultural a que se reportem.

Não podemos esquecer também que as próprias transformações socioculturais afetam o conceito de família tradicional (dando origem a novas formas de família). De facto, ao modelo da família nuclear constituído pela mãe, pelo pai e pelos filhos, assente no casamento, pode hoje «opor-se» nas sociedades ocidentais as famílias de facto, as famílias monoparentais, famílias recombinadas, as famílias homossexuais, etc., cujo traço comum é o predomínio dos laços de afetividade<sup>2467</sup>.

Ora, importa saber se estas novas formas de família não alicerçadas no casamento estão abrangidas na garantia concedida pelas normas internacionais e, por outro lado, se o direito ao casamento previsto no art. 12.º poderá admitir outros modelos de casamento além do seu conceito tradicional (união entre um homem e uma mulher).

---

Todos os acórdãos citados ao longo deste texto podem consultar-se no sítio <http://www.echr.coe.int>

- 2466. ALMEIDA, S., O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 72 e ss.
- 2467. ALMEIDA, S., *op. cit.*, pp. 16 e 159. V. também, COELHO, P./OLIVEIRA, G. de, Curso de Direito da Família, vol. I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 118 e ss.

O TEDH tem efetuado uma interpretação objetivista atualista em vários aspectos relativos à CEDH (e, para o que aqui importa, sobre o respeito pela vida privada e familiar e o direito a contrair casamento – arts. 8.º e 12.º da CEDH). Tem, assim, realizado uma interpretação evolutiva do direito ao respeito pela vida privada e familiar, estendendo o conteúdo do direito contemplado no art. 8.º da Convenção<sup>2468</sup>. De facto, é com uma interpretação dinâmica e evolutiva que o Tribunal Europeu tem conseguido abranger no âmbito do art. 8.º certas realidades que não foram inicialmente pensadas pelos redatores da Convenção.

Como já mencionámos, o art. 12.º da CEDH, ao referir o direito de casar e de constituir família, associa a constituição da família à celebração do casamento. Assenta, portanto, no conceito tradicional de família baseada no casamento, uma união entre duas pessoas de sexo diferente. Isto significa que o direito aí consagrado é o direito a casar, e constituir família pelo casamento, reconhecido a um homem e a uma mulher.

O TEDH não tem reconhecido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não fazendo aqui uma eventual interpretação evolutiva nesse sentido<sup>2469</sup>, apesar dos desenvolvimentos em alguns Estados contratantes, abrindo o acesso ao casamento aos homossexuais.

Tem, assim, afastado os casais homossexuais do direito a contrair casamento e de constituir família (art. 12.º da Convenção), não qualificando, pelo menos até ao Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010, a relação homossexual como constitutiva de vida familiar (art. 8.º), só encontrando proteção no direito à vida privada.

No Ac. *Rees c. Reino Unido*, de 17 de outubro de 1986, o TEDH considerou que o direito a casar consagrado no art. 12.º refere-se ao casamento tradicional entre duas pessoas de sexo biológico diferente, visando essencialmente a proteção do casamento como a base da família. Além disso, o art. 12.º parte do princípio de que o exercício desse direito deve estar sujeito às leis nacionais dos estados contratantes. As limitações a esse propósito introduzidas não devem restringir ou reduzir o direito a casar de tal forma que a essência desse direito seja posta em causa. Todavia, entendeu o TEDH que o impedimento legal existente no Reino Unido relativo ao casamento de duas pessoas que não são de sexo biológico diferente (como acontecia no caso) não tinha tal efeito, não havendo qualquer violação do art. 12.º da CEDH.

- 
2468. Como nos dá conta ALMEIDA, S., *op. cit., passim*, o TEDH tem alargado a noção de vida familiar, de modo a compreender não apenas as relações familiares tradicionais, fundadas no casamento, mas também as relações familiares de facto. Paralelamente, o mesmo tribunal tem esbatido a diferença dos conceitos de vida privada e de vida familiar, referindo-se muitas vezes a um único direito: o direito ao respeito pela vida privada e familiar.
2469. De referir que, no Ac. *Tyrrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, o TEDH reconheceu que a CEDH «is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions». No mesmo sentido, v., por exemplo, o Ac. *Zaunegger c. Alemanha*, de 3 de dezembro de 2009.

Podem, portanto, os Estados proibir os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, sendo matéria a decidir pelos mesmos, sem haver violação da CEDH. E a jurisprudência do TEDH nesta matéria não tem mudado.

Não pode esquecer-se que o Tribunal tem defendido a separação dos direitos de casar e de constituir família, ainda que ao abrigo de diferentes normas, e, portanto, aquele não é requisito para a constituição desta. Isso mesmo decorre dos Ac. *Christine Goodwin e I. c. Reino Unido*, de 11 de julho de 2002, onde o Tribunal Europeu aceitou os argumentos apresentados pelos transexuais, e que falaremos adiante. Além disso, também nesses acórdãos o Tribunal Europeu sublinhou que o art. 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não contém qualquer menção ao sexo dos cônjuges. Portanto, aí se reconheceu que a incapacidade de um casal procriar não poderá privá-lo de casar e a referência ao art. 9.º da referida Carta parece abrir a porta a uma evolução na jurisprudência do Tribunal Europeu.

De facto, a jurisprudência do Tribunal Europeu tende a evoluir nestas matérias, acabando por reconhecer as relações homossexuais como constitutivas da vida familiar. Se, como o Tribunal Europeu vinha largamente afirmando, a vida familiar não se funda apenas nas relações fundadas no casamento, mas também nas relações de facto assentes na afetividade dos laços interpessoais, nestas podem incluir-se as relações homossexuais. Tal reconhecimento foi consagrado no já referido Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010. O acórdão veio também admitir que o direito a contrair casamento, nos termos do art. 12.º da Convenção, não tem necessariamente de estar reservado aos casais de sexo diferente. Deixa, porém, essa decisão à livre apreciação de cada Estado contratante, não impondo a referida norma uma obrigação para os Estados contratantes no sentido de admitirem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Relacionado com a questão do direito a casar o TEDH tem também manifestado a sua posição quanto ao direito de um transexual contrair casamento. O problema base é o do reconhecimento de uma nova identidade sexual por um Estado, após a mudança de sexo, e, em consequência do não reconhecimento, a impossibilidade de esse transexual contrair casamento com pessoa de sexo diferente, mas do mesmo sexo que tinha anteriormente. Não havendo o reconhecimento por parte do Estado da mudança de sexo, o TEDH, centrando a determinação do sexo no critério biológico, considerou admissível o não reconhecimento do direito ao casamento ao transexual, não havendo violação do art. 12.º da CEDH.

Pronunciou-se nesse sentido no Ac. *Rees c. Reino Unido*, de 17 de outubro de 1986, que já mencionámos<sup>2470</sup>, e nos Ac. *Cossey c. Reino Unido*, de 27 de setembro

2470. A Comissão, no seu relatório de 5 de março de 1984, considerou a queixa de Rees admissível à luz dos arts. 8.º e 12.º da CEDH. No relatório de 12 de dezembro de 1984 expressou a opinião unânime de que teria havido violação do art. 8.º, mas não do art. 12.º (v. relatório final da Comissão em <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-73552>).

Já anteriormente o TEDH tinha abordado o caso da transexualidade e o direito à mudança de sexo no Ac. *Van Oosterwijck c. Bélgica*, de 6 de novembro de 1980.

de 1990, e *Sheffield e Horsham c. Reino Unido*, de 30 de julho de 1998. Conforme resulta dos acórdãos referidos, um transexual que se sujeitou a uma intervenção cirúrgica e que viu negado pelo Estado o reconhecimento no registo civil da sua nova identidade sexual, estaria impedido de casar com uma pessoa do mesmo sexo biológico que tinha anteriormente à operação de mudança de sexo. O TEDH partia do entendimento de que o art. 12.º da CEDH reconhecia apenas o direito ao casamento tradicional entre duas pessoas de sexo biológico diferente<sup>2471</sup>.

Esta jurisprudência do Tribunal sofreu uma inversão nos Ac. *Christine Goodwin e I c. Reino Unido*, ambos de 11 de julho de 2002<sup>2472</sup>. O TEDH passou a impor aos Estados contratantes a obrigação de reconhecer juridicamente a nova identidade sexual dos transexuais que tivessem realizado uma cirurgia de alteração do sexo e abandonou a referência ao critério biológico na determinação do sexo para definir o casamento à luz do art. 12.º da CEDH.

Quer no caso *Christine Goodwin* quer no caso *I.* as requerentes alegavam o não reconhecimento jurídico da sua nova identidade sexual (do sexo masculino passaram a ser do sexo feminino) e os vários problemas daí decorrentes, nomeadamente no plano laboral, no âmbito dos descontos a efetuar para efeitos de pensões ou de segurança social, bem como, e para o que aqui nos interessa, a impossibilidade de contrair casamento com pessoa de sexo masculino.

O TEDH, depois de referir os acórdãos anteriormente mencionados e os argumentos aí apresentados, vem afirmar que a CEDH é essencialmente um sistema de proteção dos direitos humanos, devendo, por isso, o Tribunal ter em consideração as mudanças ocorridas nos Estados, indo de encontro a uma eventual convergência de padrões a atingir.

Reconheceu o TEDH que pode decorrer uma série interferência na vida privada do transexual pelo não reconhecimento pelo Estado de um aspeto importante da identidade da pessoa. O sentimento de ser colocado à margem, de ser discriminado, que surge da divergência entre a posição social assumida pelo transexual pós-operação e o estatuto que a lei, não lhe reconhecendo a mudança de sexo, lhe impõe, não pode ser encarado pelo Tribunal como uma «inconveniência resultante de uma mera formalidade». Há, assim, um conflito entre a realidade social e a lei que coloca o transexual numa posição anómala, fazendo-o/a sentir sentimentos de vulnerabilidade, humilhação e ansiedade.

Considerou, por isso, o TEDH que no século XXI não pode ser encarada como uma questão controversa a possibilidade de os transexuais gozarem do direito ao desenvolvimento pessoal e do direito à integridade física e moral, tal como

2471. Relembra-se que o presente texto visa uma análise do art. 12.º da CEDH, deixando à margem outras normas que, à luz dos acórdãos referidos, são também importantes, como é o caso do art. 8.º da CEDH e o direito ao respeito pela vida privada e familiar.

2472. Sobre estes acórdãos, v., entre outros, RUDOLF, B., «European Court of Human Rights: Legal status of postoperative transsexuals», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n.º 4, (2003), pp. 716-721 (in <https://doi.org/10.1093/icon/1.4.716>), pp. 716-721.

os outros cidadãos. A situação insatisfatória em que se encontram os transexuais que foram operados, vivendo numa zona intermédia, não pertencendo a um ou a outro sexo, não pode mais ser sustentada. Tendo em consideração tais argumentos o TEDH considerou que esta é matéria que não pode mais ficar à livre apreciação dos Estados e considerou haver uma violação do art. 8.º da CEDH e do respeito da vida privada das requerentes.

Com base nas mesmas considerações, e alterando a interpretação dada ao art. 12.º da CEDH, reconheceu o Tribunal o direito de casar e de constituir família dos transexuais, que se submeteram a uma operação de alteração de sexo, de acordo com a sua nova condição. Relembrou o TEDH que nos Ac. *Rees, Cossey e Sheffield e Horsham* a incapacidade dos transexuais de casarem com uma pessoa de sexo diferente ao do seu novo sexo não foi considerada uma violação do art. 12.º da Convenção. Tal ficou a dever-se, como já mencionámos *supra*, ao facto de o direito a casar do art. 12.º se reportar ao casamento tradicional entre duas pessoas de sexo biológico diferente e à admissibilidade de os Estados se basearem no critério biológico do sexo para efeitos de capacidade para casar, não se considerando que tal seria uma restrição do direito a casar do transexual que afetasse a essência do direito em causa.

Revendo a situação, considerou o TEDH que o art. 12.º assegura o direito fundamental de um homem e de uma mulher a casar e a constituir família. E este segundo aspeto «não é, todavia, uma condição do primeiro e a incapacidade de um casal procriar não pode afastá-lo, por si só, do direito de contrair casamento». Além disso, o Tribunal «não está convencido que se possa continuar a defender a determinação do sexo por critérios puramente biológicos». «There have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention as well as dramatic changes brought about by developments in medicine and science in the field of transsexuality (...). There are other important factors – the acceptance of the condition of gender identity disorder by the medical professions and health authorities within Contracting States, the provision of treatment including surgery to assimilate the individual as closely as possible to the gender in which they perceive that they properly belong and the assumption by the transsexual of the social role of the assigned gender. The Court would also note that Article 9 of the recently adopted Charter of Fundamental Rights of the European Union departs, no doubt deliberately, from the wording of Article 12 of the Convention in removing the reference to men and women (...)»<sup>2473</sup>. Ainda que o TEDH atribua aos Estados a determinação das condições em que um transexual pode obter o reconhecimento jurídico do seu novo sexo, as condições em que um casamento anterior deixa de ser válido ou as formalidades a aplicar a um novo casamento, considerou que os Estados não podem, na sua margem de apreciação, ir tão longe ao ponto de proibir o casamento aos transexuais. Considerou, assim, haver uma violação do art. 12.º da CEDH<sup>2474</sup>.

2473. V, Ac. *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julho de 2002.

2474. Na sequência destes acórdãos o Reino Unido veio permitir, pelo *Gender Recognition Act 2004*, o reconhecimento jurídico da nova identidade sexual (v., ALMEIDA, S., *op. cit.*, p. 239).

A violação do direito ao respeito pela vida privada do transexual foi objeto de outras decisões do TEDH que concluiu por uma violação do art. 8.º da CEDH, e que, por não implicarem uma violação do art. 12.º, não serão objeto de análise mais detalhada. Podem referir-se, a título de exemplo, os Acórdãos *Van Kück c. Alemanha*, de 12 de junho de 2003, *Grant c. Reino Unido*, de 23 de maio de 2006, *Schlumpf c. Suíça*, de 8 de janeiro de 2009, ou *A. P., Garçon et Nicot c. França*, de 6 de abril de 2017.

O direito a casar, previsto no art. 12.º da CEDH, foi também analisado no Ac. *Chapin e Charpentier c. França*, de 9 de junho de 2016, relativo à eventual admissibilidade do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Os requerentes viram as autoridades francesas recusarem a sua pretensão de contrair casamento por serem do mesmo sexo. O TEDH reafirmou a sua posição quanto ao art. 12.º da CEDH e quanto ao entendimento de que a admissibilidade ou não do casamento entre pessoas do mesmo sexo cabia na margem de apreciação de cada Estado. Tal como referido no Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010, a instituição casamento foi profundamente afetada pela evolução social, mas não existe um consenso nos países europeus sobre a questão do casamento homossexual, não impondo o art. 12.º da CEDH uma obrigação pelos Estados de reconhecimento dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo<sup>2475</sup>. Não houve, por isso, no caso em análise uma violação do art. 12.º da CEDH.

Também no Ac. *Chernetskiy c. Ucrânia*, de 8 de dezembro de 2016, considerou-se haver violação do art. 12.º da CEDH, por o requerente ter sido impedido de casar, por um período de três anos, por não conseguir obter pessoalmente uma certidão de divórcio do seu primeiro casamento. O requerente estava a cumprir pena de prisão quando se divorciou da sua primeira mulher e, por exigências da legislação ucraniana, só poderia casar novamente se juntasse ao processo uma certidão do registo comprovativa do seu divórcio, o que só poderia obter pessoalmente. Uma vez que estava a cumprir pena de prisão e não podia sair para ir ao registo o requerente ficou impossibilitado de casar durante o período do cumprimento da pena. Considerou o TEDH que a liberdade pessoal não é um pré-requisito para o exercício do direito a casar. A prisão priva a pessoa da sua liberdade e de certos direitos civis e privilégios, mas não do direito de contrair casamento. Ainda que o direito ao divórcio não decorra do art. 12.º da CEDH, se o Estado admite o divórcio, deve assegurar que as pessoas divorciadas possam voltar a casar sem restrições irrazoáveis. Assim, no caso em análise o TEDH concluiu que a restrição ao exercício do direito a casar em causa era injustificada e afetava a essência do direito a contrair casamento do requerente, tendo havido, por isso, uma violação do art. 12.º da CEDH.

---

Também em Portugal foi criado o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil, pela Lei n.º 7/2011, de 15 de março, entretanto revogada pela Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, que estabelece o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa.

2475. No mesmo sentido, v., os Ac. *Gas e Dubois c. França*, de 15 de março de 2012, *Hämäläinen c. Finlândia*, de 16 de julho de 2014, e *Oliari e outros c. Itália*, de 21 de julho de 2015.

Em várias decisões o TEDH veio afirmar que a pessoa presa continua a gozar de direitos humanos fundamentais que não sejam contrários à privação da liberdade e qualquer limitação adicional deve ser devidamente justificada (v., por exemplo, *Ac. Jaremowicz c. Polónia*, e *Frasik c. Polónia*, ambos de 5 de janeiro de 2010).

No *Ac. Babiarz c. Polónia*, de 10 de janeiro de 2017, o TEDH pronunciou-se sobre a pretensão do requerente a quem não foi concedido o divórcio do seu primeiro casamento, impossibilitando-o, assim, de voltar a casar com a pessoa com quem já vivia e de quem tinha uma filha<sup>2476</sup>. Não considerou neste caso o Tribunal ter havido uma violação do art. 12.º da CEDH, já que desta norma não decorre qualquer direito ao divórcio<sup>2477</sup>. É verdade que o TEDH já reconheceu que se o Estado contratante admitir o divórcio deve assegurar o direito a voltar a casar sem restrições irrazoáveis<sup>2478</sup>. Mas no caso entendeu o Tribunal que não houve uma violação do direito a contrair casamento, não se impondo que as autoridades polacas aceitassem o pedido de divórcio do requerente. Na verdade, o que estava em causa era a não concessão do divórcio por as autoridades competentes considerarem não estarem preenchidos os seus pressupostos. O art. 12.º da CEDH não obriga tais autoridades a aceitarem o pedido de divórcio. Podia eventualmente entender-se haver uma violação do art. 8.º da CEDH, ou seja, do direito ao respeito pela vida privada e familiar, por o requerente já viver há alguns anos com outra pessoa e ter com esta uma filha<sup>2479</sup>.

No *Ac. Delecolle c. França*, de 25 de outubro de 2018, estava em causa o reconhecimento do direito a casar a uma pessoa maior sujeita ao regime da curatela (que no direito francês está dependente de autorização do curador), que durante anos viveu com a sua companheira com quem nunca lhe foi permitido casar. O TEDH entendeu não haver violação do art. 12.º da CEDH. Na verdade, considerou

- 
2476. V. também, sobre o mesmo assunto, o *Ac. Ivanov e Petrova c. Bulgária*, de 14 de junho de 2011.
2477. V. também o *Ac. Johnston e outros c. Irlanda*, de 18 de dezembro de 1986. Não garantindo o art. 12.º da CEDH o direito ao divórcio, não há violação do mesmo artigo no caso de a proibição do divórcio estar consagrada no direito interno.
2478. V., a este propósito, os *Ac. F. c. Suíça*, de 18 de dezembro de 1987, e *V. K. c. Croácia*, de 27 de novembro de 2012. Como reiteradamente tem referido o TEDH o direito ao casamento pode ser condicionado pelas leis dos Estados contratantes, quer do ponto de vista das formalidades quer mesmo substancialmente (p. ex., relativamente à capacidade para casar), mas tais limitações não podem atingir a essência de tal direito. Como refere CABRAL BARRETO, I, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, p. 342, seriam, portanto, violadoras do direito a contrair casamento as disposições «que prescrevessem o uso obrigatório de contraceptivos, impusessem a esterilização ou o aborto não voluntário ou tolerassem estas práticas». Dá nota o mesmo autor (pp. 306 e 307) que várias decisões da Comissão consideraram compatíveis com o art. 12.º da CEDH algumas limitações impostas ao direito de contrair casamento, como a interdição da bigamia (Decisão de 22 de julho de 1970, Queixa n.º 3998/68), o não reconhecimento do casamento religioso em detrimento do casamento civil (caso *X c. República Federal da Alemanha* – Decisão de 18 de dezembro de 1974, Queixa n.º 6167/73) ou ainda medidas destinadas a combater o casamento de conveniência (caso *Sanders c. França* – Decisão de 16 de outubro de 1996, Queixa n.º 31401/96).
2479. Os dois votos de vencido deste acórdão chamam a atenção para isso.

o Tribunal que a sujeição da validade do casamento a autorização prévia do curador nos casos de maior assistido não restringe ou reduz o direito a contrair casamento de uma maneira arbitrária ou desproporcionada. As condições exigidas para contrair casamento nas diferentes legislações dos Estados contratantes são deixadas à livre apreciação desses mesmos Estados, desde que aquelas não obstrem completamente na prática ao exercício do direito a contrair casamento. Podem, assim, os Estados definir as formalidades a observar mas também requisitos de fundo, como em matéria de capacidade. Ora, no direito francês, os maiores sujeitos a curatela não estão impedidos de casar, apenas se sujeitando o exercício do direito de casar a uma autorização prévia do curador<sup>2480</sup>.

Neste contexto, é de mencionar que o Tribunal apreciará o respeito do impedimento matrimonial do prazo internucial de 300 dias, no caso de se tratar de uma mulher, previsto no Código Civil turco (art. 132.º), à luz dos arts. 8.º, 12.º e 14.º da CEDH, na sequência da queixa n.º 27094/20, no caso *Nurcan Bayraktar c. Turquia*, apresentada a 27 de junho de 2020.

Por seu lado, e envolvendo também a matéria relativa à capacidade matrimonial, no Ac. *Theodorou e Tsotsorou c. Grécia*, de 5 de setembro de 2019, o Tribunal, ainda que reconhecendo que cabe às leis nacionais a regulação do casamento, reafirma que as eventuais restrições ao exercício do direito a casar não podem afetar a essência do direito a contrair casamento, e considerou ter havido no caso uma violação do art. 12.º da CEDH.

Dissemos que nos centraríamos na análise do direito a casar tal como nos aparece no art. 12.º da CEDH. Mas, e para concluirmos, não podemos deixar de fazer uma breve referência ao modo como o TEDH tem olhado para o direito de constituir família, incluindo as novas formas de família, à luz do art. 8.º da CEDH.

A jurisprudência mais recente do TEDH inclui na noção de vida familiar as relações matrimoniais (art. 12.º), mas também as famílias de facto ou outras formas de convivência afetiva, incluindo-as no âmbito do art. 8.º da CEDH.

---

2480. Em Portugal, a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, criou o regime jurídico do maior acompanhado e eliminou os institutos da interdição e da inabilitação. Dando resposta aos princípios da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o novo regime parte do princípio de que o beneficiário tem capacidade negocial de gozo para celebrar negócios estritamente pessoais e para cuidar da sua vida pessoal, exercendo por ato próprio os seus direitos pessoais. Assim, o art. 147.º, n.º 1, do Código Civil, determina que o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário. Portanto, só nos casos de a lei ou a decisão de constituição do acompanhamento o determinar é que há restrição ao exercício de tais direitos. E acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que são pessoais, entre outros, os direitos de casar (v., o art. 1601.º, n.º 1, al. b), do Código Civil, que prevê a possibilidade de o juiz excluir o direito ao casamento pelo acompanhado) ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar. O elenco é meramente exemplificativo, podendo existir outros direitos.

Como já mencionámos, o TEDH tem realizado uma interpretação evolutiva do direito ao respeito pela vida privada e familiar, estendendo o conteúdo do direito contemplado no art. 8.º da Convenção. Vejamos então alguma jurisprudência do TEDH relativamente ao direito de constituir família que, como veremos, tem registado uma evolução. Na verdade, e como vimos, o art. 12.º da CEDH, ao referir o direito de casar e de constituir família, associa a constituição da família à celebração do casamento. Por isso, a generalidade da jurisprudência analisa o reconhecimento de novas formas de família à luz de outras normas, e que escapam a este nosso trabalho. Não podemos, todavia, de deixar de fazer algumas referências.

Em matéria da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, e à proteção da família natural, em várias decisões o TEDH tenta eliminar a diferença de tratamento que possa existir em alguns Estados entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento<sup>2481</sup>. O primeiro passo nesse sentido ocorreu no Ac. *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junho de 1979, onde Paula Marckx e Alexandra Marckx alegavam a violação dos arts. 8.º e 14.º da CEDH pela lei belga, pelo facto de, no caso de mãe solteira, a filiação não se estabelecer no ato do registo, mas através de um reconhecimento formal pela mãe, e, por outro lado, os filhos ilegítimos serem discriminados sucessoriamente (e, por isso, muitas mães solteiras optavam por adotar os próprios filhos).

O TEDH reconheceu que o laço natural entre mãe e filha originava vida familiar e o respeito por esta implicava para o Estado em causa a criação de um mecanismo legal que permitisse a integração das crianças na família desde o momento do nascimento. Além disso, a lei belga ao não permitir que Alexandra fosse um membro da família materna, impedia-a de desenvolver laços familiares com os parentes mais próximos, violando o art. 8.º da CEDH, e atribuía-lhe um estatuto sucessório discriminatório, com violação dos arts. 8.º e 14.º da Convenção.

No Ac. *Johnston e outros c. Irlanda*, de 18 de dezembro de 1986, o TEDH seguiu o mesmo entendimento.

A discriminação dos filhos «ilegítimos» em matéria de direito sucessório foi também tratada pelo TEDH nos Ac. *Inze c. Áustria*, de 28 de outubro de 1987, e *Vermeire c. Bélgica*, de 29 de novembro de 1991. A mesma matéria foi abordada no Ac. *Mazurek c. França*, de 1 de fevereiro de 2000 - onde o TEDH se pronunciou sobre a discriminação sucessória de uma criança nascida de uma relação adulterina (que, de acordo com a lei francesa, apenas tinha direito a herdar metade da quota-partes da herança que caberia a um filho «legítimo»), considerando existir uma violação do art. 14.º da CEDH (proibição da discriminação) -, ou no Ac. *Merger e Cros c. França*, de 22 de dezembro de 2004.

À mesma questão sucessória, pronunciando-se sobre a discriminação dos filhos «ilegítimos», referiram-se os Ac. *Camp e Bourimi c. Holanda*, de 3 de outubro de 2000,

---

2481. V., ALMEIDA, S., *op. cit.*, pp. 166 e ss.

*Haas c. Holanda*, de 13 de janeiro de 2004, *Brauer c. Alemanha*, de 28 de maio de 2009, e *Fabris c. França*, de 7 de fevereiro de 2013<sup>2482</sup>.

Também em relação aos sistemas escolhidos pelos Estados para o estabelecimento da filiação a jurisprudência do TEDH tem tido algo a dizer.

Já vimos a este propósito o Ac. *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junho de 1979, em matéria do estabelecimento da maternidade. O Tribunal considerou que o Estado deveria adotar legislação de forma a não haver diferenciação em função do nascimento. O mesmo foi afirmado no Ac. *Johnston e outros c. Irlanda*, de 18 de dezembro de 1986, que já referimos, e nos Ac. *Keegan c. Irlanda*, de 26 de maio de 1994, e *Kroon e outros c. Holanda*, de 27 de outubro de 1994.

Questões relativas ao estabelecimento da paternidade fora do casamento foram também decididas nos Ac. *Mikulić c. Croácia*, de 7 de fevereiro de 2002, *Yousef c. Holanda*, de 5 de novembro de 2002, e *Paulík c. Eslováquia*, de 10 de outubro de 2006.

Por outro lado, e quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais, o TEDH tem considerado legítimo o tratamento diferenciado quanto à concessão automática das responsabilidades parentais entre os pais casados e os pais unidos de facto. Pode ver-se, neste sentido, os Ac. *McMichael c. Reino Unido*, de 24 de fevereiro de 1995, *Elsholz c. Alemanha*, de 13 de julho de 2000 e os Ac. *Hoffmann c. Alemanha*, *Sahin c. Alemanha*, e *Sommerfeld c. Alemanha*, todos de 11 de outubro de 2001.

Nos Ac. *Zaunegger c. Alemanha*, de 3 de dezembro de 2009, e *Sporer c. Áustria*, de 3 de fevereiro de 2011, o TEDH pronunciou-se no sentido da existência de discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais. Atendendo à diversidade das condições de nascimento, justifica-se a norma que, no caso de filho nascido fora do casamento e na falta de acordo dos progenitores quanto ao exercício conjunto, atribui, por princípio, o exercício das responsabilidades parentais à mãe. Questão diferente é a de impossibilitar o exercício conjunto das responsabilidades parentais na falta de acordo dos progenitores. Nos referidos acórdãos o TEDH pronunciou-se no sentido de que as decisões em matéria de exercício das responsabilidades parentais devem visar o superior interesse da criança, devendo cada tribunal nacional decidir no caso concreto atendendo a tal princípio. Ora, a lei do Estado contratante (nos casos, a Alemanha e a Áustria) não previa, e ao contrário do que acontecia no caso de filhos nascidos no decurso do casamento, uma apreciação judicial no sentido de se aferir se o exercício conjunto das responsabilidades parentais acautela melhor o superior interesse da criança nascida fora do casamento ou, caso tal exercício conjunto não

2482. No Ac. *Pla e Puncernau c. Andorra*, de 13 de julho de 2004, estava em causa a interpretação de uma cláusula testamentária para efeitos de averiguar um tratamento igualitário entre filhos naturais e adotados. Ora, o testamento referia que se contemplava os filhos de um casamento, não determinando se naturais ou adotados. Concluiu o TEDH que, não fazendo o testamento qualquer diferenciação, ela não devia fazer-se na interpretação da mesma cláusula testamentária, sendo discriminatória e violadora dos arts. 8.º e 14.º da CEDH.

seja no interesse da criança, de se avaliar se tal interesse fica melhor acautelado com a atribuição do exercício unilateral à mãe ou ao pai. Não existindo razão que justifique esta diferença de tratamento, o TEDH, muito embora reiterasse a margem de apreciação dos Estados contratantes, entendeu, em ambos os casos, terem sido violados os arts. 8.º e 14.º da Convenção.

Não podemos, todavia, esquecer que o TEDH e a própria Comissão, reconhecendo as novas formas de família e considerando a união de facto heterossexual uma relação de família, não defendem uma regulamentação idêntica ao casamento, não havendo qualquer obrigação positiva para os Estados contratantes de conferir à união de facto um estatuto jurídico análogo ao do casamento. Admitem, por isso, um tratamento diferenciado entre a união de facto e o casamento. Pode a este propósito referir-se as decisões da Comissão de 11 de novembro de 1986, sobre a queixa n.º 11089/84, no caso *Lindsay c. Reino Unido*, e de 4 de março de 1998 (em matéria fiscal), sobre a queixa n.º 34615/97, no caso *Quintana Zapata c. Espanha* (em matéria de atribuição de pensão de sobrevivência), e as decisões do TEDH de 26 de janeiro de 1999, sobre a queixa n.º 37784/97, no caso *Saucedo Gomez c. Espanha* (atribuição da casa de morada da família), e de 27 de abril de 2000, sobre a queixa n.º 45851/99, no caso *Shackell c. Reino Unido* (atribuição de pensão de sobrevivência).

Em relação às uniões homossexuais, a jurisprudência do Tribunal Europeu, e não obstante o reconhecimento que os Estados possam fazer das uniões de facto ou do casamento entre pessoas do mesmo sexo, não enquadrava as relações entre pessoas do mesmo sexo no conceito de vida familiar, ainda que as tutelasse como vida privada. Ou seja, uma relação homossexual não consubstanciaria vida familiar, mas sim vida privada, e, assim, a eventual discriminação fundada na orientação sexual implicaria uma ingerência na vida privada e, logo, uma violação do art. 8.º da Convenção.

Em várias decisões o Tribunal Europeu condenou as discriminações fundadas na orientação sexual, nomeadamente em matéria de emprego ou de exercício das responsabilidades parentais, como violações ao respeito pela vida privada. É o caso dos Ac. *Lustig-Prean e Beckett c. Reino Unido*, de 27 de setembro de 1999, e *Smith e Grady c. Reino Unido*, de 27 de setembro de 1999, e o Ac. *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de dezembro de 1999. Neste contexto, será de acompanhar a queixa n.º 17816/21, no caso *A.B. e K.V. c. Roménia*, de 6 de abril de 2021, relativa a eventual discriminação em matéria de obtenção do direito de residência<sup>2483</sup>.

2483. O caso diz respeito a uma alegada discriminação dos requerentes, um casal do mesmo sexo casado legalmente num Estado-membro da União Europeia, decorrente da impossibilidade de um deles, nacional de um Estado terceiro, obter o direito de residência na Roménia na qualidade de cônjuge de um cidadão romeno. Essa impossibilidade decorre de uma norma do Código Civil romeno (o art. 277.º) que não reconhece o casamento entre pessoas do mesmo sexo, invocando-se a violação, entre outros, dos arts. 8.º, 12.º e 14.º da CEDH. Sobre a mesma matéria, v., a queixa n.º 2663/21, no caso *Relu-Adrian Coman e outros c. Roménia*, de 23 de dezembro de 2020.

Mas, a união de facto homossexual não vinha sendo objeto de proteção como «*vida familiar*», nos mesmos moldes que a união de facto heterossexual. A jurisprudência do TEDH começou por analisar o direito à união de facto homossexual no âmbito da *vida privada* (art. 8.º da CEDH), e não da *vida familiar*.

Veja-se, aceitando a diferenciação entre as uniões de facto heterossexuais e as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a decisão de 10 de maio de 2001, sobre a queixa n.º 56501, no caso *Mata Estevez c. Espanha*, onde o TEDH se pronunciou sobre a concessão de pensão de sobrevivência a parceiro homossexual, negada pelo Estado espanhol (que a concedia no caso de casais heterossexuais, unidos ou não pelo casamento). Considerou o Tribunal que a questão, não configurando a união homossexual como constitutiva de vida familiar, deveria ser analisada à luz do art. 8.º da CEDH como vida privada. A diferença de tratamento enquadrava-se no âmbito da margem de apreciação do Estado em causa, declarando a queixa inadmissível.

A Comissão já se pronunciou também em matéria de transmissão do arrendamento para habitação, por morte do arrendatário, à pessoa do mesmo sexo que com ele vivia em união de facto (v., as decisões de 14 de maio de 1986, sobre a queixa n.º 11716/85, no caso *Simpson c. Reino Unido*, e de 15 de maio de 1996, sobre a queixa n.º 28318/95, no caso *Röösli c. Alemanha*)<sup>2484</sup> ou quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais do filho biológico, concebido por inseminação artificial, de um dos membros da união de facto homossexual (decisão de 19 de maio de 1992, sobre a queixa n.º 15666/89, no caso *Kerkhoven e Hinke c. Holanda*). Considerou, mais uma vez, que uma união homossexual não cai no conceito de *vida familiar* e que não resulta do art. 8.º da Convenção uma obrigação positiva que impusesse ao Estado em causa a concessão do exercício das responsabilidades parentais a uma mulher que vivia com a mãe da criança e com esta. Reafirmou, assim, que, em relação ao exercício das responsabilidades parentais, um casal homossexual não pode ser equiparado a um casal heterossexual que viva em união de facto.

Por seu lado, no Ac. *Frétté c. França*, de 26 de fevereiro de 2002, o TEDH pronunciou-se sobre a recusa das autoridades francesas do pedido de adoção singular por um candidato a adotante homossexual. Realçando que a comunidade científica se encontra dividida quanto às consequências do acolhimento de uma criança por um pai ou por pais homossexuais, e que há divergências na própria opinião pública

2484. Decisões onde se negou a existência de discriminação e a violação da Convenção. De referir que, pelo contrário, no Ac. *Karner c. Áustria*, de 27 de julho de 2003, o TEDH considerou haver discriminação (aplicando-se o art. 14.º da Convenção) no caso de rejeição de sucessão no arrendamento por morte do membro da união de facto homossexual arrendatário.

No Ac. *Kozak c. Polónia*, de 2 de março de 2010, o TEDH reconheceu, tal como no Ac. *Karner c. Áustria*, que a legislação polaca, admitindo apenas a sucessão no direito ao arrendamento por morte ao membro sobrevivo da união de facto heterossexual, conduzia a uma discriminação do membro da união de facto homossexual arrendatário e, por isso, violava os arts. 8.º e 14.º da Convenção. Deu um passo, assim, no sentido de as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo poderem constituir vida familiar, tal como as uniões de facto entre pessoas de sexo diferente, à luz do art. 8.º da Convenção.

nacional e internacional, não considerou desrespeitado o art. 14.º da Convenção nem discriminatória a diferença de tratamento, cabendo aos Estados aferir as sensibilidades e contexto social interno no sentido de apreciarem da melhor forma essas situações.

Caso semelhante, quanto à matéria de facto, foi decidido no Ac. *E. B. c. França*, de 22 de janeiro de 2008. Considerou, porém, o TEDH que neste caso, estando em causa a recusa das autoridades francesas da candidatura de uma mulher a um processo de adoção singular, havia uma violação dos arts. 8.º e 14.º da Convenção, já que a orientação sexual da requerente foi o fator decisivo para tal recusa.

De referir também o Ac. *Gas e Dubois c. França*, de 15 de março de 2012, onde o TEDH se pronunciou quanto a uma eventual discriminação em razão do sexo quanto à adoção de uma criança, filha de um dos membros da união de facto homossexual (por recurso a técnicas de procriação medicamente assistida), pelo outro membro da união. A lei francesa previa a possibilidade de adoção por um dos cônjuges do filho do outro cônjuge (coadoção). Ora, as requerentes viviam em união de facto homossexual, não beneficiando dessa possibilidade, e, a existir adoção, o exercício das responsabilidades parentais passaria para a adotante quando não era isso que se pretendia. O TEDH considerou não haver qualquer violação dos arts. 8.º e 14.º da Convenção, dado que a diferenciação do tratamento era justificada, uma vez que a situação legal de um casal que vive em união de facto homossexual<sup>2485</sup> não é a mesma da de duas pessoas casadas.

A evolução no sentido do reconhecimento das uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo como constitutivas de vida familiar culminou no Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010, já citado. O TEDH reconheceu que a vida em união de facto entre duas pessoas do mesmo sexo constitui vida familiar, à luz do art. 8.º da Convenção<sup>2486</sup>.

---

2485. De referir que no caso concreto, em matéria de adoção, o tratamento dado à união de facto homossexual era o mesmo da união de facto entre duas pessoas de sexo diferente, não havendo, também por isso, qualquer discriminação (v. Ac. *Gas e Dubois c. França*, de 15 de março de 2012).

2486. De mencionar que, apesar da mais recente interpretação do TEDH no reconhecimento das uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo como relações familiares, no caso *Courten c. Reino Unido*, de 4 de novembro de 2008, o TEDH considerou que, se no Estado contratante não se reconhecer juridicamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo, os unidos de facto do mesmo sexo não podem invocar o art. 14.º da Convenção e, em consequência, alegar um tratamento discriminatório face às uniões entre pessoas de sexo diferente, já que as uniões de pessoas do mesmo sexo não estão numa posição análoga às uniões de pessoas de sexo diferente.

Na verdade, o TEDH, não obstante considerar que as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo se incluem, tal como as uniões heterossexuais, no conceito de vida familiar do art. 8.º da Convenção (v., *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010), não impõe aos Estados contratantes a obrigatoriedade de reconhecimento e proteção jurídica de tais uniões. No Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria* o TEDH reconhece que os Estados contratantes devem gozar de uma margem de apreciação quanto às eventuais reformas legislativas nesta matéria.

No Ac. *X e outros c. Áustria*, de 19 de fevereiro de 2013, o TEDH condenou este país, por violação dos arts. 14.º e 8.º da Convenção, por discriminar um casal do mesmo sexo (mulheres), que vivia em união de facto, ao proibir a adoção por um dos conviventes do filho do outro.

O TEDH pronunciou-se nesse mesmo sentido no Ac. *Vallianatos e outros c. Grécia*, de 7 de novembro de 2013. Estava em causa a apreciação do regime jurídico grego das uniões de facto que, no seu art. 1.º, reconhecia efeitos jurídicos apenas às uniões de facto entre pessoas de sexo diferente, não sendo, por isso, reconhecidas juridicamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Atendendo aos arts. 8.º e 14.º da Convenção, o TEDH considerou haver uma violação da CEDH.

Concluímos, assim, que, tendo em consideração as referências feitas a algumas decisões do TEDH e a sua análise, essencialmente à luz do art. 12.º, objeto deste estudo, mas também dos arts. 8.º e 14.º da Convenção, é evidente a constatação da evolução operada no reconhecimento do direito a contrair casamento e sobretudo do direito de constituir família, abarcando outras formas familiares além do casamento e da família natural (biológica ou adotiva).

O art. 12.º da Convenção, ao consagrar o direito a contrair casamento e a constituir família, não abrange apenas o casamento tradicional, que implica a procriação<sup>2487</sup>, nem exige que, necessariamente, seja entre duas pessoas de sexo diferente<sup>2488</sup>. Em todo o caso, não obstante a porta aberta a uma nova interpretação, o Tribunal Europeu entende que ainda não deve considerar o casamento homossexual como carente de proteção à luz do art. 12.º da Convenção (por princípio, os casais homossexuais não cabem no âmbito deste artigo), conferindo aos Estados contratantes uma margem de apreciação que lhes permite proibir ou admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>2489</sup>.

A norma não inclui, todavia, no seu âmbito de aplicação outras formas de constituição de família não assentes no casamento.

Por seu lado, o conceito de vida familiar do art. 8.º da Convenção passou a abranger não só as relações matrimoniais heterossexuais, mas também as uniões de facto entre pessoas de diferente sexo ou do mesmo sexo. Enquanto as uniões de facto entre pessoas de sexo diferente integravam o conceito de vida familiar, o TEDH não enquadrava as relações entre pessoas do mesmo sexo no conceito de vida

2487. V., o Ac. *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julho de 2002.

2488. V., o Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010.

2489. Os diferentes entendimentos dos Estados quanto ao reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo fará surgir outros problemas a apreciar e a resolver pelo TEDH. Na verdade, nacionais de um Estado que não admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo podem casar num Estado em que tal reconhecimento existe, suscitando o problema do registo de tal casamento no primeiro Estado. V., p. ex., a queixa n.º 19366/14, no caso *Nicolao e Lazzerotti c. Itália*, de 26 de fevereiro de 2014; a queixa n.º 41089/15, no caso *Schermi e Van Dijk c. Itália*, de 10 de agosto de 2015; e a queixa n.º 40209/20, no caso *Koilova e Babulkova c. Bulgária*, de 3 de setembro de 2020.

familiar, ainda que as tutelasse como vida privada. Uma relação homossexual não consubstanciaria vida familiar, mas sim vida privada, e, assim, a eventual discriminação fundada na orientação sexual implicaria uma ingerência na vida privada e, logo, uma violação do art. 8.º da Convenção. Como vimos, o TEDH reconheceu, pela primeira vez, as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo como constitutivas de vida familiar no Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010.

O que parece certo é que qualquer discriminação em função da orientação sexual viola o art. 14.º da Convenção, o que ficou demonstrado na análise exemplificativa que fizemos de algumas decisões do TEDH.

## *Capítulo 34*

# O direito sucessório na jurisprudência do TEDH

DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA MORAIS<sup>2490</sup>

SUMÁRIO: 1. DIREITO SUCESSÓRIO E DIREITOS HUMANOS. 2. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS FILHOS «ILEGÍTIMOS»: A INTERVENÇÃO ASSERTIVA DO TEDH. 3. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO DE FACTO E NO CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO: A INTERVENÇÃO CAUTELOSA DO TEDH. 4. DISCRIMINAÇÃO NOS DIREITOS SUCESSÓRIOS POR MOTIVOS RELIGIOSOS E NA INTERPRETAÇÃO DOS TESTAMENTOS: TENDÊNCIA «EXPANSIONISTA» DO TEDH? 5. CONCLUSÃO.

### **1. DIREITO SUCESSÓRIO E DIREITOS HUMANOS**

A intervenção do TEDH no Direito das Sucessões surge como um fator que influencia a própria evolução dos diversos sistemas sucessórios no sentido de uma certa harmonização atendendo à interpretação atualista que o Tribunal faz da CEDH<sup>2491</sup>. Este tem-se debruçado sobre matérias de Direito Sucessório à luz dos

---

2490. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado (Portugal).

2491. Neste sentido, *Cfr.* VIGLIONE, F., «The Influence of Fundamental Rights on the Law of Succession», European Business Law Review, (2018), pp. 773-789, em particular, pp. 773-774. Como refere o autor, a crescente importância dada aos direitos fundamentais aproxima os diversos sistemas sucessórios, bem como o surgimento do Regulamento Europeu de Sucessões (Regulamento n.º 650/2012) contribui indiretamente para uma aproximação no Direito Sucessório dos diversos países, nomeadamente, no que se refere à sua contratualização e a uma maior abertura à autonomia privada. Sobre este último ponto *Cfr.* GRIECO, C., Il ruolo dell'autonomia della volontà nel Diritto Internazionale Privato delle successioni transfrontaliere, MILANO, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019. Tendo em conta esta convergência de sistemas, defendemos a viabilidade de uma unificação do Direito Sucessório europeu em Viabilidade de uma unificação jus-sucessória a nível europeu: unificação meramente conflitual ou unificação material?, Coimbra, Almedina, 2005. A ligação entre o Direito Sucessório e os direitos humanos/direitos fundamentais, tem sido objeto de estudos interessantes, *v.g.*, NEVARES, A., A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório,

arts. 8.º e 14.º da CEDH e do art. 1.º do respetivo Protocolo Adicional n.º 1. Através da interpretação destes preceitos o TEDH respondeu a questões relacionadas com a articulação entre a Convenção e as regras de Direito Sucessório. No que se refere à jurisprudência do Tribunal neste âmbito, existem, em nossa opinião, intervenções que são de louvar, nas quais este desempenhou um papel importante nas alterações legislativas levadas a cabo em diversos estados contratantes da CEDH, outras em que o Tribunal não ousou ir mais longe em matérias que ainda não são consensuais nos referidos estados e, finalmente, aquelas que não hesitou em estender o âmbito da Convenção de uma forma que é discutível, arriscada e, até, contrária ao consenso existente nos estados contratantes relativamente a determinados problemas jurídicos. *Pode, por isso, apontar-se uma certa falta de harmonia na linha de intervenção deste Tribunal em matérias sucessórias: ousado, por vezes, tímido, por outras, mas, em todas, com uma influência interessante no Direito Sucessório europeu*<sup>2492</sup>.

O TEDH vai estendendo o âmbito de aplicação da CEDH através do conceito de «obrigações positivas», formulado no Ac. *Marckx c. Belgica*, de 13 de junho de 1979<sup>2493</sup>. De acordo com o mesmo, os estados não têm somente de abster-se de intervir, mas podem, igualmente, ter o dever de agir à luz do art. 8.º, com vista a garantir o respeito efetivo pelos direitos contemplados na Convenção. Para o TEDH, a existência das obrigações positivas referidas pode implicar uma alteração nas regras legais vigentes, a existência de novas regras, ou, até, que sejam tomadas medidas no âmbito das relações estritamente entre privados, o que se traduz, em certa medida, num «efeito horizontal» dos direitos previstos na CEDH<sup>2494</sup>. Deste modo,

---

Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Renovar, 2009; e GARCIA, T.; RUBIO, M., *La libertad de testar: El principio de la igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014. A ligação entre os direitos sucessórios e os direitos fundamentais resulta claramente do facto de estes serem tradicionalmente considerados direitos constitucionais, visto que a maioria das constituições garante um direito à transmissão dos bens por morte. Por isso, tais direitos têm de respeitar alguns princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, que implica que os homens e as mulheres, e os filhos legítimos e ilegítimos, têm de ser tratados da mesma forma (Cfr. SUDITU, A., «Human rights and inheritance law: a mirrored perspective», Challanges of the Knowledge Society, (2021), pp. 297-304, em particular, p. 297).

- 2492. Esta jurisprudência espelha duas tendências no seio do TEDH: por um lado, no sentido do reconhecimento de uma margem de apreciação aos estados e, por outro, no sentido de uma interpretação evolutiva da CEDH. Estas espelham, por sua vez, as posições conservadoras ou progressistas dos seus juízes (Cfr. Almeida, S., *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Lisboa, Juará, 2016, pp. 66-69).
- 2493. O acórdão será analisado no ponto seguinte. Todos os acórdãos citados se encontram disponíveis em: <https://www.echr.coe.int/>
- 2494. Cfr. CHEREDNYCHENKO, O., «Towards the Control of the Private Acts by the European Court of Human Rights?», *Maastricht journal of European and Comparative Law*, 13, (2006), pp. 195-218, em particular, pp. 199-200. Também Richard Kay salienta que, hoje em dia, é normalmente reconhecido que a CEDH tem, até certo ponto, um «efeito horizontal» [KAY, R., «The European Convention on Human Rights and the control of private law», *European Human Rights Law Review*, (2005), 5, pp. 466-479, em particular, p. 475].

o Tribunal realiza a referida interpretação dinâmica (e atualista) da Convenção que lhe permite adaptá-la às mudanças que vão ocorrendo na sociedade. A análise das restrições ou limitações aos direitos previstos na CEDH é feita à luz do princípio da proporcionalidade<sup>2495</sup>. Deste modo, o TEDH analisa se uma diferença de tratamento é discriminatória, quando não tem uma justificação objetiva e razoável, ou seja, se não prosseguir uma finalidade legítima ou se não existir proporcionalidade entre os meios utilizados e o objetivo que se pretende realizar. Não deixa de ser reconhecida aos estados contratantes uma «margem de apreciação», conceito igualmente criado pelo Tribunal, embora a última palavra lhe caiba<sup>2496</sup>. Quanto maior for a exigência da análise realizada pelo Tribunal quanto às diferenças de tratamento, menor será a margem de apreciação dos estados.

Em suma, o equilíbrio dos interesses em presença constitui um método judicial para determinar a existência de obrigações positivas específicas, as suas implicações e se as mesmas foram respeitadas<sup>2497</sup>. A doutrina salienta que está na hora de o Tribunal fazer uma análise global das obrigações positivas, em vez de continuar a alargá-las de forma desproporcionada, pois, se não o fizer tendo em conta todos os interesses em presença, a credibilidade da própria CEDH poderá ser questionada<sup>2498</sup>.

## 2. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS FILHOS «ILEGÍTIMOS»: A INTERVENÇÃO ASSERTIVA DO TEDH<sup>2499</sup>

Em matéria de filiação é paradigmática e incontornável a posição do TEDH no Ac. *Marckx c. Bélgica*, já referido.

Alexandra Marckx nasceu em 1973, na Bélgica, filha de Paula Marckx, que não era casada. Paula reconheceu a sua filha pouco depois do nascimento, tendo-a adoptado um ano depois, em 1974, procedimento concluído em 1975. Paula e Alexandra

---

2495. Sobre o princípio da proporcionalidade e o conceito de «margem de apreciação», *Cfr. PI-TKÄNEN, M., «Fair and balanced positive obligations – do they exist?», European Review of Private Law*, (2012), 5, pp. 538-550, em particular, pp. 542-546.

2496. Sobre este conceito, *Cfr.*, igualmente, CRORIE, B., «Margem de apreciação dos Estados», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), AA. VV., Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2019), pp. 2721-2737; e ALMEIDA, S., *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 58-65. A autora reporta-se à crítica que é feita à falta de clareza e ao caráter flutuante da utilização deste conceito pelo TEDH.

2497. Neste sentido, *Cfr. Maija Pitkänen*, «Fair and balanced positive obligations – do they exist?», *European Review of Private Law*, *op. cit.*, p. 546.

2498. Neste sentido, *Cfr. Pitkänen, ibidem*, p. 550. Por outro lado, existe ainda o risco de o TEDH exceder o seu papel em matéria de interpretação da CEDH, pondo em causa decisões politicamente adotadas pelos organismos representativos eleitos, que cumprem a função legislativa nas sociedades democráticas, como enfatizou a juíza Morenilla no seu voto de vencido no Ac. *Kroon e Outros c. Holanda*, de 27 de outubro de 1994.

2499. Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, *Cfr. ALMEIDA, S., Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 366-379.

queixaram-se perante o TEDH de que as disposições do Código Civil belga relativas ao estabelecimento da maternidade de um filho «ilegítimo»<sup>2500</sup> e aos respetivos efeitos legais quanto às relações familiares da criança e quanto aos direitos de caráter patrimonial desta e da sua mãe violavam as regras da CEDH.

Segundo as disposições então em vigor na Bélgica, o nascimento não determinava o surgimento de uma relação jurídica entre a mãe e os filhos ilegítimos, ao contrário do que ocorria quanto aos filhos de uma mulher casada, em que a maternidade poderia ser provada com base na certidão de nascimento. No que se refere aos filhos nascidos fora do casamento, o estabelecimento da filiação implicava um reconhecimento voluntário pela mãe ou uma ação de reconhecimento da maternidade intentada com esse propósito. Desse reconhecimento só resultavam laços familiares entre a criança e a mãe, mas não com os respetivos pais. Por outro lado, os filhos ilegítimos reconhecidos teriam menos direitos sucessórios no âmbito da sucessão intestada do que os filhos legítimos, pois só eram considerados sucessores irregulares, o que significa que apenas eram chamados à herança se a sua mãe não deixasse nenhuns pais sucessíveis (descendentes, ascendentes, irmãos e irmãs) e, mesmo nesse caso, só receberiam três quartos da parte que teriam recebido se fossem filhos legítimos. A isto acrescia que a sua mãe poderia reduzir esse montante em metade. Por outro lado, os filhos ilegítimos não eram considerados sucessíveis na sucessão intestada dos pais da sua mãe. Este regime altamente discriminatório era completado pela limitação que os filhos ilegítimos sofriam mesmo no que se refere à sucessão testamentária e às doações em vida, pois não poderiam receber por essa via mais do que o montante a que teriam direito na sucessão intestada da sua mãe.

De acordo com o regime legal acima descrito, a mãe seria colocada perante a seguinte alternativa: ou reconhecia o seu filho perdendo a possibilidade de lhe deixar a totalidade dos seus bens ou renunciava a estabelecer com o mesmo uma relação jurídica familiar com vista a manter a possibilidade de lhe deixar a totalidade da herança, tal como poderia fazer a um estranho. A única forma de a mãe solteira melhorar o estatuto legal dos seus filhos ilegítimos, sem ser através do casamento, seria recorrer à adoção simples. Neste caso, a criança adquiriria os mesmos direitos que os filhos legítimos em relação à herança da mãe, mas continuaria a não ter quaisquer direitos na sucessão intestada dos pais desta. Somente a legitimação através do casamento da mãe colocaria os seus filhos ilegítimos numa posição semelhante à dos filhos legítimos.

As queixosas alegaram perante o TEDH que Alexandra Marckx sofria de uma *capitis diminutio* incompatível com os arts. 3.º e 8.º da CEDH, sendo estes preceitos igualmente violados relativamente à sua mãe Paula. Por outro lado, haveria uma discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos e entre mães casadas e solteiras, em violação do disposto no art. 8.º conjugado com o art. 14.º da Convenção. Finalmente, o art. 1.º do Protocolo n.º 1 seria violado, visto que uma mãe solteira não podia

---

2500. Sendo o conceito aqui utilizado no sentido de «filho nascido fora do casamento».

dispor livremente dos seus bens a favor dos seus filhos. O Tribunal salientou que o respeito pela vida familiar, consagrado no art. 8.º, pressupõe a existência de uma família e que este preceito não estabelece qualquer distinção entre filhos legítimos e ilegítimos a este propósito, pois isso seria incompatível com a formulação do próprio art. 8.º/1 nos termos do qual «qualquer pessoa» beneficia desse direito, sendo a mesma ideia confirmada pelo art. 14.º. Por outro lado, havia uma relação familiar efetiva entre Alexandra e a sua mãe Paula, que cuidou dela desde o nascimento. Sendo, por isso, aplicáveis quer o art. 8.º, quer o art. 14.º – cuja aplicação não pode ser autónoma, visto que visa complementar as outras disposições da CEDH e dos respetivos Protocolos – tratava-se de aferir se a distinção quanto ao estatuto legal de filhos legítimos e ilegítimos existente na lei belga era admissível à luz destes preceitos.

O TEDH entendeu que a alternativa perante a qual as mães solteiras eram colocadas se quisessem atribuir a totalidade dos seus bens aos seus filhos não era compatível com o respeito pela vida familiar consagrado no art. 8.º, visto que distorcia e impedia o seu normal funcionamento. Por outro lado, considerou que a justificação apresentada para o regime legal belga quanto ao estabelecimento da maternidade de crianças filhas de mães solteiras, a saber, a de que algumas dessas mães não desejam cuidar dos seus filhos, não era suficiente, carecendo de uma justificação razoável e objetiva, pelo que havia uma violação do art. 14.º em conjugação com o art. 8.º. Considerou ainda que também existia uma violação do art. 8.º considerado isoladamente, na medida em que a noção de «vida familiar» inclui, pelo menos, os laços entre familiares próximos, como é o caso da ligação entre avós e netos, visto que estes parentes podem ter um papel importante na vida familiar. Os estados têm, por isso, de garantir que estes laços se podem desenvolver normalmente, o que não acontecia na lei belga *supra* descrita (o reconhecimento dos filhos pelas mães solteiras somente estabelecia uma relação jurídica entre estas e aquela, mas não com os respetivos parentes). Finalmente, ainda quanto ao mesmo ponto, haveria uma violação do art. 8.º conjugado com o art. 14.º, visto que, embora os familiares de Paula pudessem não concordar com o reconhecimento dos seus filhos por esta, e ainda que a tranquilidade das famílias «legítimas» pudesse ser perturbada pela inclusão de um filho «ilegítimo» no seu seio, isto não seria um motivo para privar tais filhos dos seus direitos fundamentais, porque a CEDH não faz qualquer distinção entre famílias «legítimas» e «ilegítimas», colocando-as em pé de igualdade, nomeadamente no plano sucessório.

No que se refere aos direitos patrimoniais de Alexandra, o Tribunal analisou o problema à luz do art. 1.º do Protocolo n.º 1, tendo salientado que o preceito consagra o direito que cabe a qualquer pessoa de gozar tranquilamente dos seus bens, pelo que só se aplica aos bens que a pessoa tem, mas não garante o direito de os adquirir, quer através da sucessão voluntária, quer através da sucessão intestada<sup>2501</sup>. No entanto, as queixosas não

---

2501. Sobre o art. 1.º do Protocolo n.º 1, Cfr. Guide on article 1 of Protocole n.º 1 to the European Convention on Human Rights – Protection of Property, Council of Europe / European Court

invocaram este preceito em prol das pretensões de Alexandra. Pelo contrário, *configuraram o problema relativo aos seus direitos patrimoniais à luz do art. 8.º, considerando-o uma parte dos direitos familiares, visão que o Tribunal subscreveu, por considerar que os direitos entre parentes próximos na sucessão intestada – de que Alexandra era excluída pela lei belga, relativamente aos familiares da sua mãe – se encontram intimamente ligados à família.* A este propósito, o TEDH argumentou que, embora os direitos sucessórios não sejam normalmente exercidos até à morte do autor da sucessão, isto não significa que, antes desse momento, uma questão relativa a esses direitos não possa surgir. Na realidade, acrescentou que o planeamento da sucessão será feito antes da morte, nomeadamente através de testamentos e de doações em vida, o que representa uma característica que não pode ser ignorada. Pelo contrário, o Tribunal entendeu que não resulta do art. 8.º que uma criança tenha necessariamente de ter direitos sucessórios na sucessão dos seus pais ou dos seus parentes mais próximos, cabendo aos estados contratantes a escolha quanto aos meios adequados para que todos possam levar uma vida familiar normal e esses direitos não são uma condição essencial dessa vida. Por isso, a conclusão foi no sentido de que as limitações que resultavam da lei belga relativamente aos direitos sucessórios não se encontravam em conflito com a CEDH, desde que considerados independentemente do motivo que lhes subjazia. Assim, a existência de uma limitação à liberdade de uma mãe solteira dispor por testamento em favor da sua filha, bem como o facto de esta não ter direitos sucessórios relativamente aos parentes daquela não se traduziam, por si só, numa violação da Convenção. No entanto, como tais limitações aos direitos sucessórios em causa resultavam da condição de filha ilegítima, não deixava de haver uma discriminação inadmissível, por aplicação conjugada dos arts. 8.º e 14.º.

Por outro lado, no que se refere aos direitos patrimoniais de Paula Marckx, o Tribunal também salientou que o art. 8.º não confere a uma mãe o direito de dispor da totalidade do seu património por doação ou por testamento, visto que tal liberdade não é indispensável para que esta possa levar uma vida familiar normal. Na realidade, o art. 1.º do Protocolo n.º 1 estabelece que «ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional», o que significa que tal limitação é possível em determinadas situações. Desta forma, os estados contratantes serão os únicos juízes da conveniência dessas limitações, nomeadamente no campo da liberdade testamentária. A lei belga seria, no entanto, discriminatória na medida em que as limitações em causa somente se aplicavam às mulheres solteiras. De todo o modo, a decisão neste acórdão está longe de ter sido unânime, como se pode retirar da discordância parcial ou total de um número considerável de juízes e que mostra os preconceitos que o TEDH encontrou no seu próprio seio, quanto à distinção entre filhos legítimos e ilegítimos<sup>2502</sup>.

---

of Human Rights, 2022. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_1\\_Protocol\\_1\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf)

2502. Particularmente acutilante foi a crítica do Juiz Sir Gerald FITZMAURICE, que considerou que o art. 8.º se limita à proteção da denominada «vida domiciliária» dos indivíduos, o que

A doutrina do TEDH no Ac. *Marckx c. Bélgica* quanto à distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, foi seguida no Ac. *Mazurek c. França*, de 1 de fevereiro de 2000. O Tribunal considerou que tinha havido uma violação do art. 1.º do Protocolo n.º 1, conjugado com o art. 14.º, resultante da aplicação das disposições da lei francesa que estabeleciam uma diferença entre os direitos sucessórios dos filhos legítimos e dos filhos ilegítimos. Após as alterações legislativas levadas a cabo pelo legislador francês, em 2001, na sequência do referido acórdão, o TEDH voltou a analisar o problema da discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos naquele país, no Ac. *Fabris c. França*, de 7 de fevereiro de 2013.

Mais uma vez o queixoso era um filho ilegítimo. Em 1970 a sua mãe realizara uma *donation-partage* que não o incluía, tendo a sua filiação sido estabelecida no contexto da uma ação de reconhecimento da maternidade, em 1983. Quando a sua mãe morreu, em 1994, o queixoso não aceitou a proposta dos seus irmãos no sentido de lhe darem o valor equivalente a metade dos direitos sucessórios que lhes cabiam enquanto filhos legítimos, pois pretendia que lhe fossem reconhecidos direitos sucessórios iguais aos dos seus irmãos. Em 1998, o queixoso intentou uma ação de redução da *donation-partage*, para que lhe fossem concedidos os seus direitos à «reserva».

Havia uma Lei Sobre a Filiação de 1972, de 3 de janeiro, que, apesar de ter acabado com as discriminações nos direitos sucessórios dos filhos naturais (nascidos fora de um matrimónio), no art. 14.º, estabelecia que os direitos sucessórios dos filhos adulterinos eram metade dos direitos que cabiam aos restantes filhos e que os direitos sucessórios agora reconhecidos aos filhos naturais e adulterinos por esta lei, não podiam ser invocados para questionar doações anteriores a 1972. Em 2001, a Lei n.º 2001-1135, de 3 de dezembro, revogou os preceitos que estabeleciam

---

implica que estes não sejam incomodados por ruídos de madrugada, ou por intrusões no seu domicílio, tais como buscas e confisco de correspondência. Neste sentido, o pedido das queixosas não teria qualquer relação com este preceito, tratando-se, pelo contrário, de um problema de filiação, ou seja, de estado civil, que exorbitava o seu âmbito. Relativamente à interpretação que o Tribunal fez do art. 1.º do Protocolo n.º 1, o mesmo juiz considerou que não existe no preceito qualquer indicação no sentido da inclusão dos direitos dos sucessíveis ou das regras relativas à liberdade de disposição dos bens. Pelo contrário, teria havido uma dupla suposição por parte do TEDH: em primeiro lugar, ao partir do postulado de que o reconhecimento do respeito pelo direito das pessoas sobre os seus bens implica que a CEDH garante o direito de propriedade; em segundo lugar, ao supor que o direito de a pessoa gozar dos seus bens implica, previamente, o direito de os adquirir por qualquer meio que seja, nomeadamente por via sucessória. Nesta afirmação, o Juiz Sir Gerald Fitzmaurice partiu do pressuposto de que o direito de disposição dos bens por morte não constitui uma consequência lógica do direito de os possuir. Por tudo isto e em suma, o caso *Marckx* não tinha qualquer ligação nem com o art. 8.º da CEDH nem com o art. 1.º do respetivo Protocolo n.º 1. Finalmente, também não estaria em causa um problema de discriminação à luz do art. 14.º, visto que a CEDH não se aplicaria a problemas de filiação e de estado civil e tendo em conta que seria exagerada a afirmação de que a velha distinção entre filhos legítimos e ilegítimos estivesse praticamente ultrapassada. A isto acrescia que deveria ser permitido aos estados contratantes mudar as suas atitudes no seu tempo e da forma que entendessem conveniente, desde que utilizando meios razoáveis.

uma distinção quanto aos direitos sucessórios dos filhos legítimos e ilegítimos. De acordo com as disposições de direito transitório desta lei, a mesma não se aplicaria a sucessões cuja partilha já estivesse encerrada.

No Ac. *Fabris c. França* duas questões se colocaram: por um lado, a de saber se a lei de 2001 que acabou com a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos no plano sucessório, teria revogado o art. 14.º da Lei Sobre a Filiação de 1972, que não permitia que fossem postas em causa doações realizadas antes dessa data. Só se a resposta fosse positiva, poderia ser questionada uma *donation-partage* realizada pela mãe do queixoso em que este foi preterido; por outro lado, colocava-se o problema de saber se a partilha da herança desta se poderia considerar encerrada para efeitos aplicação da referida lei de 1972.

Quanto ao primeiro ponto, aparentemente, em 2001 o legislador francês não pretendera revogar as disposições de direito transitório de 1972 permitindo que fossem questionadas doações anteriores a essa data, estando em causa disposições meramente complementares neste ponto. No que se refere à segunda questão, encontrava-se pendente um pedido de redução da *donation-partage*, pelo que, embora a partilha já se tivesse encerrado, ainda havia um litígio pendente sobre a mesma, sendo, por isso, muito discutível que a mesma já estivesse «encerrada». Após a *Cour de Cassation* ter decidido que as disposições de 1972 ainda estavam em vigor, o que impedia o queixoso de solicitar a redução da *donation-partage* de 1970, o TEDH entendeu que esta interpretação não seria conforme com a CEDH. A *Cassation* entendia que a partilha da herança já se tinha verificado antecipadamente com a *donation-partage* que se teria tornado efetiva com a morte da doadora, em 1994, encerrando-se assim a partilha. O Tribunal salientou que a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos no âmbito dos respetivos direitos sucessórios já tinha sido analisada à luz do art. 8.º da Convenção, isoladamente considerado, no Ac. *Johnston e Outros c. Irlanda*, de 18 de dezembro de 1986 e conjugado com o art. 14.º, no Ac. *Vermeire c. Bélgica*, de 29 de novembro de 1991 e *Brauer c. Alemanha*, de 28 de maio de 2009. Ao que acrescia a análise do problema à luz do art. 1.º do Protocolo n.º 1, no Ac. *Inze c. Áustria*, de 28 de outubro de 1987, no Ac. *Mazurek c. França*, e no Ac. *Merger and Cross*, de 22 de dezembro de 2004<sup>2503</sup>. Por outro lado, a importância da igualdade de tratamento entre os filhos legítimos e ilegítimos constituía um aspecto comum relativo aos diversos Estados-membros do Conselho da Europa e que já estava consolidado. Neste sentido, somente razões ponderosas poderiam justificar uma diferença de tratamento entre ambas as situações.

De todos os argumentos invocados, aquele que nos parece resumir melhor a questão foi avançado pelo Juiz Pinto de Albuquerque no seu voto de concordância quanto à decisão do Tribunal<sup>2504</sup>. De acordo com este juiz português, permitir

2503. Alguns dos quais não iremos analisar pormenorizadamente, atendendo ao caráter sucinto deste texto no contexto da obra em que se insere.

2504. Cfr., em particular, o ponto desse voto intitulado «o legado de Fabris» e as respectivas «conclusões».

que a *Cour de Cassation* se recusasse a aplicar uma lógica de não discriminação no âmbito de sucessões ainda não encerradas seria admitir que um estado que adote legislação na sequência de uma decisão condenatória do TEDH dispõe de um prazo indefinido de transposição das decisões deste Tribunal, ocupando-se somente das decisões futuras. Isto permitir-lhe-ia validar *a posteriori* violações da CEDH. Por isso, os tribunais franceses deveriam ter considerado que o Ac. *Mazurek c. França* prevalecia sobre as disposições transitórias das leis de 1972 e 2001. Para o Juiz Pinto de Albuquerque isto significa que as decisões do TEDH podem ter de ser aplicadas retroativamente se isso for necessário para a plena efetivação dos direitos e liberdades protegidos pela Convenção. *Ou seja, e em suma: nas situações jurídicas «não consumadas», as regras de aplicação da lei no tempo não podem sobrepor-se a uma proibição de não discriminação que resulta da Convenção, embora sejam ditadas por preocupações de segurança jurídica. Diferente será o caso no que se refere a situações jurídicas «consumadas»*<sup>2505</sup>. Trata-se de uma doutrina que o TEDH aplicou igualmente na interpretação de um testamento, no Ac. *Pla e Puncernau c. Andorra*, de 13 de julho de 2004, como veremos adiante<sup>2506</sup>.

2505. Mais especificamente, no Ac. *Fabris c. França*, o Tribunal discordou da afirmação do governo francês de que a negação de direitos sucessórios possa contribuir para reforçar a paz familiar. No entanto, reconheceu que a proteção dos direitos adquiridos poderia servir os interesses da segurança jurídica enquanto valor subjacente à Convenção. Aliás, a propósito de uma sucessão aceite por um filho adulterino, aberta em 1993 e partilhada em 1996 (Ac. *E. S. c. França*, de 10 fevereiro 2009) o Tribunal considerou que não era admissível a ação, por já se ter verificado uma partilha, nos termos das disposições transitórias da lei de 2001, sendo isto conforme com o princípio da segurança jurídica. De facto, «não se poderia exigir que um tribunal anulasse uma partilha livremente aceite devido a um acórdão do Tribunal posterior à dita partilha».

O TEDH entendeu que a vontade de assegurar a estabilidade da partilha operada constitui uma finalidade legítima que justifica uma diferença de tratamento, mas salientou que os meios-irmãos do queixoso sabiam que os seus direitos poderiam ser postos em causa, visto que este tinha um prazo de 5 anos após a morte do doador (1994) para intentar uma ação de redução da *donation-partage* realizada em 1970, ou seja, até 1999, e tal ação já tinha sido intentada em 1998 e ainda estava pendente. Acresce que tais meios-irmãos sabiam da existência do queixoso, pois este tinha visto a sua maternidade judicialmente estabelecida em 1983.

A ação de redução intentada em 1998, e rejeitada pelo juiz nacional em 2007 pesou fortemente na decisão do TEDH neste caso, ao aferir da proporcionalidade da diferença de tratamento em causa. Na verdade, o facto de a ação de redução se encontrar pendente em 2001 (data do Ac. *Mazurek c. França*) implicou a relativização dos direitos dos meios-irmãos do queixoso. Neste sentido, o Tribunal entendeu que o objetivo legítimo de proteção dos direitos sucessórios dos meios-irmãos do queixoso não tinha um peso tal que justificasse o afastamento da pretensão deste último de ver reconhecidos os seus direitos na sucessão materna em condições de igualdade. Por isso, o TEDH concluiu que não existia uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objetivo prosseguido. A diferença de tratamento de que o queixoso foi objeto não tinha, por isso, uma justificação objetiva e razoável havendo, em suma, uma violação do art. 14.º CEDH e do art. 1.º do Protocolo n.º 1. Sobre estes pontos, *Cfr.* os §§ 66-68, 70 e 73 do Ac. *Fabris c. França*.

2506. *Cfr.* o ponto n.º 4.

Ainda quanto ao Ac. *Fabris c. França* são importantes os considerandos que o Tribunal teceu a propósito do art. 1.º do Protocolo n.º 1<sup>2507</sup>. Após salientar que a palavra «bens» referida na primeira parte do preceito tem um significado autónomo, que não se restringe à posse de bens corpóreos, sendo independente das classificações do direito interno dos estados contratantes, o Tribunal acrescentou que outros direitos podem ser considerados «direitos de propriedade» e, por isso, «bens» para efeitos de aplicação do preceito em causa. Neste sentido, embora o preceito não garanta o direito a adquirir bens, nomeadamente através da sucessão intestada ou da sucessão testamentária, a palavra «bens» pode incluir bens presentes, ou pretensões relativamente às quais o queixoso pode argumentar que tem uma «expetativa legítima» de vir a obter o gozo efetivo de um direito de propriedade. *Nesta ideia pode-se incluir, em nossa opinião, a expetativa que caracteriza a posição dos sucessíveis legitimários.* Recorde-se, ainda, a este propósito, que no Ac. *Molla Sali c. Grécia*, de 19 de dezembro de 2018, o TEDH considerou que o interesse da requerente em ser herdeira do seu falecido marido é qualitativamente suficiente para ser considerado um «bem», na aceção do primeiro parágrafo do art. 1.º do Protocolo n.º 1, como teremos oportunidade de ver<sup>2508</sup>.

A intervenção do TEDH na eliminação de discriminações no âmbito do Direito Sucessório também se verificou relativamente ao direito alemão, no Ac. *Brauer c. Alemanha*, de 28 de maio de 2009. O Tribunal considerou que se verificava uma violação do art. 14.º conjugado com o art. 8.º da Convenção, porque a queixosa, não tendo nascido na constância do matrimónio, não pôde gozar dos seus direitos sucessórios. Na sequência desta decisão, a lei alemã foi alterada, tal como aconteceu em França<sup>2509</sup>.

Brigitte Brauer, a queixosa, cidadã alemã, nasceu em 1948 na Antiga República Democrática da Alemanha (RDA). Apesar de não ter nascido na constância do matrimónio, foi imediatamente reconhecida pelo seu pai após o nascimento, com quem sempre manteve contacto, apesar de este viver na República Federal Alemã (RFA). Este não era casado e só tinha parentes afastados com os quais não tinha quaisquer contactos; por outro lado, não tinha mais descendentes. Após a reunificação da Alemanha, o contacto entre ambos tornou-se mais intenso. Após o falecimento do seu progenitor, Brigitte tentou fazer valer os seus direitos sucessórios sem sucesso, pois os filhos nascidos fora do casamento, antes de 1 de julho de 1949, não eram considerados herdeiros, de acordo com o *Nichtehelichengesetz* (*Lei Relativa aos Filhos Nascidos Fora do Casamento*), de 1969. A justificação deste regime legal prendia-se com a dificuldade de prova da paternidade das crianças antes daquela data e pela necessidade de proteger as expetativas legítimas do falecido. Tratava-se de um regime legal considerado compatível com a Constituição pelo Tribunal Constitucional, tanto em 1976, quanto em 1996.

2507. Cfr. os §§ 49-50.

2508. Cfr. o ponto n.º 4.

2509. Essa alteração foi levada a cabo pela *Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung* de 12 de abril de 2011.

A queixosa não conseguia invocar os seus direitos sucessórios de acordo com as regras da RDA, na medida em que o seu pai sempre tinha residido na RFA. Após a reunificação, e com vista a evitar desvantagens para as crianças nascidas fora do casamento num contexto social diverso, tais como Brigitte, foi aprovada uma lei que reconhecia aos filhos nascidos fora do casamento direitos sucessórios semelhantes aos que eram reconhecidos aos filhos nascidos na constância do matrimónio, desde que o seu pai residisse na antiga RDA no momento da reunificação. Após dois recursos, o Tribunal Constitucional rejeitou a pretensão da queixosa, em novembro de 2003. Este considerou que a justificação do regime de 1969 mantinha a sua razão de ser e que isto não deixava de ser verdade só porque os filhos nascidos fora do casamento na antiga RDA, e num contexto social totalmente diverso, tinham agora os mesmos direitos que os filhos nascidos na constância do matrimónio, desde que preenchidos determinados pressupostos.

O TEDH considerou que os argumentos utilizados para justificar o regime legal em causa já não eram válidos, não só relativamente à distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, mas tendo em conta que as dificuldades práticas de determinar a paternidade de pessoas nascidas antes de 1949 já não existiam, devido à possibilidade de utilização de testes de ADN como meio de prova. Na realidade, A *Convenção Europeia Sobre o Estatuto Jurídico das Crianças Nascidas Fora do Casamento*, aprovada em 1975, demonstrava claramente a evolução na matéria em causa no seio dos Estados-membros do Conselho da Europa. Por outro lado, as expetativas legítimas do falecido e da sua família estavam subordinadas ao princípio da igualdade de tratamento entre filhos legítimos e ilegítimos. A isto acrescia que o falecido tinha mantido um contacto próximo com a sua filha Brigitte, mas não tinha qualquer contacto com os seus parentes mais afastados, cujas expetativas não poderiam, por isso, ser invocadas. O reconhecimento de direitos sucessórios aos filhos ilegítimos nascidos na RDA após 1949 teria agravado ainda mais a desigualdade de tratamento relativamente aos filhos nascidos antes daquela data, situação inadmissível à luz da CEDH.

A mesma questão voltou a colocar-se no Ac. *Mitzinger c. Alemanha*, de 9 de fevereiro de 2017, em que os factos eram bastante semelhantes, embora o *de cuius* também tenha deixado cônjuge sobrevivo.

### **3. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO DE FACTO E NO CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO: A INTERVENÇÃO CAUTELOSA DO TEDH**

A tendência para uma harmonização do Direito Sucessório que se vai sentindo na Europa, também se verifica no âmbito do Direito da Família. A *Commission on European Family Law* (CEFL) tem tido um papel fundamental neste âmbito, através da aprovação dos *Principles on European Family Law*, em diversas áreas, que servem como fonte de inspiração para as reformas legislativas nos vários ordenamentos jurí-

dicos europeus<sup>2510</sup>. Em 2019, foram publicados os *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, que incluem disposições relativamente aos direitos sucessórios do companheiro sobrevivo<sup>2511/2512</sup>. Estes princípios demonstram o quanto ainda é preciso evoluir nesta matéria, visto que não refletem o núcleo comum dos ordenamentos jurídicos dos estados contratantes neste âmbito embora se reportem a aspetos tão essenciais quanto o facto de o companheiro sobrevivo ser um sucessível legítimo.

Pode-se questionar se o reconhecimento de direitos sucessórios ao companheiro sobrevivo se prende com os seus direitos fundamentais ou se surge como um reflexo na mudança das estruturas familiares nos países da Europa Ocidental; por isso, a questão não tem sido equacionada à luz do princípio da não discriminação<sup>2513/2514</sup>. No entanto, têm-se verificado algumas intervenções do Tribunal neste âmbito se estiverem em causa casais de pessoas do mesmo sexo, à luz do art. 8.º relativo ao respeito pela vida familiar, embora tal intervenção não seja realizada no quadro da proibição de discriminação do art. 14.º, em articulação com aquelloutro preceito. Existe ainda muita divergência no reconhecimento legal de uniões entre pessoas do mesmo sexo que resulta das escolhas políticas de cada ordem jurídica na Europa ocidental. Por isso, no Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de junho de 2010, o TEDH considerou que a tendência no sentido do reconhecimento legal de relações entre pessoas do mesmo sexo traduz uma área de «direitos em evolução», relativamente à qual não existe consenso, pelo que se enquadra na margem de apreciação dos estados contratantes a escolha quanto ao momento da introdução de medidas para esse efeito. No acórdão em questão estava em causa a possibilidade de casar<sup>2515/2516</sup>.

- 
- 2510. Em Portugal, por exemplo, a reforma no âmbito do divórcio e das responsabilidades parentais, levada a cabo pela Lei n.º 31/2008, de 31 de outubro, foi inspirada pelos princípios elaborados pela CEFL.
  - 2511. Terminologia que nos parece mais adequada do que «unido de facto».
  - 2512. Cfr. BOELE-WOELKI, K. et al., *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 195-228.
  - 2513. Cfr. Viglione, F., «The Influence of Fundamental Rights on the Law of Succession», *op. cit.*, p. 779.
  - 2514. Na realidade, em nossa opinião, atendendo ao pluralismo existente na nossa sociedade, as pessoas devem ter a possibilidade de optar por diferentes modelos familiares, com efeitos jurídicos diversos, nomeadamente no plano sucessório. Por isso, uma *reductio ad unum* está longe de ser aconselhável. Como veremos adiante neste ponto, o problema da discriminação poderá colocar-se naquelas situações em que o casamento não é uma opção, como no caso das uniões de facto de pessoas do mesmo sexo.
  - 2515. Sobre o direito ao casamento na CEDH, Cfr. Antunes, A., «Direito ao casamento I», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), AA. VV., Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1909-1933; e Dias, C., «Direito ao casamento II», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), AA. VV., Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1934-1951.
  - 2516. Susana ALMEIDA considera que a fundamentação do acórdão, bem como o facto de o TEDH ter aceitado, pela primeira vez, que as relações de facto entre pessoas do mesmo sexo constituem «vida familiar» aponta no sentido do “reconhecimento” do casamento

Em 2002, um casal de pessoas do mesmo sexo pretendia casar-se perante as autoridades competentes, o que não era admitido pela lei austriaca. Tendo a questão sido colocada perante o Tribunal Constitucional austriaco, este entendeu que, nem a Constituição Austríaca, nem a CEDH impunham que o conceito de casamento fosse estendido a pessoas do mesmo sexo, ainda que a Convenção protegesse a relações entre tais pessoas. Em 2010, a *Engetragene Partenerschaft-Gesetz* veio permitir às pessoas do mesmo sexo registar as suas relações, embora não lhes reconhecendo direitos exatamente iguais aos que beneficiam os cônjuges (em matéria de adoção, por exemplo). Apesar de o Tribunal ter entendido que o art. 12.º CEDH se aplicava aos queixosos, quanto ao direito ao casamento e também o art. 8.º, configurando as relações entre pessoas do mesmo sexo «relações familiares», não atendeu as suas pretensões.

No Ac. *Oliari e outros c. Itália*, de 21 de julho de 2015, o TEDH seguiu a mesma doutrina, ou seja, considerou que o facto de a ordem jurídica italiana não reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo não constituía uma violação de CEDH, visto que se trata de uma matéria que cabe na margem de apreciação dos estados contratantes. *No entanto, enfatizou que deveria haver alguma forma de reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo, nomeadamente através de uma união civil ou da admissibilidade do registo da sua união de facto, v. g. que lhes assegure direitos sucessórios.*

Neste caso, estava em causa a situação de três casais de pessoas do mesmo sexo, que tinham relações estáveis e que pretendiam casar-se em Itália, não o podendo fazer, na medida em que o Código Civil italiano somente admitia o casamento entre pessoas de sexos diferentes. Tendo a questão sido analisada pelo Tribunal Constitucional italiano, em abril de 2010, este considerou que o direito ao casamento não englobava a situação de pessoas do mesmo sexo só abrangendo o casamento tradicional. O Tribunal Constitucional acrescentou que caberia ao poder legislativo a escolha quanto ao momento e à forma de reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo. O TEDH considerou que os casais de pessoas do mesmo sexo deveriam ser legalmente reconhecidos e protegidos e acrescentou ainda que a proteção concedida na lei italiana aos casais de pessoas do mesmo sexo não lhes assegurava suficiente proteção quando vivessem numa relação estável. Na realidade, embora desde 2013 tais casais pudessem celebrar «acordos de coabitacão», estes tinham um alcance limitado por não regularem aspectos essenciais tais como obrigações de alimentos, direitos sucessórios, etc. Havia, por isso, um conflito entre a realidade social dos queixosos e a sua incapacidade para obter o reconhecimento jurídico dessa realidade e não seria muito oneroso exigir do legislador italiano o reconhecimento e proteção das relações entre pessoas do mesmo sexo. Considerou ainda que uma forma de união civil ou de união de facto registada permitir-lhes-ia ver a sua relação legalmente legitimada e reconhecida, o que seria importante para as pessoas em causa.

---

entre pessoas do mesmo sexo pelo TEDH à luz do art. 12.º CEDH num futuro próximo (Cfr. *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 129 e 424-426).

O Tribunal apontou a existência de uma tendência entre os Estados-membros do Conselho da Europa para o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo, visto que vinte e quatro de entre quarenta e sete já o tinham feito. A isto, acresce que o Tribunal Constitucional italiano também já tinha salientado a necessidade de ser aprovada legislação em Itália para o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Por outro lado, inquéritos recentes mostravam que a maioria da população italiana se mostrava a favor do reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, a lei italiana não protegia devidamente as uniões em causa. O TEDH entendeu, por isso, que havia claramente uma violação do art. 8.º da CEDH.

A doutrina do Ac. *Schalk e Kopf c. Áustria*, foi seguida novamente no Ac. *Aldeguer Tomás c. Espanha*, de 14 de abril de 2016, em que o Tribunal usou um termo de comparação pouco adequado – embora igualmente invocado pelo queixoso, reconheça-se – para «fugir à questão» e não analisar o problema da desigualdade resultante da possibilidade de pessoas de sexos diferentes poderem casar e ter acesso a uma pensão de sobrevivência em caso de morte do cônjuge e isso não ser permitido a casais de pessoas do mesmo sexo (que não puderam beneficiar de uma alteração legislativa posterior em que o seu casamento veio a ser permitido)<sup>2517</sup>.

Tratava-se uma queixa de um cidadão espanhol, António Aldeguer Tomás, que pretendia ter acesso às prestações da segurança social enquanto cônjuge sobrevivo, por ter vivido em união de facto com outra pessoa do mesmo sexo – com a qual nunca lhe foi permitido casar –, por mais de uma década, tendo esta falecido em 2002 e na sequência da admissibilidade do casamento de pessoas do mesmo sexo em Espanha, desde 2005. O TEDH considerou que não existia uma discriminação, visto que a situação em causa não era semelhante à situação invocada pelo queixoso, de reconhecimento dessa pensão de sobrevivência ao companheiro sobrevivo de uma pessoa com quem tinha sido impedido de casar, antes de ter entrado em vigor a lei que veio reconhecer o divórcio em Espanha, em 1981. Mais uma vez, o Tribunal remeteu para a margem de apreciação dos estados contratantes.

Ainda quanto ao problema em análise, assume particular importância o Ac. *Kozak c. Polónia*, de 22 de março de 2010, em que o Tribunal analisou o problema dos direitos sucessórios dos casais de pessoas do mesmo sexo – sucessão no arrendamento – invocando, não só art. 8.º, mas também o art. 14.º da CEDH. No entanto, estava em causa uma união de facto e não um casamento entre pessoas do mesmo sexo e o TEDH não deixou de salientar que a proteção da família no sentido tradicional constitui, em princípio, uma razão de peso legítima para justificar uma diferença de tratamento. De todo o modo, sendo estrita a margem de apreciação dos estados no que se refere à adoção de medidas

2517. Cfr. LAVRYSEN, L., «Aldeguer Tomás v. Spain: a missed opportunity for the court to provide guidance concerning the legal recognition of same-sex relationships», *Strasbourg Observers*, 7 de julho de (2016), disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2016/07/07/aldeguer-tomas-v-spain-a-missed-opportunity-for-the-court-to-provide-guidance-concerning-the-legal-recognition-of-same-sex-relationships/>

que implicam uma diferença baseada na orientação sexual, considerou inaceitável a impossibilidade de sucessão no arrendamento, neste caso, unicamente com base na proteção de tal família tradicional.

Tratava-se da possibilidade reconhecida pela lei polaca de o companheiro sobre-vivo poder continuar no arrendamento da casa de morada de família por morte do outro companheiro em cujo o nome o contrato fora celebrado. Embora existissem diversas dúvidas quanto ao facto de o queixoso ter vivido no apartamento em causa durante um certo período de tempo – visto que tinha havido uma rutura na relação entre ambos e uma reconciliação posterior e porque o queixoso tinha estado no estrangeiro diversas vezes, por períodos de três meses, por motivos profissionais –, o TEDH entendeu que os tribunais polacos centraram a questão fundamentalmente no facto de se tratar de um casal de pessoas do mesmo sexo o que excluía a possibilidade de sucessão no arrendamento em causa. O queixoso invocava secção 8(1) da *ustawa o najmie lokalni meszkalnych i dodatkach mieszaniowych* (*Lei Sobre a Utilização de Instalações Residenciais e Subsídios de Habitação*), de julho de 1994, nos termos do qual uma pessoa sucedia no arrendamento pelo preenchimento dos seguintes requisitos: a) ter uma relação próxima com o arrendatário falecido por laços de sangue, adoção ou união de facto «marital»; b) ter residência permanente com o arrendatário até à morte deste; c) não ter renunciado a este direito perante o senhorio; d) não ter direito a outro apartamento no momento da morte do arrendatário. O tribunal de primeira instância considerou que a relação entre o falecido e o queixoso tinha terminado um ano e meio antes da morte daquele e que a relação entre ambos não poderia ser vista como uma união de facto, tendo em conta que o art. 1§ 1 do *Kodeks rodzinny i opiekunczy* (*Código de Família e de Custódia*), só reconhecia o casamento entre homens e mulheres. Esta decisão foi confirmada em sede de recurso, tendo sido salientado pelo tribunal que o direito polaco não reconhece as relações entre casais do mesmo sexo e que o princípio da igualdade, com consagração constitucional, não tem caráter absoluto e conhece exceções com vista a proteger outros direitos e instituições, tais como a família e o casamento entre homens e mulheres. A lei de 1994 foi alterada em 2001, passando a matéria a figurar no Código Civil polaco, cujo art. 691.<sup>º</sup> estabelece que sucede no arrendamento aquele que vivia em união de facto com o falecido, eliminando-se qualquer referência à palavra «marital». Para o TEDH, este aspecto demonstrava que não havia nenhuma razão para o regime anterior que procedia a uma distinção em função do sexo dos membros do casal.

*Refira-se ainda o Ac. Vallianatos e Outros c. Grécia, de 7 de novembro de 2013, em que o TEDH analisou, igualmente, o problema à luz dos arts. 8.<sup>º</sup> e 14.<sup>º</sup> da CEDH, que considerou terem sido violados.*

Neste caso, a Lei n.º 3719/2008 introduziu na Grécia uma «união civil» com efeitos, nomeadamente, em matéria de obrigação de alimentos e de direitos sucessórios. No entanto, esta lei não se aplicava a casais de pessoas do mesmo sexo, que ficavam, por isso, excluídos desses efeitos. Os argumentos invocados pelo governo grego não foram considerados convincentes pelo TEDH, *v. g.* o de que tais casais

poderiam recorrer aos meios contratuais para obterem efeitos semelhantes. A ação foi intentada por diversos casais de pessoas do mesmo sexo que viviam ou já tinham vivido juntos sem terem, no entanto, colocado a questão perante os tribunais gregos. Por isso mesmo, no seu voto de discordância parcial, o juiz Pinto de Albuquerque entendeu que não tinham sido esgotadas as instâncias nacionais para que a ação pudesse ser colocada perante o TEDH. Este analisou, por isso, em abstrato a lei grega, coisa que a CEDH não permite, tendo funcionado como uma espécie de «Tribunal Constitucional Europeu» e como «legislador positivo».

Em suma, nesta matéria a intervenção do TEDH é cautelosa, apenas analisando o problema dos direitos sucessórios dos casais de pessoas do mesmo sexo na perspetiva do art. 8.º conjugado com o art. 14.º nas situações de união de facto, embora não relativamente ao casamento. Recorde-se que a sucessão no arrendamento pode ser vista como um verdadeiro direito sucessório, ainda que esteja em causa um fenómeno de «sucessão anómala». Trata-se de uma abordagem merece algumas críticas na doutrina, que nos parecem ajustadas<sup>2518</sup>.

#### **4. DISCRIMINAÇÃO NOS DIREITOS SUCESSÓRIOS POR MOTIVOS RELIGIOSOS E NA INTERPRETAÇÃO DOS TESTAMENTOS: TENDÊNCIA «EXPANSIONISTA» DO TEDH?**

No recente Ac. *Molla Sali c. Grécia*, de 19 de dezembro de 2018, o Tribunal analisou um problema de discriminação por motivos religiosos no contexto sucessório. O testamento que instituía a queixosa como herdeira universal do seu marido foi considerado totalmente nulo pelas autoridades gregas, por a sucessão deste se encontrar sujeita à lei islâmica.

As duas irmãs do autor da sucessão impugnaram o testamento alegando que, na medida em que o seu irmão pertencia à comunidade muçulmana, todas as questões relativas ao seu patrimônio se encontravam sujeitas à lei religiosa islâmica e à jurisdição do *mufi* e não ao Código Civil grego. Para isso evocaram dois tratados dos anos 20 onde se estabelecia a aplicabilidade dos costumes islâmicos e da lei religiosa islâmica aos muçulmanos de nacionalidade grega. Após o reenvio feito pelo tribunal de cassação o tribunal de recurso considerou que a sucessão do marido da requerente se encontrava sujeita à lei religiosa islâmica e que, consequentemente, o testamento por ele feito não tinha qualquer efeito jurídico, por não respeitar as formalidades necessárias.

O TEDH entendeu que a natureza do interesse patrimonial da queixosa em ser herdeira do seu falecido marido era qualitativamente suficiente para ser considerada

2518. Cfr. VIGLIONE, F., «The Influence of Fundamental Rights on the Law of Succession», *op. cit.*, p. 781. Para o autor, o Tribunal abstém-se de funcionar como impulsionador da mudança nesta matéria, esquecendo-se, talvez, pelo caminho de que todo um outro conjunto de discriminações e proibições que hoje consideramos inaceitáveis, *v. g.* proibição do casamento inter-raciais, discriminação entre homens e mulheres ou por motivos religiosos, foi justificado historicamente com base em fundamentos culturais e sociológicos.

um «bem» no âmbito art. 1.º do Protocolo n.º 1. Para o Tribunal, na medida em que o marido da queixosa, membro da comunidade muçulmana da Trácia, realizou um testamento de acordo com as disposições do Código Civil grego, este esperava que, com a sua morte, a sua última vontade fosse respeitada, tal como esperaria qualquer outro cidadão grego. Neste sentido, a decisão do tribunal de cassação ao entender que a lei islâmica era a lei aplicável à sucessão do marido da queixosa colocou-a numa posição diferente da posição de qualquer mulher casada beneficiária de um testamento outorgado por um marido não-muçulmano. Ou seja, em virtude da religião do testador a queixosa foi objeto de um tratamento diferente.

O Tribunal não se deixou convencer pelo argumento utilizado pelo governo grego de que, de acordo com a jurisprudência do tribunal de cassação consolidada ao longo dos anos, a diferença de tratamento em causa era justificada pela proteção da minoria muçulmana da Trácia, o que correspondia a um interesse público do Estado. Por outro lado, entendeu que a aplicação da lei islâmica em causa produziu consequências nefastas na espera patrimonial da requerente, privando-a de três quartos da herança. A posição do tribunal de cassação em casos deste género teria como principal consequência a ineficácia legal dos testamentos realizados por cidadãos gregos de fé muçulmana, porque esta lei só reconhece como válidos os testamentos islâmicos ou, na falta destes, a sucessão intestada. Apesar de a Grécia se ter vinculado a respeitar os costumes da maioria muçulmana através de dois tratados nos anos 20, o tribunal concluiu, pela análise dos mesmos, que estes não impunham à Grécia a aplicação da lei islâmica. A isto acrescentou que várias instituições internacionais já haviam manifestado uma preocupação quanto à aplicação da lei islâmica aos muçulmanos gregos na região ocidental da Trácia, sublinhando que a mesma originava situações de discriminação para as mulheres e para as crianças relativamente aos homens, e também em relação aos cidadãos gregos não muçulmanos.

Porque o falecido marido da recorrente tinha optado por fazer o seu testamento de acordo com a lei grega, o Tribunal salientou que *recusar a indivíduos pertencentes a uma minoria religiosa o direito de optar por beneficiar da lei ordinária constitui, não só um tratamento discriminatório, mas também a violação de um direito fundamental no âmbito da proteção das minorias. Estaria em causa a vertente negativa desse direito, ou seja, o direito de escolher não ser tratado como membro de uma minoria.* Apesar de, em 2018, a Grécia ter abolido as normas especiais que impunham o recurso à lei islâmica para a resolução de problemas de Direito da Família e de Direito Sucessório dentro da minoria muçulmana, as disposições da nova lei não eram aplicáveis à situação da requerente pelo que não alteravam a situação de discriminação quanto a esta. Estava, por isso, em causa uma diferença de tratamento que não era, nem objetiva, nem razoavelmente justificada.

Esta decisão não esteve isenta de críticas, nomeadamente a de que revela uma tendência «expansionista» do TEDH ao interferir nas relações entre privados. Na realidade, houve quem entendesse que havia uma certa arbitrariedade na mesma,

na medida em que, se a lei islâmica aplicada fosse mais benéfica para a queixosa, provavelmente o Tribunal teria sustentado a sua aplicação<sup>2519</sup>. Estava, por isso, em causa a proteção dos interesses desta e não propriamente a proibição de discriminação da CEDH. Nesta perspetiva, ao optar pelos interesses da viúva, o Tribunal privou as irmãs do falecido de uma parte da herança que a lei islâmica lhes reconhece, ao contrário do que acontece na lei grega. O Tribunal aplicou um raciocínio de não discriminação num sistema plurilegalitivo com direitos interpessoais, que não podem ser comparados entre si, pois isso significaria comparar realidades totalmente diferentes. Embora tenha procurado salvaguardar a última vontade do testador, aparentemente não estaria em causa uma violação de direitos fundamentais, mas um conflito entre privados. Não significa isto que a lei islâmica em causa não pudesse conter outras disposições dignas de reprovação à luz da CEDH, mas não era o caso nesta situação. Por outro lado, houve quem apontasse que o Tribunal decidiu «não decidir», tendo perdido uma oportunidade de fazer uma análise muito mais abrangente dos direitos em conflito tendo em conta que foi a primeira vez que aferiu da compatibilidade de um regime legal aplicável a uma categoria de pessoas de certa religião, num ordenamento plurilegalitativo, e a CEDH<sup>2520</sup>.

Embora compreendamos o teor destas críticas, o TEDH considerou que ao falecido não era concedida a possibilidade de realizar um testamento de acordo com uma lei «laica» e não «religiosa», o que teve um impacto direto nos direitos sucessórios da sua viúva. De qualquer forma, *a questão não era isenta de dúvidas, pois o autor da sucessão poderia sempre realizar um testamento segundo a lei islâmica. Constituirá isto uma discriminação digna da intervenção do TEDH, quando este hesita em afirmar que a ausência de reconhecimento do casamento de pessoas do mesmo sexo é discriminatória?*

Por outro lado, a tendência «expansionista» do Tribunal denota-se, claramente, no Ac. *Pla e Puncernau c. Andorra*, de 13 de julho de 2004 que teve como consequência temerária a substituição do subjetivismo na interpretação do testamento, por uma interpretação objetivista e atualista do mesmo, realizada à luz da CEDH<sup>2521</sup>. Em vez de procurar o consenso europeu na matéria<sup>2522</sup>, como usual, o TEDH contrariou a posição dos estados contratantes relativamente à interpretação subjetivista dos negócios de última vontade, que gera consenso, com divergências meramente quanto à admissibilidade da prova complementar<sup>2523</sup>. Tratava-se de saber se na expressão

2519. As críticas são apontadas por BERGER, M., «The last Sharia Court in Europe: on Molla Sali V. Greece (ECHR 2018)», *Journal of Islamic Law*, (Spring 2020), pp. 115-134, especialmente pp. 124 e ss.

2520. *Cfr.* ARAÚJO, M.; CONCEIÇÃO, A, «The Sharia Law and the jurisdiction of the Mufti in the European space», *Lusíada. Direito*, 19, (2018), 1, pp. 57-67, em particular, p. 66.

2521. *Cfr.* o § 62 do acórdão.

2522. Sobre a interpretação evolutiva e consensual da CEDH, *Cfr.* Almeida, S., *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 55-56.

2523. Ponto salientado por VIGLIONE, F., «The Influence of Fundamental Rights on the Law of Succession», *op. cit.*, pp. 788-789. O autor salienta que esta posição traduz uma limitação à própria liberdade de testar que surge em contracírculo com a tendência de evolução do Direito Sucessório contemporâneo.

«um filho ou neto de um matrimónio canónico e legítimo» que identificava o fideicomissário designado pelo testador, este teria pretendido incluir os filhos adotivos, tendo os tribunais andorranos concluído que não, com exaustiva argumentação. O carácter «não consumado» da sucessão em causa, atendendo à vocação sucessiva do fideicomissário, permitiu ao TEDH aplicar a CEDH a esta sucessão, tal como ocorreu no Ac. *Fabris c. França*.

Os factos eram os seguintes: em 1949, faleceu Carolina Pujol, viúva de Francesc Pla Guash, tendo deixado três filhos: Francesc-Xavier, Carolina y Sara. Em 1939, Carolina Pujol fez um testamento com uma substituição fideicomissária, em que instituía como fiduciário, na qualidade de herdeiro, o seu filho Francesc-Xavier, e substitutos diretos do mesmo, também na condição de fiduciários, para o caso de este não poder aceitar a herança, a sua irmã Carolina e, se esta não pudesse aceitar, o seu sobrinho Josep Antoni Serra Pla, filho de Sara. Como fideicomissário indicou «um filho ou neto de um matrimónio canónico e legítimo» daquele que chegasse a ser herdeiro. Se isto não acontecesse, os fideicomissários seriam os filhos e os netos dos substitutos diretos. Francesc-Xavier casou catolicamente com a Sr.<sup>a</sup> Roser, a segunda queixosa, e o casal adotou plenamente um menino, chamado Antoni, em 1969. Posteriormente adotaram uma menina. Em 1995, Francesc-Xavier fez um testamento legando algum dinheiro ao seu filho Antoni e à sua filha e instituindo a sua esposa, Roser, como herdeira no remanescente do seu património. Num codicilo, ainda em 1995, Francesc-Xavier deixou os bens que tinha herdado no testamento da sua mãe ao seu filho adotivo Antoni. Francesc-Xavier faleceu em novembro de 1996 e o codicilo foi aberto no mesmo mês. Assim, os potenciais herdeiros de Carolina Pujol Oller eram Antoni Pla Puncernau e a sua mãe Roser (cônjuge sobrevivo de um dos filhos da testadora e respetivo filho adotivo, neto, embora não biológico, da testadora), e as duas irmãs, Carolina e Immaculada Serra Areny (bisnetas da testadora).

O TEDH considerou-se legitimado para intervir por considerar que as autoridades andorranas tinham interpretado o testamento de um modo irrazoável, arbitrário e incompatível com a proibição de não discriminação (art. 14.º). No entanto, aparentemente confundiu uma discriminação realizada pelos tribunais com uma diferenciação pretendida pela testadora. Ao defender os direitos dos queixosos, restringiu também liberdade testamentária reconhecida pela Convenção e pelos seus Protocolos à testadora. Por isso, discordando da decisão, os juízes Sir Nicolas Bratza e Garlicki entenderam que só excepcionalmente se poderia verificar uma violação da CEDH através de uma disposição testamentária, quando a mesma estiver em contradição flagrante com os ideais fundamentais da CEDH ou quando tiver como finalidade a destruição dos direitos e liberdades nela reconhecidos. A decisão foi objeto de diversas críticas na doutrina<sup>2524</sup>.

2524. Sobre este acórdão em particular, *Cfr.* o nosso texto «Proibição de discriminação e liberdade testamentária», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), AA. VV., Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol. II, *op. cit.* pp. 1973-1995. De uma forma mais genérica sobre a articulação entre a liberdade testamentária e o

*Terá o TEDH medido o alcance da sua decisão, permitindo a todos os males pessoais «encontrar o seu caminho até Estrasburgo», com eventuais consequências desastrosas para a autonomia privada<sup>2525/2526?</sup>*

## 5. CONCLUSÃO

Embora terminemos a nossa análise num tom crítico quanto a estes últimos acórdãos, não significa isto que a intervenção do TEDH no quadro dos direitos sucessórios seja de menosprezar. Este tem tido um papel fundamental como garante de tais direitos, clarificando o seu enquadramento jurídico à luz da CEDH, por vezes avançando demasiado, outras, com hesitações, mas sempre como peça essencial na garantia dos direitos fundamentais na Europa. De outro modo, a quem poderiam recorrer as vítimas, perante manifestas injustiças que, infelizmente, ainda ocorrem por atuação das autoridades nacionais<sup>2527?</sup>

---

princípio da igualdade, *Cfr.*, igualmente da nossa autoria, «A (ir)relevância do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória», in AA. VV., Atas das Jornadas Internacionais «Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares», Escola de Direito da Universidade do Minho e Centro de Investigação em Justiça e Governação (2020), disponível como livro digital em <http://bit.ly/atas-ji-irrf-dwl>, pp. 245-288.

2525. As palavras citadas no texto são de Richard KAY, «The European Convention on Human Rights and the control of private law», *op. cit.*, p. 472 e a advertência é de CHEREDNY-CHENKO, «Towards the Control of the Private Acts by the European Court of Human Rights?», *op. cit.*, p. 207. Pelo contrário, Susana ALMEIDA aplaude a regra hermenêutica que resulta deste acórdão (cf. La familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 374).
2526. A decisão já teve ecos na jurisprudência europeia, *Cfr. v. g. Hand v. Goerge* [2017] EWCH 533 (Ch), disponível em: [https://www.familylaw.co.uk/news\\_and\\_comment/hand-and-another-v-george-and-another-2017-ewhc-533-ch](https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/hand-and-another-v-george-and-another-2017-ewhc-533-ch)
2527. *Cfr.*, por exemplo, as decisões absurdas das autoridades romenas analisadas pelo TEDH no Ac. *Zaiet c. Roménia*, de 24 de março de 2015, ao ter condenado aquele país, por violação do art. 8.º CEDH e do art. 1 do Protocolo n.º 1, por ter anulado a adoção da queixosa que foi questionada pela sua irmã, após o falecimento da respetiva mãe, para não ter de dividir com esta cinco hectares de floresta que lhes foram atribuídos na sucessão materna. O TEDH considerou que a anulação da adoção não tinha atendido nem aos interesses da adotante nem aos interesses da adotada. Pelo contrário, a principal consequência da mesma teria sido uma quebra dos laços familiares da adotada com a sua mãe já falecida e a perda dos seus direitos sucessórios em benefício da sua irmã. Na perspetiva do Tribunal o objetivo das regras de adoção será servir os interesses da criança e a anulação da mesma não pode ser vista como uma medida contra a adotada, nem pode ser interpretada no sentido de deserdar uma criança adotada, dezoito anos após a morte da sua mãe adotiva e trinta e dois anos após a adoção ser decretada.

## *Capítulo 35*

# Interpretación evolutiva de los Tratados Regionales de Derechos Humanos: Derechos Reproductivos — Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

OZANA OLARIU<sup>2528</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA COMO HERRAMIENTA HERMENÉUTICA. 3. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El principio de *pacta sunt servanda* es una de las piedras angulares del derecho internacional de los tratados. Por muy claras que sean las disposiciones de los tratados, incluidos los tratados de derechos humanos, será necesario concretarlas más: «Las normas que en un principio parecen suficientemente claras, pueden resultar ambiguas a la luz de casos o circunstancias imprevistos»<sup>2529</sup>. Lejos de ser estáticos, los tratados internacionales de derechos humanos son instrumentos jurídicos dinámicos. Entre la búsqueda de estabilidad en la aplicación de las disposiciones a lo largo del tiempo, la consecución del objeto y fin del tratado en circunstancias cambiantes

- 
2528. Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada., España. Correo electrónico de contacto: ozana@ugr.es
2529. Thirlway, H. W. A., *International Customary Law and Codification*, Sijthoff, Leiden, 1972, pp. 125-146. As in: International Law Commission, Sixty-second Session (2010), ILC(LXII)SG/TOT/INFORMAL/1, p. 1. Introductory report presented by Nolte, G. to the Study Groups on Treaties over Time, *Jurisprudence of the International Court of Justice and arbitral tribunals of ad hoc jurisdiction relating the subsequent agreements and the subsequent practice*.

y la evolución posterior, surgen dificultades como consecuencia de la ausencia de un poder legislativo centralizado en el derecho internacional. A ello se suma la falta de una jerarquía establecida entre los instrumentos jurídicos internacionales. Es precisamente en las lagunas entre las fuentes del derecho internacional, en particular en la aplicación del derecho de los tratados y del derecho consuetudinario, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CV), donde se centra el debate sobre la interpretación evolutiva de los tratados regionales de los derechos humanos y sus elementos condicionantes.

La Comisión de Derecho Internacional concluyó su Informe sobre la Fragmentación del Derecho Internacional (CDI), que incluían análisis de las reglas de interpretación de los tratados, sugiriendo la aplicación diferencial de diversos medios de interpretación en «regímenes autónomos»<sup>2530</sup>, poniendo de manifiesto que en el ámbito de la adjudicación internacional, los tribunales han aplicado diversas normas de interpretación para abordar el efecto del paso del tiempo sobre las disposiciones de los tratados. La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos a lo largo del tiempo supone un reto adicional para el poder judicial. La aparición de escenarios fácticos imprevistos diferentes a los reconocidos cuando se redactó el tratado y la ampliación de las normas relativas a ciertas garantías, junto con la necesidad de proteger los derechos individuales y colectivos, han implicado enfoques que van más allá de las reglas de interpretación de la CV. Los tribunales internacionales de derechos humanos de carácter regional han incluido en su jurisprudencia varios enfoques de interpretación de los tratados que contrastan con el enfoque sugerido por las conclusiones de la CDI sobre la interpretación de los tratados en regímenes autónomos, y se asemejan a las reglas de interpretación del derecho internacional general para la protección de los derechos y garantías fundamentales.

La celebración del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma)<sup>2531</sup>, de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José)<sup>2532</sup> y de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>2533</sup> constituyen los principales hitos en el proceso de codificación regional

- 
2530. International Law Commission, Sixty-second Session (2010), ILC(LXII)SG/TOT/INFOR-MAL/1, p. 1. Introductory report presented by Nolte, G. to the Study Groups on Treaties over Time, *Jurisprudence of the International Court of Justice and arbitral tribunals of ad hoc jurisdiction relating the subsequent agreements and the subsequent practice*, párr. 3.
2531. BOE de 10 de octubre de 1979. 2 Organización de Estados Americanos, Serie sobre Tratados, núm. 36. 3 Estos tratados regionales representan una manifestación del papel esencial que ejercen los derechos humanos en la sociedad internacional contemporánea: véase Carrillo Salcedo, J. A., «Permanencia y cambios en Derecho Internacional», Cursos Euromediterráneos Bancaria de Derecho Internacional, vol. III, 1999, pp. 223-281, pp. 244 y 247.
2532. Véase HENNEBEL, L & TIGROUDJA, H: *Commentary of the American Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2022.
2533. La Carta Africana se encuentra impresa en HEYNS, C., *Human Rights Law in Africa*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 111-115. Distintos autores han analizado la Carta

de las normas relativas a la protección internacional de los derechos humanos. Los tres tratados regionales de derechos humanos, aparte de incluir un extenso catálogo de derechos y libertades fundamentales, establecen órganos judiciales – el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal Europeo), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Corte Interamericana) y la Corte Africana de Derechos Humanos (CADH o Corte Africana) –y quasi-judiciales– la Comisión Americana De Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos – cuya misión principal es la de interpretar las disposiciones contenidas en dichos tratados, y pronunciarse sobre el cumplimiento, por parte de sus Estados Parte, de sus obligaciones internacionales.

Unos tribunales que, si bien presentan importantes diferencias en su naturaleza, organización y funcionamiento<sup>2534</sup>, con carácter general vienen desarrollando una intensa actividad de protección de los derechos humanos en la estructura institucional del sistema internacional<sup>2535</sup>. El presente capítulo analiza la forma en que estos tribunales han utilizado la noción de consenso para interpretar

Africana, entre ellos, UMOZURIKE, U. O., «The African Charter on Human and Peoples' Rights», *The American Journal of International Law*, Vol. 77, N°. 4, 1983, pp. 902-912; GITTLEMAN, R., «The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis», *Virginia Journal of International Law*, 1981, Vol. 22, pp. 667-714; BERMEJO GARCÍA, R., «Los derechos humanos en África», *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 28, pp. 18-37; Cfr. HEYNS, C., «La Carta Africana de Derechos humanos y de los Pueblos» en GÓMEZ ISA, F. (Dtor.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 595-620.

2534. Véase Cartes Rodriguez, Juan Bautista, *El Sistema Africano de derechos humanos y de los Pueblos: evolución, innovaciones y desafíos*, 45-86, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia San Sebastián*, Volumen XXI, 2022.
2535. El TEDH, la CIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han ejercido esta tarea empleando a menudo una concepción abierta y complementaria que reconoce, adapta y aplica los desarrollos ya establecidos previamente en el otro subsistema regional de protección de los derechos humanos. Confróntense, por ejemplo: *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala, Fondo, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63, párrs. 170 y 176; Stoll v. Switzerland [GC], núm. 69698/01, § 111, TEDH 2007; Scoppola v. Italy (núm. 2) [GC], núm. 10249/03, § 105, TEDH 2009; y Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») v. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 257, párrs. 234-242*. Véanse en la doctrina, por orden de publicación: GROS ESPIELL, H., «La Convention Européenne et la Convention Americaine des Droits de l'Homme. Analyse Comparative», *Recueil des Cours*, t. 218, 1989-IV, pp. 171-411, pp. 241-293 y 337-375; CAFLISCH, L. y CANÇADO TRINDADE, A. A., «Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 108, 2004, núm. 1, pp. 5-62, pp. 6-31; SALADO OSUNA, A., «La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección», en RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J. y PÉREZ VERA, E. (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 1251-1271, pp. 1258-1270; y HENNEBEL, L., *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 450, 479, 499 y 509-510.

evolutivamente aquellos tratados regionales de derechos humanos. Se analizan las nociones de consenso y margen de apreciación en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y el desarrollo normativo y se examina la evolución de la protección de los derechos reproductivos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 2. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA COMO HERRAMIENTA HERMENÉUTICA

### 2.1. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Esta sección examina el concepto de interpretación evolutiva en la jurisprudencia internacional. La interpretación de los tratados internacionales se desarrolla a través de los métodos tradicionalmente reconocidos por la práctica internacional clásica, como el textual, el contextual o el teleológico, que fueron codificados y recogidos en los arts. 31 a 33CV. No figura enunciado expresamente en estos preceptos, en cambio, un método evolutivo, es decir, que establezca criterios específicos para adaptar la interpretación de los tratados internacionales en el tiempo.

Ni la CDI ni la Conferencia de Viena se mostraron entusiastas por incorporar este método al texto definitivo del Convenio de Viena<sup>2536</sup>. Este expediente se aborda de cierta manera en el art. 31.3 CV que establece la posibilidad de interpretar un tratado internacional al calor de los acuerdos posteriores que hubieran alcanzado los sujetos partes sobre su interpretación o aplicación, en virtud de la práctica posterior seguida por éstos o por remisión a otras normas de Derecho internacional aplicables

---

2536. La propuesta realizada por el ponente Gerald Fitzmaurice en su proyecto de art. 70 consagraba el principio de contemporaneidad inspirándose en el Caso de la Isla de Palmas, en virtud del cual «Los términos de un tratado deben interpretarse conforme al sentido que tuvieren o se les hubiere atribuido, y teniendo en cuenta el uso corriente de las palabras desde el punto de vista lingüístico, en la época en que se concluyó inicialmente el tratado»: véase Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1964, vol. II, p. 54. En aquella controversia suscitada entre los Países Bajos y los Estados Unidos de América el árbitro Max Huber señaló que «A juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not in of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled»: véase Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 829, p. 845. Durante los debates en el seno de la CDI varios miembros pusieron de manifiesto sus reticencias a otra propuesta del ponente, que daba más protagonismo al criterio de interpretación basado en la práctica posterior de las partes. Entre las razones argüidas, consideraban que no se había establecido una delimitación clara entre la práctica posterior de las partes como criterio de interpretación y su posible utilización como instrumento para modificar el tratado. Véanse en el Yearbook of the International Law Commission, 1964, vol. I: p. 294 (Castrén, párr. 38); p. 305 (Verdross, párr. 35); p. 305 (De Luna, párr. 36); p. 306 (Pal, párr. 41); y p. 306 (Yassen, párr. 306).

entre las partes<sup>2537</sup>. Asimismo, no puede obviarse que la interpretación evolutiva se encuentra íntimamente ligada al método de interpretación teleológico<sup>2538</sup>.

Pese al protagonismo concedido durante el período codificador posterior a la Segunda Guerra Mundial al principio de contemporaneidad, varios precedentes confirman la incipiente utilización de la interpretación evolutiva en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia<sup>2539</sup>. La interpretación evolutiva también se ha invocado en el arbitraje interestatal, en el *Caso sobre la Laguna del Desierto*, donde el órgano arbitral recurrió a los avances experimentados en el conocimiento científico de la geografía para delimitar con más precisión la posición jurídica de las partes en el procedimiento<sup>2540</sup>. Otros tribunales internacionales de carácter secto-

- 
- 2537. Tzevelekos, V. P., «The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology? Between Evolution and Systemic Integration», *Michigan Journal of International Law*, 2010, pp. 621-690.
  - 2538. Fitzmaurice, M., «Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I», *Hague Yearbook of International Law*, 2008, pp. 101-153, pp. 115-117.
  - 2539. La CIJ ha invocado este criterio hermenéutico para interpretar si el concepto de «controversia» previsto en un tratado bilateral celebrado entre Marruecos y los Estados Unidos de América en el año 1936 se refería a los litigios de carácter civil y/o penal: véase *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, p. 189. Asimismo, al indagar sobre su jurisdicción en el Caso de la plataforma continental del mar Egeo, la Corte afirmó que debía interpretar una reserva efectuada por Grecia a un tratado internacional a la luz de las normas internacionales vigentes en el momento de la controversia y no cuando se formuló la reserva, esto es, que «*in interpreting and applying reservation (b) with respect to the present dispute the Court has to take account of the evolution which has occurred in the rules of international law concerning a coastal State's rights of exploration and exploitation over the continental shelf*»: véase *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 3, párr. 80. Y en el Caso de la controversia sobre los derechos de navegación y los derechos conexos la CIJ afirmó que al incluir un término o concepto de carácter genérico en un tratado internacional con vocación de permanencia las partes debieron haber presumido que su significado variaría con el tiempo y, en esta línea de principio, interpretó el concepto de «comercio» previsto en un tratado bilateral celebrado entre Nicaragua y Costa Rica en el año 1858 ajustando su significado al momento en que se produjo la controversia. En palabras de la Corte «*it is indeed in order to respect the parties common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied*»: véase *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, párr. 64. Véanse en el mismo orden de ideas: *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, párrs. 53-54; *Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, párr. 112; y *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, párr. 204.
  - 2540. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXII, p. 3, párr. 157. En otro arbitraje interestatal, el tribunal, llamado a interpretar el art. XII del Tratado de separación de los territorios de Bélgica y los Países Bajos celebrado en el año 1839, manifestó que «*In the present case it is not a conceptual or generic term that is in issue, but rather new technical developments*

rial, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM)<sup>2541</sup> o el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY)<sup>2542</sup>, vienen asimismo aplicando esta interpretación evolutiva. Así las cosas, puede afirmarse que no es infrecuente el recurso a la interpretación evolutiva para interpretar las normas internacionales de carácter convencional, especialmente aquellas normas como los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales o los tratados de carácter normativo como el Convenio de Roma o el Pacto de San José que, por su propia naturaleza<sup>2543</sup>, requieren ser interpretadas de tal forma que los compromisos allí establecidos puedan adaptarse en todo momento a la realidad del grupo social donde se aplican<sup>2544</sup>.

## 2.2. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE ÁMBITO REGIONAL

Los tratados regionales de derechos humanos examinados en este trabajo presentan un carácter absoluto<sup>2545</sup>. Como recordara el propio TEDH en uno de sus primeros precedentes, *Irlanda c. Reino Unido*<sup>2546</sup>, son acuerdos que establecen obli-

---

relating to the operation and capacity of the railway. But here, too, it seems that an evolutive interpretation, which would ensure an application of the treaty that would be effective in terms of its object and purpose, will be preferred to a strict application of the intertemporal rule»: véase Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine («IJzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Decisión de 24 de mayo de 2005, párr. 80 (en Reports of International Arbitral Awards, vol. XXVII, p. 35).

2541. El TIDM señaló a propósito de la consideración del principio de precaución como parte del DI consuetudinario que «The adoption of higher standards [...] would seem to indicate that [...] member States of the Authority have become convinced of the need for sponsoring States to apply best environmental practices in general terms so that they may be seen to have become enshrined in the sponsoring States obligation of due diligence»: véase Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), Opinión consultiva de 1 de febrero de 2011, párr. 136.
2542. Con el fin de realizar una interpretación extensiva del concepto de violación en el contexto de los delitos sobre los que tiene competencia, señaló este tribunal que «a trend can be discerned in the national legislation of a number of States of broadening the definition of rape so that it now embraces acts that were previously classified as comparatively less serious offences [...]. This trend shows that at the national level States tend to take a stricter attitude towards serious forms of sexual assault»: véase Prosecutor v. Anto Furundija, núm. IT-95-17/1, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 179.
2543. Bernhardt, R., «Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights», German Yearbook of International Law, vol. 42, 1999, pp. 11-26, p. 23; y Distefano, G., «L'interprétation evolutive de la norme internationale», Revue Générale de Droit International Public, tomo 115, 2011, núm. 2, pp. 373-396, p. 381
2544. Ripoll Carulla, S., El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 31-32.
2545. Pastor Ridruejo, J. A., «Droit international et droit international des droits de l'homme - Unité ou fragmentation?», en VVAA, Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 537-549, p. 541.
2546. Irlanda c Reino Unido, 18 de Enero de 1978, párr 238.

gaciones que los Estados partes no pueden derogar o exceptuar de manera discrecional, sino únicamente en los casos expresamente previstos<sup>2547</sup>. Aunque se trata de instrumentos internacionales sometidos al Derecho Internacional general<sup>2548</sup>, su especial naturaleza jurídica nos invita a reflexionar si al interpretarlos resulta necesario utilizar los criterios establecidos por el CV de alguna manera particular<sup>2549</sup>. El examen de la práctica pone de relieve cómo el TEDH ha admitido desde un principio su preferencia por la aplicación de criterios hermenéuticos que no restrinjan las obligaciones que corresponden a los Estados<sup>2550</sup> y garanticen la consecución del objeto y fin del tratado en beneficio de los particulares<sup>2551</sup>. La CIDH también ha avalado el recurso a este método de interpretación de carácter teleológico tanto en la vía contenciosa<sup>2552</sup> como en la consultiva<sup>2553</sup>. Para optimizar la invocación de este criterio finalista previsto por el art. 31.1 CV<sup>2554</sup>, ambos tribunales desarrollan paralelamente una interpretación evolutiva de las disposiciones previstas por el Convenio de Roma y el Pacto de San José, que genera no sólo una actualización progresiva de estos tratados en consonancia con los desarrollos normativos más recientes experimentados a nivel internacional e interno, sino que también supone un mecanismo corrector de las eventuales contradicciones o solapamientos que

- 
2547. Simma, B. y Pulkowski, D., «Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, núm. 3, pp. 483-529, pp. 526-527.
2548. Caflisch, L., «L'application du droit international général par la Cour européenne des droits de l'homme», en Buffard, I., Crawford, J., Pellet, A. y Wittich, A. (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Brill, 2008, pp. 627-648, pp. 628-638.
2549. Se ha afirmado, por ejemplo, que las disposiciones de carácter material del Convenio de Roma tienden a interpretarse de una forma extensiva, mientras que las de carácter procesal se interpretan restrictivamente: véase Golsong, H., «Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties», en Macdonald, R. St. J., Matscher, F. y Petzold, H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 147-162, p. 150.
2550. Bernhardt, R., «Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties», en Matscher, F. y Petzold, H. (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, 2.<sup>a</sup> ed., Cassel, Carl Heymanns Verlag, 1990, pp. 65-71, p. 70.
2551. Wemhoff v. Germany, 27 June 1968, § 8, Serie A, núm. 7; y Soering v. United Kingdom, 7 July 1989, § 87, Serie A, núm. 161.
2552. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, párrs. 146-149.
2553. Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Devido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16, párr. 76.
2554. Craven, M., «Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, núm. 3, pp. 489-519, pp. 500-513; Melchior, M., «Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention européenne des Droits de l'Homme», en Matscher, F. y Petzold, H. (eds.), op. cit., nota 56, pp. 411-419; y Wildhaber, L., «The European Convention on Human Rights and International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, 2007, núm. 2, pp. 217-231, p. 221.

puedan surgir entre los distintos instrumentos dedicados a la protección de los derechos humanos en el DI de ámbito regional<sup>2555</sup>. La interpretación evolutiva, por tanto, complementa y da sentido a la interpretación teleológica de los tratados internacionales celebrados en la estructura institucional o de cooperación.

En efecto, tanto el TEDH como la CIDH han reconocido que el Convenio de Roma y el Pacto de San José, respectivamente, deben ser interpretados de manera evolutiva, ser sensibles a los cambios que tienen lugar en los sistemas legislativos de sus Estados partes y, en general, atender a los desarrollos sociales experimentados por el DI de los derechos humanos, pues ambos tratados constituyen instrumentos vivos o «*living instrument(s) which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions*»<sup>2556</sup>. El límite a esta práctica hermenéutica evolutiva reside, como indicó el Tribunal de Estrasburgo en *Johnston y otros c. Irlanda*, en la imposibilidad de modificar el tenor del tratado internacional introduciendo o incorporando un derecho no previsto inicialmente por los Estados partes<sup>2557</sup>. Además, como resultado de la misma cabría introducir ciertos límites al ejercicio de algunos derechos otorgados a los particulares<sup>2558</sup>.

En sistema interamericano de protección de derechos humanos, el mismo artículo 29 de la Convención indica que la Convención no podrá ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella<sup>2559</sup> o excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno<sup>2560</sup>. Siendo la protección de la persona el objeto y fin principal de las dis-

- 
2555. Gaja, G., «Nouveaux instruments et institutions de renforcement de la protection des droits de l'homme en Europe», en Alston, Ph. (dir.), *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, Bruselas, Bruylant, 2001, pp. 813-832, pp. 815-816.
2556. Tyrer c. Reino Unido, 25 de abril de 1978, § 31, Serie A, núm. 26; Marckx c Reino de Bélgica, 13 de Junio de 1979, párr. 41, Serie A, núm. 31; y Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debito Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16, párr. 114.
2557. Johnston y otros c Irlanda, 18 Diciembre de 1986, párr. 53, Serie A, núm. 112. Confróntese en la doctrina: Rigaux, F., «Interprétation consensuelle et interprétation évolutive», en Sudre, F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 41-62, p. 42.
2558. Por ejemplo, el TEDH ha ampliado la capacidad de los Estados para interferir justificadamente en el derecho de propiedad de los particulares en determinadas ocasiones: véase Matscher, F., «Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme», *Recueil des Cours*, tomo 270, 1997, pp. 237-398, p. 283.
2559. Salvioli, S., «Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», in *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 143-155.s
2560. Iso see Pinto, M., «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», in *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editorial del

posiciones, el principio pro persona se convierte en una luz que guía la elección de las reglas interpretativas aplicables en un análisis caso por caso. En consecuencia, la Corte ha establecido algunas reglas comunes de interpretación vía jurisprudencia que son una constante en el Sistema Interamericano: i) «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación debe ir de la mano de la evolución de los tiempos y de las condiciones de vida actuales», importando la jurisprudencia europea<sup>2561</sup>, ii) el proceso de interpretación debe ser «consistente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como con las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...]», y finalmente, «al interpretar la Convención se debe elegir siempre la alternativa más favorable a la protección de los derechos consagrados en dicho tratado, con base en el principio de la norma más favorable al ser humano».

Los tratados regionales de derechos humanos deben ser interpretados adaptándolos a la realidad y actualidad, siendo vistos como instrumentos de protección de los derechos humanos tal y como han evolucionado en la actualidad, no con un contenido normativo congelado en el momento de la adopción de dichos tratados<sup>2562</sup>. Sin embargo, la técnica de interpretación evolutiva no puede ser arbitrariamente aplicada por los tribunales regionales de derechos humanos, estableciendo un equilibrio adecuado entre desarrollo y estabilidad, con el propósito de cumplir con los mismos objetivos de los tratados mismo, o sea, conseguir una protección real y efectiva de los derechos y libertades allí establecidos, y no en último lugar, lograr la aceptación y ejecución de sus sentencias por parte de las Partes Contratantes. La existencia del consenso a nivel regional aporta previsibilidad y consistencia al razonamiento de los tribunales regionales de derechos humanos y legitimidad al uso de la interpretación evolutiva como técnica maestra en la interpretación de los derechos regulados en los tratados de derechos humanos.

En la siguiente sección se examina el papel que desempeñan las nociones correlativas de consenso y margen de apreciación cuando los órganos jurisdiccionales interpretan evolutivamente los tratados regionales de derechos humanos. Se trata de indagar, en definitiva, de qué forma este consenso o su ausencia, influye o condiciona la interpretación de las obligaciones previstas en ambos tratados, convirtiéndose así en una herramienta idónea para adaptarlos a la realidad social contemporánea y mantener el acervo jurídico ya consolidado en ambos subsistemas regionales<sup>2563</sup>.

---

Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, E., «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», in Carbonell, M. & Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2011, p. 366.

2561. Tyrer c Reino Unido, 25 de abril de 1978.

2562. Dzehtsiarou, K., European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, 2011, 12(10), 1730-1745.

2563. Véase Roberts, A., «Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States», *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, núm. 2, pp. 179-225, p. 205.

### **2.2.1. El concepto de consenso regional**

El concepto de consenso en materia de derechos humanos puede definirse como un acuerdo general entre la mayoría de los Estados parte de la organización internacional de ámbito regional y Partes Contratantes del tratado internacional de derechos humanos sobre determinadas normas de protección de derechos humanos y libertades fundamentales y principios identificados a través del análisis comparativo del derecho nacional de dichos Estados y de la práctica internacional, enfocándose como un mediador entre la interpretación dinámica y el Derecho Internacional.

El consenso representa un acuerdo general de los sujetos que operan en el sistema internacional u regional que, en tanto que resulta indicativo y representativo de los intereses y convicciones generalmente aceptados por éstos, permite identificar el contenido y la obligatoriedad de las normas internacionales aplicables en sus relaciones. Como consecuencia del carácter todavía descentralizado y eminentemente voluntarista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las normas internacionales serían el producto de este acuerdo alcanzado por el conjunto de Estados interesados que intervienen en su proceso de formación y modificación, bien mediante la repetición.

### **2.2.2. Margen de apreciación**

El denominado «margen de apreciación» tiene su origen en el concepto francés *marge d'appréciation*, o el alemán *Beurteilungsspielraum* o *Ermessensmisbrauch*<sup>2564</sup>, con la misma finalidad habilitante de un cierto espacio de valoración discrecional por parte de la Administración pública a la hora de aplicar una determinada norma, reduciendo así el grado de fiscalización jurisdiccional de la decisión pública. La doctrina del margen nacional de apreciación se ha constituido en un criterio hermenéutico utilizado por parte de los tribunales regionales.

Su existencia permite un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal o, casos que abordan cuestiones sensibles de difícil solución. Esta doctrina ha permitido entender y abordar la falta de consenso entre los Estados parte de los tratados de derechos humanos, especialmente en el caso europeo. Empero, la ausencia de consenso entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos, ha llevado a que el TEDH y la Corte Interamericana justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales. Sin embargo, como queda evidenciado en el presente artículo, ese poder de deferencia tiene como condición esencial la existencia de un Estado de Derecho y la constatación de una sociedad democrática a través de sus componentes: el pluralismo, tolerancia

---

2564. YOUNG, H.C., *The margin of appreciation in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht (Martinus Nijhoff Publishers), 1996, p. 14.

y el espíritu abierto. Estas dos condiciones deben ensamblarse con el principio de que los Estados deben respetar los límites impuestos por la CEDH y la CADH y los criterios desarrollados por la jurisprudencia de las Cortes Regionales, so pena de perder su capacidad de determinación y alcance de los derechos humanos en su territorio.

### **3. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

La definición del comienzo de la vida y la protección del derecho a la vida cuando surgen derechos e intereses contradictorios son cuestiones altamente controvertidas en todo el mundo, y la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo han abordado estas cuestiones en su jurisprudencia, especialmente cuando los derechos reproductivos estaban en juego. En este sentido, este trabajo se centra en el estatus del embrión humano y en la vida prenatal y evalúa los enfoques que los dos tribunales han desarrollado cuando se trata de cuestiones tan delicadas como la fertilización in vitro (FIV) y el aborto, tanto el de la Corte de San José, con su severo escrutinio y su poderoso impacto sobre la esfera nacional interna, cuanto el del Tribunal de Estrasburgo, basado por lo general en un amplio margen de apreciación. En este sentido, la presente sección de este capítulo analiza los casos más relevantes en la jurisprudencia europea e interamericana. aporta un análisis de los casos que sentaron jurisprudencia, como Artavia Murillo contra Costa Rica y los casos «Beatriz», en relación con la CIDH, y en el marco del TEDH, en Vo contra Francia, Evans contra el Reino Unido, S. H. y Otros contra Austria, Costa y Pavan contra Italia, Parrillo contra Italia y A, B, C contra Irlanda<sup>2565</sup>, teniendo al tiempo en consideración las particularidades de los sistemas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, así como el papel de la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina y sus Protocolos en la jurisprudencia de Estrasburgo. Partiendo de la citada evaluación, el presente artículo aspira a sugerir soluciones posibles que mejoren los resultados alcanzados por ambos Tribunales, sea por medio de la influencia recíproca judicial o a través de la referencia a instrumentos internacionales relevantes según el artículo 31(3) (c) CV, como, por ejemplo, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, consagrado en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, la interpretación de los dos tribunales se ha enfrentado a retos relativos a escenarios de hecho existentes en el momento de la redacción pero no incluidos en el Convenio, como los escenarios abordados anteriormente, pero también a nuevos escenarios de hecho que eran imprevisibles cuando los Estados consintieron la aplicación.

---

2565. «We made history», reacción de Mujeres Irlandesas al recibir los resultados del referéndum de mayo 2018 sobre la abolición de la prohibición del aborto en el ordenamiento jurídico irlandés.

### 3.1. DERECHOS REPRODUCTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Según la doctrina del margen de apreciación, la falta de consenso regional sobre una determinada cuestión aumenta el margen de apreciación de los Estados, mientras que su existencia reduce la discrecionalidad de los mismos. En el ámbito biojurídico y más aún en la definición del inicio de la vida, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación, debido al intenso pluralismo existente en este campo y las diferentes éticas nacionales respecto del tema. El propio Tribunal de Estrasburgo, en la sentencia Vo, reconociendo que «[a] nivel europeo [...] no hay consenso sobre la naturaleza y el estatuto del embrión y/o del feto», «[estaba] convencido de que no es deseable, ni siquiera posible en el estado actual de las cosas, responder en abstracto a la cuestión de si el niño por nacer es una persona a los efectos del artículo 2 del Convenio» que «en el mejor de los casos, puede considerarse como un terreno común entre los Estados que el embrión/feto pertenece al género humano»<sup>2566</sup>. En efecto, la cuestión del comienzo de la vida se somete al margen de apreciación de los Estados, a pesar de que el Convenio es un «instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales» y a pesar de que el embrión y el feto «comienzan a recibir cierta protección a la luz del progreso científico y de las posibles consecuencias de la investigación en ingeniería genética, procreación médica asistida o experimentación con embriones». En el caso Vo, el TEDH adoptó un enfoque de autolimitación que caracteriza enormemente su jurisprudencia en el ámbito de la definición de la protección del no nacido y de los derechos reproductivos<sup>2567</sup>. Trece años más tarde, el Tribunal volvió a recordar la concepción de la «potencialidad de convertirse en persona» del embrión humano el caso Parrillo contra Italia<sup>2568</sup>.

El aborto es un ejemplo notable, y es interesante considerar cómo el Tribunal suele ejercer su escrutinio en este ámbito y proporciona protección en virtud de la rama procesal de la vida privada. A principios de los años noventa, cuando el TEDH tuvo que pronunciarse en el caso de la sentencia Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda, el Tribunal «reconoció que las autoridades nacionales gozan de un amplio margen de apreciación en materia de moral, en particular en un ámbito como el presente que afecta a cuestiones de creencia relativas a la naturaleza de la vida humana»<sup>2569</sup>. Casi veinte años después de la sentencia Open Door, en el caso A, B, C contra Irlanda<sup>2570</sup>, el Tribunal reiteró su opinión, matizando sin embargo que, a la luz del artículo 8 del CEDH en el marco de la rama procesal, se había producido una violación, faltaban los procedimientos eficaces y accesibles para establecer el

2566. Vo v France, Judgment of 8 July 2004, párrs. 82-85.

2567. Vo v France, Judgment of 8 July 2004, párrs. 82-85.

2568. Parrillo v. Italy, 27 Agosto 2015 Poli, L., «La sentenza Parrillo c. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell'embrione», Quaderni di SIDiblog, (2015), pp. 511-516 and «Bioethics, human rights and their interplay in the legal reasoning of ECtHR's case law on artificial reproductive technologies», Federalismi.it, Focus on Human Rights, n° 1, (2017).

2569. Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, Judgment of 23 September 1992, párr. 68.

2570. A, B and C v. Ireland, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 16 December 2010.

derecho al aborto en virtud de dicha disposición [había generado una incertidumbre que daba lugar] a una sorprendente discordancia entre el derecho teórico a un aborto legal en Irlanda por razón de un riesgo relevante para la vida de la mujer y la realidad de su aplicación práctica»<sup>2571</sup>. Por tanto, aunque el Tribunal no ha llegado a afirmar que los Estados tengan un deber convencional de garantizar el aborto, sí ha reconocido que los Estados tienen algunas obligaciones procesales, en relación con el derecho al respeto de la vida privada, de garantizar el acceso al aborto si la legislación lo permite.

Es interesante considerar el enfoque del Tribunal sobre la FIV, y cómo la doctrina del margen de apreciación se interrelaciona con el progreso científico. Un ejemplo relevante, pero también bastante controvertido, es el caso S.H. y otros contra Austria<sup>2572</sup>, en el que la Gran Sala sostuvo que el «consenso emergente [sobre la donación de esperma y óvulos con fines de fecundación in vitro] no se basa, sin embargo, en principios consolidados y de larga data establecidos en la legislación de los Estados miembros, sino que refleja más bien una etapa de desarrollo dentro de un campo del derecho particularmente dinámico y no reduce de manera decisiva el margen de apreciación del Estado»<sup>2573</sup>. Las palabras del Tribunal suscitan cierta perplejidad. El razonamiento aquí suena bastante contrario a la opinión habitual y asentada del Tribunal, ya que el TEDH no destaca la falta de consenso, ni excluye que el consenso asentado sea un factor decisivo a la luz de las razones morales pre-valecientes o debido al equilibrio específico que debe establecerse entre los intereses en conflicto; además, por supuesto, el enfoque que surge está lejos de ser proactivo. La contradicción no pasó desapercibida ni siquiera en el seno del propio Tribunal por los jueces Tulkens, Hivelä, Lazarova Trajkovska y Tsotsoria.

### 3.2. DERECHOS REPRODUCTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

En 2012, la Corte tuvo que interpretar el ámbito de aplicación del derecho a la vida y determinar el momento en que comienza dicha protección como parte de su análisis de la prohibición de la fecundación in vitro (FIV) en Costa Rica. La Corte interamericana, en su línea, adoptó un enfoque sistemático, comparando el ámbito

2571. A, B and C v. Ireland, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 16 December 2010, parr. 264. Este punto de vista está establecido en la jurisprudencia del Tribunal y otro ejemplo lo ofrece el caso Tysiak c. Polonia, de 20 de marzo de 20010, donde el TEDH aclaró que «una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de manera que limite las posibilidades reales de obtenerlo» (parr. 116.) la misma línea, en la sentencia R.R. c. Polonia, de 26 de mayo de 2011, el TEDH especificó que «si bien se concede un amplio margen de apreciación al Estado en lo que respecta a las circunstancias en las que se permitirá el aborto en un Estado, una vez tomada esa decisión, el marco jurídico concebido a tal efecto debe “configurarse de una manera coherente que permita tener en cuenta adecuadamente los diferentes intereses legítimos en juego y de conformidad con las obligaciones derivadas del Convenio”».

2572. S.H. and Others v. Austria, Judgment of 03 November 2011.

2573. S.H. and Others v. Austria, Judgment of 03 November 2011, parr. 96.

de protección de otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Abordó los medios de interpretación complementarios establecidos en el artículo 32 CV de la CV, incluidos los *travaux préparatoires*, buscando una aplicación de una norma intertemporal para determinar el significado que las Partes buscaban inicialmente, considerando que la FIV no existía cuando se celebró el Convenio, La Corte tomó nota de su interés por los acuerdos de derechos humanos como instrumentos vivos y de la coherencia de la interpretación evolutiva con el principio *pro persona* y CV.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha tenido tantas oportunidades como el Tribunal de Estrasburgo para tratar los derechos reproductivos; sin embargo, su enfoque se destaca por ser proactivo y por haber promovido efectivamente su protección en la región. Las decisiones relevantes de la Corte se produjeron más de treinta años después de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fuera llamada a tomar una decisión en el campo del derecho al aborto por primera vez en el sistema interamericano de derechos humanos a principios de los ochenta, en el caso Baby Boy c. Estados Unidos<sup>2574</sup>. Llamada a considerar la cuestión del comienzo de la vida en circunstancias que se referían a un aborto electivo tardío, la Comisión se basó en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), ya que los Estados Unidos han firmado pero no ratificado la CADH. Sin embargo, también se hizo alguna referencia a la Convención, ya que las partes habían encargado específicamente a la Comisión que evaluara si podía considerarse como un apoyo a la interpretación de los deberes del Estado en virtud de la Declaración. La tarea interpretativa a la que se dedicó la Comisión fue delicada pero muy tajante, afirmando que el no nacido no tiene derecho a la vida.

Cuando la cuestión se llevó ante el Tribunal, los resultados obtenidos fueron diferentes desde varios puntos de vista: la Corte IDH no afirmó que el no nacido tenga derecho a la vida. Sin embargo, reconoció que cierta protección es debida, dependiendo de la concepción progresiva de su desarrollo que adopte la Corte; por lo tanto, el equilibrio tiene que ser forzado bajo las circunstancias específicas entre los derechos del no nacido y los derechos de la madre. Estos resultados no se alcanzaron de golpe en la jurisprudencia de la Corte, sino que siguieron algunos pasos interesantes: anteriormente, en algunas ocasiones, la Corte se había dirigido al no nacido utilizando las palabras «niños»<sup>2575</sup>, «menores»<sup>2576</sup>, «bebés», como fue el caso de sus sentencias Miguel Castro-Castro Prisión v. Perú, Goiburú y otros c. Paraguay y Hermanos Gómez-Paquiyauri c. Perú<sup>2577</sup>, reconociendo a menudo una compensación por las consecuencias que afectan al no nacido y que fueron causadas por el sufrimiento físico, la angustia o la dolencia sufrida por las madres en las circunstancias peculiares de cada caso. El caso de la Comunidad Indígena

---

2574. Inter-American Commission on Human Rights, Resolution No. 23/81 of 16 October 1981, Case 2141 («Baby Boy v. the United States of America»).

2575. Miguel Castro-Castro Prison v. Peru, Judgment of 25 November 2006, parr. 292.

2576. Goiburú et al. v. Paraguay, Judgment of 22 September 2006, parr. 160.

2577. Gómez-Paquiyauri Brothers v. Peru, Judgment of 8 July 2004, parr. 216.

Sawhoyamaxa vs. Paraguay<sup>2578</sup> es posiblemente el ejemplo más interesante para nuestros propósitos, ya que la Corte afirmó que «los Estados deben [...] adoptar medidas especiales para asegurar a las mujeres, especialmente durante el embarazo, el parto y la lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica», en relación con el deber del Estado de adoptar la medida especial prevista en el artículo 19 de la Convención que fuera necesaria para proteger la vida de los niños –nacidos–. La primera oportunidad que tuvo la Corte IDH de abordar expresamente el estatus del no nacido fue el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, pero eludió la cuestión, ya que los «los representantes y la Comisión no han presentado argumentos sobre la supuesta violación del derecho a la vida de los “no nacidos”», por lo que «carece de hechos sobre los cuales formarse una opinión sobre la responsabilidad del Estado en estos casos»<sup>2579</sup>. Sin embargo, al haberse comprobado el nexo causal entre las precarias condiciones de vida de la Comunidad y la muerte de los niños no nacidos, se destacó razonablemente en la beca que el argumento de la Corte parece chocar con el principio *iuva novit curia*. Por otra parte, cuando dos años más tarde la Corte IDH tuvo que evaluar si el derecho de acceso a la FIV estaba protegido por la CADH en el caso Artavia Murillo c. Costa Rica<sup>2580</sup>, no pudo eludir, ni lo hizo, la cuestión del estatus del no nacido. La Corte IDH, a diferencia del Tribunal de Estrasburgo, no hizo uso de la doctrina del margen de apreciación, en la que en realidad la Corte IDH rara vez se basa en su jurisprudencia y que fue invocada por Costa Rica, cuando afirmó que no existía un consenso regional sobre la FIV y, por lo tanto, la cuestión se aplazaba a la evaluación discrecional del legislador nacional. Aunque en el razonamiento de la Corte surgió alguna referencia al consenso regional al tratar la protección del derecho a la vida con respecto a la FIV, ya que la técnica está generalmente permitida en América Latina, sin embargo el escrutinio de la Corte se centró básicamente en la proporcionalidad. Principalmente, los esfuerzos interpretativos del Tribunal se centraron en la definición del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 4 de la CADH, recordando minuciosamente varias técnicas de interpretación. El Tribunal se basó en el método de la interpretación más favorable y destacó que el objetivo de la redacción del apartado 1 del artículo 4 es permitir un equilibrio adecuado entre los derechos e intereses en conflicto, lo que excluye una protección absoluta del embrión que anule otros derechos.<sup>194</sup> Sin embargo, en el párrafo 264 la Corte IDH aclara que los diferentes métodos de interpretación utilizados «han conducido a resultados similares según los cuales el embrión no puede ser entendido como persona a los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana». A continuación, tras recorrer también el debate científico sobre el inicio de la vida y los enfoques multidisciplinares de la cuestión, la Corte va directamente al grano llegando a la conclusión «de que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 se produce en el momento en que el embrión se implanta en el útero, lo que explica que, antes de este acontecimiento,

2578. Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of 29 March 2006, parr. 146.

2579. Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of 24 August 2010, parr. 2.

2580. Artavia Murillo *et al.* («In vitro fertilization») v. Costa Rica, Judgment of 28 November 2012, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Series C No. 257.

el artículo 4 de la Convención no sería aplicable». Además, adoptando una visión progresiva sobre el desarrollo del embrión humano, el Tribunal aclaró que «de las palabras “en general” puede concluirse que la protección del derecho a la vida en virtud del [artículo 4.1] no es absoluta, sino más bien gradual e incremental según su desarrollo, ya que no se trata de una obligación absoluta e incondicional, sino que implica entender que son admisibles las excepciones a la regla general». Las consecuencias de este punto de vista son de notable importancia, ya que esta lectura del artículo 4 de la CADH allana el camino para acomodar el progreso científico en el marco de los derechos humanos de la Convención. Por supuesto, algunas críticas abordaron la decisión desde el punto de vista opuesto. Se dijo que la sentencia había priorizado los intereses de la biotecnología sobre la protección de los embriones tempranos, en contradicción con la redacción del Convenio que hace referencia explícita a la «concepción»<sup>2581</sup>. A este respecto, en apoyo de la sentencia, podría argumentarse que, sin embargo, dicha lectura no está claramente en desacuerdo con una interpretación evolutiva de la CADH.

Un año después de la sentencia Artavia Murillo, en 2013, la Corte IDH tuvo que pronunciarse en el caso Beatriz; lo que se desprende, nuevamente, del razonamiento jurídico de la Corte es que la protección del no nacido no es absoluta y hay que hacer un balance adecuado entre la salvaguarda del *nasciturus* y los derechos conflictivos de la madre en juego. Confirmando el criterio expresado por la Corte en la sentencia Artavia Murillo, a saber, que la protección del no nacido es progresiva y gradual. Significa que, en distintas circunstancias, la CIDH puede establecer un equilibrio diferente entre los intereses en conflicto y dar prioridad a la protección del *nasciturus*.

#### **4. CONSIDERACIONES FINALES**

La técnica de la interpretación evolutiva se enfrenta a serios desafíos de legitimidad en la actualidad en ambos lados del Atlántico, fuertemente anclada en la existencia del consenso regional posterior a la adopción de los tratados regionales de derechos humanos, evitando así gravosos negociaciones internacionales y proporcionando a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos una prueba de que las Partes Contratantes han aceptado una norma concreta en su propio derecho y práctica.

Desde un punto de vista integral, el TEDH y la CIDH han jugado un papel básico para la afirmación y la protección de los derechos reproductivos en Europa y en América Latina principalmente, dado el carácter latino americano de la CIDH actualmente. Mientras que la CIDH ha adoptado una técnica, el TEDH, de interpretación evolutiva proactiva capaz de abarcar el derecho a disfrutar de las técnicas

---

2581. Chia, E. A., Contreras, P., «Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales*, vol. 12, n° 1, (2014), pp. 567-585. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Santiago, Chile.

avanzadas de reproducción y de la biotecnología, a través de una lectura proactiva de los deberes de los Estados y de los derechos de los individuos bajo el sistema de la CADH a pesar de haber contribuido significativamente al desarrollo de la protección de los derechos reproductivos mediante su extensiva jurisprudencia, se ha mostrado más conservador y reacio a dar pasos gigantes en el uso de la técnica de interpretación evolutiva en relación a los derechos reproductivos, tal y como se resalta del reciente caso *Lia c. Malta* de 5 de mayo de 2022.



## *Capítulo 36*

# A tutela do ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, através / e apesar dos direitos humanos

CARLA AMADO GOMES<sup>2582</sup>

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A PROTECÇÃO DO AMBIENTE ATRAVÉS. 2.1. *Do direito à inviolabilidade do domicílio.* 2.2. *Do direito à vida.* 2.3. *Da liberdade de expressão.* 3. A PROTECÇÃO DO AMBIENTE APESAR. 3.1. *Do direito à liberdade.* 3.2. *Do direito de propriedade.* 4. A IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A TUTELA DIRETA DO AMBIENTE COMO INTERESSE GERAL.

### **1. INTRODUÇÃO**

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) não contempla no seu seio nenhuma norma de tutela do «direito ao ambiente». No entanto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) esclareceu, em 2009, que «[...] inexistindo embora uma disposição na Convenção destinada a garantir a proteção do ambiente enquanto tal [...], a sociedade hodierna vê nesse desígnio uma preocupação constante. O Tribunal já por diversas se ocupou de questões ligadas à proteção ambiental e não deixou de sublinhar a relevância da matéria. Reitera que o ambiente constitui um valor cuja proteção é reclamada pela opinião pública e que deve ser assegurada pelos poderes públicos, de forma constante e sustentada»<sup>2583</sup>.

O catálogo de direitos da Convenção Europeia estabilizou em 1984. Desde então não foram aditados quaisquer novos direitos, malgrado várias recomendações emitidas pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa e da pressão dos académicos<sup>2584</sup>. A imprecisão que rodeia a locução «direito ao ambiente» estará, certamente,

2582. Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal); Investigadora Efetiva do Centro de Direito Público (CDP); Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto).

2583. Ac. *Hacisalihoglu c. Turquia*, de 2 junho de 2009, §33 (tradução minha).

2584. Cfr. MØSE, E., «New rights for a new Court?», *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln/Berlin/Bonn/München, (2000), pp. 943 e ss.

na base da resistência dos Estados em inserir este «direito» na lista dos direitos protegidos no âmbito da CEDH<sup>2585</sup>. Esta resistência, certamente também tributária de falta de vontade política relativamente à inserção de direitos a prestações no elenco da CEDH, não se sente noutras instrumentos internacionais. Se é verdade que os Pactos de Direitos da ONU não contemplam o «direito ao ambiente»<sup>2586</sup>, diverso cenário se constata no contexto da Carta africana dos direitos do Homem e dos Povos (1981), cujo art. 24.<sup>º</sup> lhe faz referência<sup>2587</sup>, ou no da Convenção americana dos direitos do Homem (1969), graças ao Protocolo de São Salvador, de 1988, cujo art. 11.<sup>º</sup> introduziu o direito a um ambiente sadio<sup>2588</sup>.

Apesar da proliferação de decisões com referência ao ambiente, certo é que, ao contrário de outros casos em que o Tribunal reconheceu, nomeando-os expressamente, novos direitos (*v. g.*, a liberdade de associação negativa; o direito à execução de sentenças), no plano ambiental não há reconhecimento, mas antes associação<sup>2589</sup>. A incorporação do valor ambiente na CEDH é meramente indireta ou instrumental.

Na verdade, aquilo que alguma doutrina mais entusiasta qualifica como o reconhecimento de um *direito ao ambiente* pelo Tribunal de Estrasburgo prende-se, afinal, com uma operação de conversão de clássicos «direitos negativos»<sup>2590</sup> (direitos à vida; à intimidade da vida privada e à inviolabilidade do domicílio; à liberdade de expressão – artigos 2.<sup>º</sup>, 8.<sup>º</sup> e 10.<sup>º</sup> da CEDH) em direitos a pretensões<sup>2591</sup>. Como explica Sudre, esta aplicação da teoria das «obrigações positivas» contribui para ultrapassar a concepção clássica dos direitos de liberdade como direitos simplesmente negativos<sup>2592</sup>, interpretando *evolutivamente* direitos como a inviolabilidade

- 
2585. KISS, A., «Peut-on définir le droit de l'Homme à l'environnement?», in Revue Juridique de l'Environnement, (1976/1), p. 18, justifica esta resistência com o argumento da extrema imprecisão do conteúdo do direito ao ambiente.
2586. Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, e Pacto de Direitos Civis e Políticos, ambos assinados em Nova Iorque em 16 de dezembro de 1966 (em vigor desde 3 de janeiro de 1976).
2587. Sobre o sentido e alcance do art. 24.<sup>º</sup> da Carta Africana, veja-se AMADO GOMES, C., «Direito ao meio ambiente na Carta Africana dos direitos do homem e dos povos: direito do homem, direito dos povos ou tertium genus?», in Revista Argumentum, vol. 18, (2017), pp. 887 e ss. – disponível em <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/495>
2588. Fazendo um apanhado dos vários sistemas, BOYLE A., «Human rights or environmental rights?», in Fordham Environmental Law Review, (2006/3), pp. 471 e ss.
2589. MARGUÉNAUD, J., «Droit de l'Homme à l'environnement et Cour Européenne des droits de l'Homme», in Revue Juridique de l'Environnement, n.<sup>º</sup> especial (2003), p. 17.
2590. Sobre o sentido e alcance primário do n.<sup>º</sup> 1 (do art. 8.<sup>º</sup>) na delimitação do âmbito de proteção dos direitos aí plasmados, RUSSO, C., «Anotação ao artigo 8/1», in PETTITI, L./DECAUX, E. /IMBERT, P. (org.), Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Paris, (2000), pp. 307 e ss.
2591. Cf. VERNET, J. e JARIA, J., «El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el Derecho internacional», in Teoría y Realidad Constitucional, n.<sup>º</sup> 20, (2007), p. 521.
2592. SUDRE, F., «Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme», in Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, n.<sup>º</sup> 23, (1995), p. 363.

do domicílio ou a vida e apontando-os como sustentáculo de pretensões de atuação pública. Esta teoria foi pela primeira vez utilizada pelo TEDH no *Ac. relacionado com certos aspectos do ensino linguístico nas escolas belgas*, 23 de julho de 1968, e tem continuado a servir de fundamento a várias decisões, embora de forma nem sempre consensual<sup>2593</sup>.

As linhas que se seguem visam fornecer uma amostragem sumária da jurisprudência do TEDH que promove o que se pode qualificar como uma tutela oblíqua do ambiente, através da proteção, direta, de vários direitos pessoais (2.), mas também do reconhecimento da qualidade do ambiente como um valor a proteger, primacialmente pelas entidades públicas – como enfatizou na decisão de 2009 –, apesar de essa proteção poder restringir ou mesmo sacrificar direitos pessoais (3.). A final, assinalarei o principal óbice à promoção da tutela direta da qualidade do ambiente no âmbito da CEDH: a necessidade de caracterizar uma ofensa pessoal ao requerente, traduzida em lesão da sua esfera jurídica – ou, por outras palavras, a inexistência do instituto da *actio popularis* (4.).

## 2. A PROTECÇÃO DO AMBIENTE ATRAVÉS

### 2.1. DO DIREITO À INVIOABILITY DO DOMICÍLIO

O *Ac. López Ostra c. Espanha*, 9 de dezembro de 1994, permaneceu durante muitos anos como o mais paradigmático aresto em sede de pretensa tutela ambiental analisado pelo TEDH. Os requerentes (a família López Ostra) alegaram a violação dos direitos à integridade física e ao respeito da inviolabilidade do domicílio<sup>2594</sup> perpetrada sob a forma de emissões poluentes e incômodos vários provenientes de uma estação de tratamento de águas e resíduos na cidade de Lorca. Depois de terem apresentado várias queixas ao Conselho Municipal – só parcialmente atendidas – e de terem esgotado a via-sacra dos recursos internos (que envolveram desde os tribunais superiores ao Tribunal Constitucional), os requerentes, enfrentando a inéria das autoridades administrativas e a indiferença dos tribunais nacionais, resolveram fazer uma última tentativa junto ao TEDH.

As emissões de gás sulfúrico, o ruído repetitivo, os odores intensos, foram fatores que levaram o Tribunal de Estrasburgo a dar procedência à ação, mesmo que tais agentes poluentes não atentassem gravemente contra a vida dos membros da família López Ostra. Sublinhe-se a cuidada ponderação de interesses a que o TEDH procedeu, conciliando o bem-estar do indivíduo, por um lado, e o interesse comunitário na existência e funcionamento da estação de tratamento de resíduos, que redundou na atribuição de uma indemnização de 4.000.000,00 de pesetas por danos à saúde e à qualidade de vida à família López Ostra.

2593. Cfr. SUDRE, F., *op. cit.*, pp. 380 e ss.

2594. Bem como a proibição de infligir a qualquer pessoa tratamentos degradantes ou inumanos, ou de a submeter a tortura (art. 3.º da CEDH). Esta alegação foi desatendida pelo TEDH.

Esta abordagem tem sido recorrente: vejam-se os *Acórdãos Taskin e outros c. Turquia, de 10 de novembro de 2004; Fadeyeva c. Rússia, de 9 de junho de 2005; Giacomelli c. Itália, de 2 de novembro de 2006; Tatar c. Roménia, de 27 de janeiro de 2009; e Cordella e outros c. Itália, de 24 de janeiro de 2019*)<sup>2595</sup>.

## 2.2. DO DIREITO À VIDA

Somente em 2002 viria o TEDH a escolher um caminho mais óbvio – a vida e a integridade física (art. 2.º da CEDH) –, sem, no entanto, abandonar a via do direito à inviolabilidade do domicílio. Duas décadas volvidas sobre o caso *Öneryildiz c. Turquia* (proc. n.º 48939/99, 18 junho 2002), esse arresto permanece um marco na expansão do objeto de proteção da norma do art. 2.º da Convenção – com efeito, esta decisão revela um arrojo crescente do TEDH quanto à imposição de obrigações positivas aos Estados<sup>2596</sup>. O caso é dramático: em 1993, em virtude de uma explosão de gás metano numa lixeira nos arredores de Istambul, trinta e nove pessoas morreram, nove das quais pertencentes à família do recorrente. Tendo encetado uma longa batalha judicial no sentido de responsabilizar as autoridades locais pela perda dos familiares e da barraca onde viviam, o recorrente sempre viu negada sua pretensão de ser resarcido, a título patrimonial (pela perda da barraca, que considerava – apesar de esse reconhecimento lhe ter sido expressamente recusado em tribunal – sua «propriedade») e a título não patrimonial. Exauridos os recursos internos, avançou para o TEDH, invocando violação dos direitos à vida, à intimidade da vida privada, à informação, à propriedade e à tutela jurisdicional efetiva (arts. 2.º, 8.º, 10.º, 1.º do Protocolo n.º 1, e 6.º, respectivamente).

O TEDH reduziu a questão dos deveres de proteção à tutela da vida, julgando a demanda relativa a danos não patrimoniais procedente com base na violação do art. 2.º da CEDH<sup>2597</sup>. Isto porque, apesar de ter ficado amplamente provado que as

- 
2595. Sobre este ponto, veja-se ARAGÃO, A., «Direito ao respeito pelo ambiente associado à proteção do domicílio», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos Protocolos Adicionais, II, Lisboa, (2019).
2596. Sobre esse acórdão, veja-se LAURENT, C., «Un droit à la vie en matière environnementale reconnu et conforté par une interprétation évolutive du droit des biens pour les habitants de bidonvilles», in Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, n.º 53, (2003), p. 261.
2597. Cumpre chamar a atenção para um caso anterior a este, no qual o pedido fora desestimado, mas que já abria boas perspetivas argumentativas a partir do direito à vida. Trata-se do *Ac. L. C. B. c. Reino Unido, de 9 de junho de 1998*, no qual se discutiu a responsabilidade do Estado por omissão de medidas de proteção do direito à vida num caso de alegada contaminação de um filho ainda não concebido pelo pai, que sofrera exposição a radiações nucleares na sequência de ensaios realizados pelo Ministério da Defesa. A Corte admitiu a hipótese teórica de fazer derivar do art. 2.º da Convenção deveres de adoção de medidas de informação, salvaguarda e minimização de efeitos, mas afastou a obrigação de indemnizar com base no facto de, em 1960, a informação sobre a transmissão dos efeitos de exposição à radiação a um filho não existir e, subsequentemente, tal exposição não ser sequer considerada um fator de risco (Cfr. Jarvis, F. e Sherlock, A., «The European Convention on Human Rights and the environment», in European Law Review, (1999), n.º especial, p. 18).

autoridades conheciam os riscos inerentes à lixeira e que os tinham comunicado aos «residentes» – ilegais –, no sentido de provocar sua debandada com vista à posterior requalificação da zona, o Tribunal entendeu que as autoridades não esgotaram as medidas possíveis para prevenir riscos para a vida das pessoas. Conforme é realçado por De Fontbressin, o TEDH «conferiu uma espécie de efeito transcendental ao direito a um ambiente sadio a partir de um entendimento enviesado do direito à vida»<sup>2598</sup>.

Um caso similar de omissão do dever de prevenção de riscos para a vida, desta feita em face de fenómenos naturais extremos – nomeadamente, inundações –, mereceu do Tribunal abordagem semelhante, no *Ac. Boudaïeva e outros c. Rússia, de 20 de março de 2008*. Os recorrentes eram vítimas ou familiares de vítimas de uma violenta enxurrada ocorrida na Primavera de 2000, na cidade de Tirnaouz, e processaram as autoridades por omissão de medidas preventivas diretamente causadora de danos morais e patrimoniais, a si e a familiares. A zona era frequentemente assolada por eventos do género e os diques de contenção haviam ficado muito deteriorados no ano anterior, tendo vindo as autoridades locais a alertar o Governo central para a imperiosidade de ajuda financeira à sua reconstrução desde há alguns meses antes da ocorrência da tragédia que, oficialmente, veio a provocar oito mortos.

O Tribunal deu por provada a omissão culposa de medidas preventivas e a consequente violação do direito à vida de familiares de alguns recorrentes. Concretamente, o Tribunal constatou que, à clara insuficiência das barreiras de contenção acresceram a inexistência de sistemas de alerta prévio e a ausência de informação clara sobre os riscos, as quais concorreram para que a população se reinstalasse nas suas casas antes de o perigo ter efetivamente passado. Ora, a proteção do direito à vida não se limita a uma obrigação de não ingerência e de punição de ofensas a este bem jurídico, mas antes se traduz primacialmente num conjunto de medidas positivas de salvaguarda da integridade física das pessoas, a implementar pelas entidades públicas. Relembrando o caso Önyildiz, o TEDH ressaltou que tal obrigação positiva se materializa, desde logo, na prestação de informação objetiva, atempada e suficiente, sobre riscos vitais (*cfr. os §§130 e ss.*)<sup>2599</sup>, a que acrescem deveres materiais de instalação de equipamentos e introdução de procedimentos de mitigação de riscos.

O dever de protecção da vida por parte do Estado (turco) foi igualmente julgado pelo TEDH como inobservado no *Ac. Özel e outros c. Turquia, de 17 de novembro de 2015*, aqui numa dimensão predominantemente processual. O TEDH constatou graves omissões no domínio do planeamento urbanístico e do licenciamento de construções em zona de alto risco sísmico tanto da parte das autoridades municipais como dos operadores imobiliários, omissões que permitiram a construção de vários edifícios em total desconformidade com regras de segurança e cuja derrocada provocou a morte de familiares dos recorrentes. Segundo o Tribunal, a violação do art. 2.º ocorreu aqui tanto porque as indemnizações concedidas aos familiares das

2598. DE FONTBRESSIN, P., «De l'effectivité du droit à l'environnement sain à l'effectivité du droit à un logement décent? (En marge de l'Arrêt *Önyildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004)», in Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, n.º 65, (2006), p. 87.

2599. *Cfr.* também o *Ac. Tatar c. Roménia*, citado no texto.

vítimas terão sido irrisórias, como porque a necessidade de emissão de autorização administrativa superior para perseguir criminalmente os funcionários municipais envolvidos nos licenciamentos terá atrasado intoleravelmente o ressarcimento (parco) dos autores (que ocorreu entre oito e doze anos após o sismo).

Outras situações em que o TEDH lançou mão da mesma base jurídica foram os casos *Kolyadenko e outros c. Rússia, de 28 de fevereiro de 2012*, e *Brincat e outros c. Malta, de 24 de julho de 2014*.

### 2.3. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O TEDH utilizou também o art. 10.º da Convenção, no qual se abriga o direito de liberdade de expressão, associado à defesa do ambiente/saúde pública. No *Ac. Vides Aizsardzibas Klubs c. Letónia, de 27 de maio de 2004*, uma associação não governamental de proteção do ambiente fez publicar um relatório num jornal local alertando para os riscos de uma intervenção planeada pelas autoridades municipais no Golfo de Riga, a qual alegadamente teria sido facilitada, ilegalmente, pelo Presidente da Câmara Municipal. Este processou a associação por difamação e os tribunais nacionais deram-lhe razão, condenando-a a pagar uma indemnização.

A associação recorreu ao TEDH alegando violação da liberdade de expressão e da divulgação de informação socialmente relevante, e o Tribunal de Estrasburgo deu-lhe razão, obtemperando que, desempenhando ela uma função de «cão de guarda» das autoridades públicas no que concerne à proteção do ambiente, no âmbito dos poderes que a legislação nacional lhe reconhece, é sua função divulgar informação sobre atuações que considere ilegais (frisando que, junto dos tribunais nacionais, o difamado não provou a inverdade dos fatos publicitados) no domínio do ambiente e da saúde pública, sendo essa missão essencial no quadro de uma sociedade democrática (§ 42).

Por seu turno, no *Ac. Rovshan Hajiyev c. Azerbeijão, de 9 de dezembro de 2021*, o TEDH considerou violada a liberdade de expressão de um jornalista a quem as autoridades recusaram o acesso a informação sobre uma antiga estação de radar militar soviética, quando aquele prosseguia o interesse de elucidação do público sobre os impactos da estação sobre a saúde o ambiente. E no *Ac. Bumbes c. Roménia, de 3 de maio de 2022*, o TEDH reiterou a violação do art. 10.º por aplicação de uma sanção a um conhecido ativista ambiental romeno, que se acorrentou, com outros companheiros, às barreiras colocadas em frente a uma mina de ouro, a fim de protestar contra a instalação, que consideravam altamente poluente e nociva para a saúde e ambiente.

## 3. A PROTECÇÃO DO AMBIENTE APESAR

### 3.1. DO DIREITO À LIBERDADE

No *Ac. Mangouras c. Espanha, de 28 de setembro de 2010*, o TEDH foi chamado a avaliar a violação do direito à liberdade – acolhido pelo art. 5.º da CEDH –, nomea-

damente o direito a ser presente perante um juiz no mais breve trecho e a ser julgado em prazo razoável. O recorrente era o capitão do navio *Prestige*, que naufragou na costa espanhola em novembro de 2002, vazando 70.000 toneladas de petróleo e causando um desastre ambiental na área. O recorrente entendeu que o seu direito à liberdade fora ofendido, pois ficou oitenta e três dias em custódia até a companhia de seguros do proprietário do barco pagar a fiança de três milhões de euros, a qual considerou manifestamente excessiva tendo em conta a sua situação pessoal.

O TEDH entendeu que o juiz espanhol não violou a CEDH pois, apesar de o art. 5.º, n.º 3, exigir que a fiança apenas se mantenha enquanto as razões que justificaram a detenção prevalecerem e que, em regra, o valor daquela se apura em função do património do detido, não é desadequado admitir que, em certas circunstâncias, o valor da fiança seja calculado em função do prejuízo causado – que era de uma enorme magnitude (§§78 a 81).

### 3.2. DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Nos Acórdãos *Fredin c. Suécia* (n.º 1), de 18 de fevereiro de 1991, e *Pine Valley Developments e outros c. Irlanda*, de 29 de novembro de 1991, o ambiente prevaleceu sobre a tutela do direito de propriedade dos requerentes. Estavam em jogo autorizações de aproveitamento de recursos naturais revogadas por motivos de proteção ambiental (no primeiro caso, revogação de uma licença de exploração de uma mina de gravilha; no segundo caso, revogação de uma autorização de construção de um armazém industrial). Em ambos os casos, o TEDH concedeu que as decisões envolveram violação de expectativas dos recorrentes; porém, sublinhou, por um lado, que tais expectativas devem ceder perante a necessidade de proteger o ambiente e, por outro lado, que a revogação não se figura desproporcionada no contexto do balanceamento de interesses porquanto as razões de tutela ambiental ganham cada vez mais premência e seria de esperar que acabassem por ser invocadas.

Outros dois casos apreciados posteriormente também seguem percurso argumentativo similar. Tratou-se de duas demolições ordenadas pelas autoridades, uma relativa a uma casa de férias clandestina construída numa reserva florestal (que aí se manteve durante quase quatro décadas) – no *Ac. Hamer c. Bélgica*, de 27 de novembro de 2007 –, e outra que incidiu sobre casas adquiridas pelos recorrentes em domínio público marítimo e ocupadas durante mais de três décadas – nos Acórdãos *Depalle c. França e Brosset-Triboulet e outros c. França*, de 29 de março de 2010. Em ambos os casos, o TEDH assinalou os longos períodos durante os quais os recorrentes ocuparam as casas mas sublinhou, tanto no primeiro caso como no segundo – embora não exatamente nos mesmos termos –, que não havia porque tutelar expectativas dos recorrentes em face da necessidade de proteger o ambiente – «um valor que suscita na opinião pública um interesse crescente e sustentado»<sup>2600</sup> –, dado que o investimento de confiança teria de se considerar forçosamente precário.

2600. Cfr. o §79 do caso *Hamer c. Bélgica*.

#### 4. A IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A TUTELA DIRETA DO AMBIENTE COMO INTERESSE GERAL

A análise, ainda que breve, das decisões recenseadas, permite concluir que o TEDH tem promovido a tutela do ambiente ou enviesadamente, através da tutela individual, ou recusando esta em nome da prevalência de um interesse geral de natureza ambiental. Porém, quando foi tentada a obstrução à ampliação da capacidade de centrais nucleares em nome da segurança de pessoas e do ambiente<sup>2601</sup>, o TEDH recusou reconhecer legitimidade aos recorrentes – que invocavam violação do direito à tutela efetiva junto das autoridades nacionais (art. 6.º, n.º 1, da CEDH). No quadro atual, conforme assinala a doutrina, «Uma vez que apenas as “vítimas” de uma violação da Convenção têm legitimidade para propor uma ação, qualquer litígio desencadeado por grupos ecologistas teria que tomar a forma de uma ação individual, focada nos direitos de alguns sujeitos e não na defesa do interesse (ambiental) geral. É cristalino que o dano ecológico *de per se* é insusceptível de constituir violação da Convenção. Ele só ganha relevância através da violação de um direito individual consagrado no texto daquela»<sup>2602</sup>.

Com efeito, cumpre assinalar que, de acordo com o art. 34.º da CEDH, os recursos individuais pressupõem a qualidade de «vítima». O TEDH tem entendido que a vítima pode ser tanto directa como indirecta, além de meramente potencial ou «por ricochete»<sup>2603</sup>, mas exige que o prejuízo seja sentido de forma pessoal, na pessoa ou no património do recorrente<sup>2604</sup> – ou seja, um recorrente não pode alegar uma violação dos interesses da população em geral<sup>2605</sup>. E impõe-se também registar que o art. 6.º, n.º 1, estatuindo um princípio geral de acesso a juízo para defesa de direitos consagrados na CEDH, tem várias concretizações (que se avolumam no âmbito de processos de natureza penal), as quais se desdobram nos direitos a um processo equitativo, a uma decisão prolatada num prazo razoável, à pronúncia de um tribunal independente e imparcial. Este dispositivo aponta, contudo, para que este direito seja exercido relativamente a «civil rights and obligations», ou seja e em consonância com a estrutura das situações jurídicas acolhidas pela CEDH, para defesa de posições subjectivas individualizadas<sup>2606</sup> – não para interesses gerais ou difusos.

2601. Casos *Balmer-Schafroth e outros c. Suíça*, ac. de 26 de agosto de 1997, e *Athanassoglou e outros c. Suíça*, ac. de 6 de abril de 2000.

2602. FRANÇOISE, J. e, SHERLOCK, A., *op. cit.*, p. 15.

2603. RENUCCI, J., pp. 848-849, chama a atenção para que o reconhecimento da qualidade de «vítima» a afectados potenciais ou «por ricochete» constitui uma descaracterização da noção de recurso individual e uma aproximação inequívoca à *actio popularis*.

2604. Cf. de SALVIA, M., Compendium de la CEDH, Vol. 1. Jurisprudence 1960 à 2002, Strasbourg/Arlington (2003), p. 424; CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Anotada, 4.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 377 e ss.

2605. Cf. VELU, J. e ERGEC, R., La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Bruxelas (1990), pp. 806-809.

2606. Sobre o sentido e alcance do art. 6.º da CEDH, veja-se SOYER, J. e de SALVIA, M., «Commentaire à l'article 6», in PETTITI, L. / DECAUX, E. / IMBERT, P. (org.), Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Paris, (2000), pp. 239 ss.

Assim, por mais interessante que se revele a teoria das obrigações positivas aplicada aos direitos de personalidade, tal originalidade não pode obnubilar que o ambiente enquanto tal (na sua *pureza ecológica*, dir-se-ia) continua de fora dos objetivos de proteção da Convenção e que, em princípio, só um aditamento por protocolo poderá alterar esse cenário<sup>2607</sup>. Por isso se aguarda com expectativa a decisão do TEDH quanto à admissibilidade do *Youth case*<sup>2608</sup>, apresentado por um conjunto de seis crianças e jovens portugueses contra 33 Estados por alegado incumprimento do dever de proteção dos direitos à vida e integridade física por défice de implementação de medidas de mitigação das emissões de CO2 para a atmosfera. Os requerentes agem em prol do interesse geral e futuro, que se reconduz à tutela de um interesse difuso, uma vez que o aquecimento global constitui uma ameaça generalizada às condições de manutenção de um clima estável<sup>2609</sup>. Será desta que o ambiente enquanto tal entra no TEDH?

- 
- 2607. RENUCCI, J.-F., p. 798, assinala a originalidade da abordagem do TEDH à questão ambiental, mas considera que a tutela do «direito ao ambiente» é limitada.
  - 2608. Petição apresentada perante o TEDH a 3 de dezembro de 2020 – Cfr. <https://youth4climatejustice.org>
  - 2609. Trata-se de um dos milhares de casos de «litigância climática estratégica» atualmente em discussão em tribunais, sobretudo nacionais – Cfr. DONGER, E., *Children and Youth in Strategic Climate Litigation: Advancing Rights through Legal Argument and Legal Mobilization*, junho de 2022 – disponível aqui: <https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/children-and-youth-in-strategic-climate-litigation-advancing-rights-through-legal-argument-and-legal-mobilization/7B3C59B37A7708495D16687073C95B25>



## *Capítulo 37*

# Estándares interamericanos en materia de medio ambiente: guía para proteger a los sectores en vulnerabilidad

ISAAC DE PAZ GONZÁLEZ<sup>2610</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PREÁMBULO DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA CORTE IDH. 3. DIRECTRICES AMBIENTALES PROPUESTAS POR LA COMISIÓN IDH: LOS INFORMES COMO MARCO DE REFERENCIA PARA PROTEGER EL AMBIENTE. 4. INFORME SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: ESTÁNDARES INTERAMERICANOS. 5. LA JURISPRUDENCIA AMBIENTAL INTERAMERICANA. 6. EL REFERENTE AMBIENTAL INTERAMERICANO: LA OC 23/2017. 7. EL REFERENTE CONTENCIOSO INTERAMERICANO: LHAKA HON-HAT VS. ARGENTINA. 8. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos cinco años, alrededor del mundo se puede advertir el notable avance de la justicia ambiental y sus nuevas directrices tanto normativas, de política pública y jurisprudenciales como respuesta a los problemas más urgentes en materia ambiental que se agrupan en: (1) derechos climáticos; (2) cumplimiento nacional de normas; (3) mantener los combustibles fósiles bajo tierra; (4) responsabilidad y responsabilidad corporativa; (5) falta de adaptación y los impactos de la adaptación; y (6) divulgaciones climáticas y lavado verde<sup>2611</sup>.

- 
2610. Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Baja California (Méjico). <https://orcid.org/0000-0002-2267-5629>.
2611. Por ejemplo, al respecto véase: VALENCIA HERNÁNDEZ, J., AGUIRRE FAJARDO, A., RÍOS SARMIENTO, M. «Desafíos de la justicia ambiental y el acceso a la justicia ambiental en el desplazamiento ambiental por efectos asociados al cambio climático», *Luna Azul*, Colombia, Vol. 41, (2015), pp. 323-347; ORTIZ-RIOMALO, J., & RETTBERG, A., Minería de oro, conflicto y criminalidad en los albores del siglo XXI en Colombia: Perspectivas para el posconflicto colombiano. *Colombia Internacional* (2018), 93, pp. 17-63; ROSAS LANDA, O., «La lucha legal por la justicia hídrica: México en el Tribunal Latinoamericano del Agua», *El Cotidiano*, (2012), 173, pp. 67-79; y uno reciente sobre TERREROS CALLE, F., «Derecho a la

Con mucha intensidad, cada vez más cortes regionales y nacionales se ocupan de la contaminación, la protección de zonas con importancia biológica, los territorios de los pueblos originarios o las grandes obras públicas y privadas que interfieren con el disfrute a un ambiente adecuado y limpio<sup>2612</sup>. En diverso trabajo he apuntado cuatro tendencias del litigio global vs el cambio climático: «i) obligar a los gobiernos a verificar calidad del aire y reducir la contaminación; ii) obligar a las autoridades a prevenir y evitar la degradación de zonas de importancia biológica; iii) obligar a gobiernos a revertir grandes obras de infraestructura que tienen impacto ambiental negativo; y iv) promover acciones legislativas y del poder ejecutivo hacia entes públicos y privados que afectan el ambiente»<sup>2613</sup>.

Las cuatro dimensiones propuestas conforman una serie cada vez más amplia de sentencias ambientales que existen alrededor de distintas jurisdicciones. Tanto nacionales, regionales y locales; de tipo administrativo, de jurisdicción ambiental; mediante quejas de derechos humanos (incluso internacionales) y medios de control constitucional como el amparo (en México y Guatemala) o sus acciones análogas (tutela en Colombia o el *mandado de seguridad* (Brasil). En 2021, establece que las tendencias de justiciabilidad ambiental contienen lineamientos en los cuáles «se aplica de forma gradual e interconectada la legislación nacional, los principios ambientales de no regresión, precaución, prevención y cooperación y el marco ambiental internacional»<sup>2614</sup>. En este sentido, el sistema interamericano tiene aportaciones relevantes bajo dos directrices fundamentales de interpretación del derecho al ambiente: los informes temáticos y los lineamientos jurisprudenciales.

Tomando como punto de referencia el marco descrito en líneas anteriores, el objetivo de este capítulo consiste en identificar las directrices normativas y jurisprudenciales sobre el derecho al ambiente que provienen de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH y Corte IDH, respectivamente).

En ambas líneas emergen problemas de un contexto social y legal que nos muestra dos tipos de situaciones fácticas en torno al derecho al ambiente: *i)* las graves afectaciones provocadas por las actividades extractivas del sector empre-

---

protección de los desplazados por factores medioambientales a la luz de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos». Estudios constitucionales, 18 (2020), 2, pp. 151-183; VALDERREY VILLAR, F. J., & LEMUS DELGADO, D. L., «Minería, movimientos sociales y la expansión de China en América Latina», Desafíos, 31 (2018), 2, pp. 375-410; MUÑOZ-DUQUE, L, PÉREZ OSORNO, M, BETANCUR VARGAS, A., «Despojo, conflictos socioambientales y violación de derechos humanos. Implicaciones de la gran minería en América Latina», Revista UDCA Actualidad & Divulgación Científica, (2020), 23, 1.

2612. Hasta el mes de enero de 2020, había 1200 casos en Estados Unidos y 1550 en todo el mundo. United Nations Environment Programme, Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review, pp. 9, 13.
2613. DE PAZ GONZÁLEZ, I., «Tendencias Globales de la justicia ambiental y el litigio contra el cambio climático», Ius et Praxis, 27, (2021) 2, pp. 72-93.
2614. *Ibidem*.

sarial-minero que provocan daños al ambiente y la aquiescencia de los Estados en este aspecto; y *ii)* la apertura del enfoque interamericano hacia la adopción de los estándares internacionales del derecho al ambiente y sus efectos positivos para defender los derechos de las comunidades y a su vez impulsar una protección objetiva que sirva de referente para evitar situaciones críticas que pueden poner en peligro la continuidad de la vida humana en el planeta<sup>2615</sup>.

Siguiendo las directrices mencionadas, el capítulo tiene tres apartados que se desarrollan a continuación: las directrices ambientales implícitas y explícitas de la Comisión IDH, las pautas jurisprudenciales de las sentencias más relevantes en materia ambiental emitidas por la Corte IDH.

## 2. PREÁMBULO DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA CORTE IDH

Entre 2001 y 2016 el sistema interamericano no se ocupó directamente de los estudios, análisis, ni de la aplicación o interpretación directa en sentencias de los derechos ambientales (aunque implícitamente los casos sobre pueblos indígenas se destacó la importancia de los territorios y la sustentabilidad del modo de vida de dichas poblaciones). Una de las fallas de origen en esa primera etapa fue la ausencia de interpretaciones exhaustivas de los derechos sociales en el seno de la Corte IDH ya que no se había reconocido la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ni el efecto normativo vinculante de distintos derechos previstos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Sin embargo, desde 2006 se rechazó una petición del Pueblo Inuit del círculo polar ártico en contra de las acciones provocada por Estados Unidos que ponen en riesgos su vida, su cultura y subsistencia debido a que las emisiones de gases de efecto invernadero contribuyen a la degradación de sus territorios y amenazan todas sus actividades para subsistir (caza, recolección, vivienda y territorios)<sup>2616</sup>.

No obstante, en el fondo y dentro del análisis de contexto de varios fallos de la Corte Interamericana sobre los derechos de los pueblos originarios ya se advierten los dos problemas que siguen prevaleciendo en los Estados Partes de la CADH: la importancia del ambiente como medio de subsistencia de los pueblos originarios y la falta de procedimientos y normas legales (e instrumentos procesales) que produzcan los resultados efectivos para la protección de los derechos ambientales

2615. KLEIN señala que el movimiento climático tiene todavía que encontrar la fuerza para someter a control y escrutinio los crímenes ambientales cometidos por empresas y solapados por gobiernos., KLEIN, N., Esto lo cambia todo. El capitalismo contra el clima, México, Paidós, 2020, p. 569.

2616. Carta de rechazo signada por Ariel DULITZKY, en aquel momento asistente de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión IDH. [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2006/20061116\\_na\\_decision-1.pdf](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2006/20061116_na_decision-1.pdf); la petición del Pueblo Inuit puede consultarse íntegramente en: [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2005/20051208\\_na\\_petition-1.pdf](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2005/20051208_na_petition-1.pdf)

en su aspecto individual y colectivo. Las sentencias interamericanas cuyo telón de fondo expuso la gran problemática en torno a las luchas territoriales incluso frente a proyectos extractivos y la aquiescencia del Estado a favor de los particulares fueron: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), *Sawhoyamaxa vs Paraguay y Xákmok Kásek v Paraguay* (2010). En los tres casos, sin que se haya tratado el tema ambiental *per se*, la Corte IDH expuso distintos problemas vinculados al entorno de la comunidad, sus derechos territoriales, el derecho al agua potable y a otros servicios que en su conjunto les permitirían a los pueblos un estándar de vida acorde a sus propios medios y cosmovisión. El asunto que puso en tela de juicio plenamente los daños ambientales debido a las actividades extractivas fue el caso *Kichwa de Sarayaku vs Ecuador* (2012). Sin embargo, fue hasta el 2018 en que la Corte IDH resolvió la opinión consultiva OC-23/2017 sobre Medio Ambiente en la que se vertebró lo que ahora se puede considerar como el estándar interamericano en materia de medio ambiente.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH es de cuño reciente pero las directrices normativas sobre el medio ambiente son muy valiosas, oportunas y comprenden un rango de largo alcance sobre todo para proteger territorios de suma importancia biológica ya que la Comisión IDH ha hecho hincapié en el cuidado de la Amazonía brasileña, peruana y la panamazonía. A continuación, haré una breve reseña de las directrices más relevantes.

### **3. DIRECTRICES AMBIENTALES PROPUESTAS POR LA COMISIÓN IDH: LOS INFORMES COMO MARCO DE REFERENCIA PARA PROTEGER EL AMBIENTE**

La Comisión IDH tiene por lo menos cinco informes temáticos en los que ha subrayado la relación directa entre personas en situación de vulnerabilidad y el derecho ambiental. Más allá del contexto y el trabajo de campo que contienen, desde el punto de vista jurídico los informes dan cuenta de la interdependencia del ambiente con el respeto a otros derechos como la no discriminación, el derecho a la consulta, y el respeto a la integridad personal y comunitaria de muchos pueblos y comunidades que padecen los estragos de los daños ambientales y del cambio climático.

El primero de los informes (de 2013) se denomina *Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos*. Ahora bien, en este informe se advierte que los mayores riesgos que enfrentan estos pueblos son la presencia de agentes particulares o del Estado para llevar a cabo actividades comerciales o extractivas en sus territorios ancestrales. El citado informe establece que una de las mayores amenazas son las industrias del caucho, la extracción de minerales, maderas, metales e hidrocarburos. En este aspecto, la Comisión IDH reconoce la integridad del derecho de los pueblos en aislamiento con los derechos ambientales<sup>2617</sup>.

2617. Comisión IDH, Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.47/13, diciembre de 2013, párr. 101.

En el informe de la Comisión IDH titulado *Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de Personas Afrodescendientes* (y a los pueblos que lo conforman<sup>2618</sup>: afroboliviano, afrocolombiano, afroperuano, afromexicano, afrochileno, y otras comunidades tribales en Centroamérica)<sup>2619</sup>. También se reconoce la necesidad de proteger los territorios de personas afrodescendientes que viven en todo el continente.

Lo anterior tiene que ver con distintas directrices que deben implementar los estados para proteger los territorios y preservar el entorno ambiental de estos pueblos ya que sus derechos «bioculturales que tienen los pueblos afrodescendientes tribales de administrar de forma autónoma sus territorios y los recursos naturales; espacios colectivos en donde se construyen las tradiciones culturales y formas de vida basadas en la relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad»<sup>2620</sup>.

Sin embargo, hay tres problemas fundamentales que se oponen al disfrute de un ambiente sano y adecuado para el desarrollo de los pueblos afrodescendientes: su falta de reconocimiento constitucional en diversas normas fundamentales de los Estados Partes de la CADH, la falta de un procedimiento nacional para llevar a cabo las consultas previas e informadas de acuerdo con los estándares internacionales y la continuidad de las políticas extractivas de los gobiernos en los territorios ancestrales de los pueblos afrodescendientes. En este último rubro, la Comisión IDH nota su preocupación por distintos actos de restricción del derecho humano al agua debido a la contaminación y a la gestión que hacen de ella empresas públicas y privadas<sup>2621</sup>.

#### **4. INFORME SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: ESTÁNDARES INTERAMERICANOS**

En el marco de las actividades empresariales el ambiente es uno de los derechos más sacrificados<sup>2622</sup> sin que los Estados tengan voluntad de buscar mecanismos de prevención, supervisión fiscalización y reparación de los daños causados. En el informe sobre Empresas y Derechos Humanos, la Comisión establece que, por ello, «no sólo los Estados, al ejercer sus funciones reguladoras, fiscalizadoras y judiciales, sino también las empresas, en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el

- 2618. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas afrodescendientes, [oas.org](http://oas.org).
- 2619. HERRERA, J., «Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America», *The Case of Indigenous Peoples and Afro-descendants*, Revista Derecho del Estado, Colombia, Vol. 43, (2019), pp. 191-233.
- 2620. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas afrodescendientes ([oas.org](http://oas.org)), párr. 220.
- 2621. *Ibidem*, párr. 235.
- 2622. Aunado a los derechos laborales y la integridad de la vida de las personas. El sistema interamericano ha dado cuenta de las graves violaciones a los derechos humanos mediante esclavitud moderna debido a la falta de supervisión estatal hacia las empresas. Por ejemplo, véase Corte IDH, caso Hacienda Brasil verde vs Brasil, Sentencia del 20 de octubre de 2016.

uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica, poniendo especial atención a su estrecha relación con los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y poblaciones rurales o campesinas»<sup>2623</sup>.

Por tal motivo, la Comisión IDH reconoce que los Estados Partes deben realizar mayores esfuerzos para mejorar sus marcos regulatorios internos y aplicar los marcos internacionales; así como «poner en marcha procesos de debida diligencia respecto del impacto ambiental en los derechos humanos y el clima, garantizar el acceso a la información ambiental, los procesos participativos y la rendición de cuentas, así como la reparación efectiva a las víctimas por la degradación ambiental»<sup>2624</sup>.

El informe de 2021 sobre el *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales* pone atención a los territorios y tierras de estos grupos pues a pesar del reconocimiento legal muchos grupos aún no gozan de la protección a pesar de su ocupación histórica de sus territorios ancestrales. Así, la Comisión IDH ha detectado que «la falta de reconocimiento y demás garantías en torno al territorio puede traer aparejado que se ponga en cuestión la identificación como colectivo y/o la personalidad jurídica de pueblos y comunidades, negando así su existencia misma»<sup>2625</sup>. Los hallazgos de la Comisión IDH ponen al descubierto una de las grandes preocupaciones del derecho ambiental: el grave riesgo de la afectación a los territorios de los pueblos originarios, pues su modo de vida mantiene un equilibrio con los ciclos naturales, y la falta de reconocimiento legal (títulos o demarcación) facilita que el Estado adjudique sus tierras para llevar a cabo proyectos extractivos, construcción de presas, de inmobiliarias para servicios turísticos o para extracción de hidrocarburos. Esta lógica es la que han seguido diversos Estados y que queda en evidencia en distintas sentencias dictadas por la Corte IDH.

En su más reciente informe, de 2021, denominado «Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales»<sup>2626</sup>, se expone que el modelo actual de desarrollo de los pueblos originarios puede responder a la crisis climática, ya que «un aspecto fundamental de la gobernanza territorial es el modelo de desarrollo que adoptan los pueblos indígenas y tribales, como manifestación de su derecho a la libre determinación. Además de otros instrumentos internacionales, el artículo XXIX de la Declaración Americana sobre pueblos indígenas reconoce el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, que implica mantener y determinar sus propias prioridades en lo relacionado con su desarrollo político, económico, social y cultural, de conformidad con su propia cosmovisión»<sup>2627</sup>. Además, la Comisión establece que bajo este modelo propiamente comunitario puede ser una mejor respuesta para

2623. Comisión IDH, Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, 1 de noviembre de 2019, párr. 46.

2624. *Ibidem*.

2625. Comisión IDH, Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales, párr. OEA/Ser.L/V/II. Doc.413/21, párr. 127.

2626. Comisión IDH, Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales, OEA / Ser.L/V/II, diciembre de 2021.

2627. *Ibidem*, párr. 168.

enfrentar los problemas locales y solucionarlos bajo sus prioridades y aspiraciones como pueblo. «Ello implica que los pueblos indígenas emprendan iniciativas para extraer los recursos naturales en sus territorios, dependiendo de si lo desean o no. Un mecanismo que vienen empleando los pueblos indígenas son los «Planes de Vida» [que] consoliden procesos de autogestión comunitaria y sean considerados por el Estado en sus planes de ordenamientos territoriales»<sup>2628</sup>.

De esta primera parte se puede afirmar que la Comisión IDH ha puesto énfasis en la protección de los derechos ambientales de los pueblos originarios y afrodescendientes por dos razones fundamentales: la primera es que sus asentamientos, tierras y territorios protegen no sólo sus formas de vida y expresión cultural sino el entorno ecológico y los servicios ambientales. No es casualidad que la Comisión IDH le han interesado los pueblos en aislamiento voluntario, los grupos de la panamazonía y que actualmente las medidas cautelares que ha otorgado entre 2019-2021 se concentran en grupos de pueblos originarios. Por ejemplo, entre 2019 y 2022 destacan las siguientes:

Tabla 1. De medidas cautelares. Elaboración propia<sup>2629</sup>.

Resolución Medida Cautelar	Beneficiarios	Objeto
9/22 Ampliación MC 505-15  Nicaragua	Comunidades Musawas, Suniwas y Wilú del Territorio Mayangna Sauni As	Adopte las medidas necesarias, y culturalmente adecuadas, para salvaguardar la vida y la integridad personal de los indígenas de las Comunidades
MC 1113-21  Colombia	Comunidad Afrodescendientes y defensores de los derechos humanos en la zona rural de Buenaventura (cuenca del río Yurumanguí).	Proteger sus derechos a la vida e integridad personal de la comunidad
MC 1050-21 México	Comunidades indígenas mixtecas de Guerrero Grande y de Ndoyonuyuji	Proteger los derechos a la vida e integridad personal de las familias indígenas de las comunidades de Guerrero Grande y de Ndoyonuyuji, a través de medidas culturalmente adecuadas dirigidas para proteger sus derechos.

2628. *Ibidem*, p. 60.

2629. Con datos de la Comisión IDH, información disponible en <http://www.oas.org/es/CIDH/decisiones/MC/cautelares.asp>, acceso 18 de abril de 2022.

Resolución Medida Cautelar	Beneficiarios	Objeto
47/19 MC 458-19  Brasil	Comunidad Guyraroká del Pueblo Indígena Guarani Kaiowá	Adopte las medidas de protección culturalmente adecuadas para proteger la vida y la integridad personal de la comunidad Guyraroká del Pueblo Indígena Guarani Kaiowá implementando, por ejemplo, acciones dirigidas a mejorar, entre otros aspectos, las condiciones de salud, alimentación y acceso a agua potable.
67/20 MC 306-20  Guatemala	Familias indígenas maya Poqomchi' de las Comunidades Washington y Dos Fuentes	Adopte las medidas necesarias para proteger a las familias indígenas maya Poqomchi' de las Comunidades Washington y Dos Fuentes, a través de medidas culturalmente adecuadas dirigidas a atender, entre otros aspectos, las condiciones de alojamiento, salud, alimentación y acceso a agua potable.
35/20 MC 563-20  Brasil	Miembros de los Pueblos Indígenas Yanomami y Ye'kwana	Adopte las medidas necesarias para proteger los derechos a la salud, vida e integridad personal de los miembros de los Pueblos Indígenas Yanomami y Ye'kwana, implementando, desde una perspectiva culturalmente adecuada, medidas de prevención frente a la diseminación de la COVID-19.
7/20 MC 708-19  México	Pobladores de las Zonas Aledañas al Río Santiago.	Adopte las medidas pertinentes para brindar un diagnóstico médico especializado para las personas beneficiarias, teniendo en cuenta la alegada contaminación, proporcionándoles asimismo una atención médica adecuada en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Si bien es cierto estas medidas no se relacionan directamente con el ambiente, si están enfocadas en comunidades originarias o afrodescendientes que enfrentan graves riesgos de desplazamiento, violencia estructural y problemas territoriales que muchas veces son instigados por empresas para apropiarse de su territorio. Los casos de reconocidas luchadoras ambientales en Honduras, Colombia, México, Perú e incluso en Estados Unidos, dan cuenta de ello<sup>2630</sup>.

2630. Véase por todas las referencias a Berta Cáceres, Francia Marquez, Máxima Acuña, Julia Olson, en DE PAZ GONZÁLEZ, I., Mujeres en el sistema interamericano, Sobrevivientes y constructoras de la Jurisprudencia progresista, México-España, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 60-62.

La segunda razón es que, a pesar de ciertos indicadores y reconocimiento normativo en los Estados Partes de la CADH, el derecho al ambiente sigue siendo ilusorio para muchos pueblos y comunidades originarias. La mayor barrera en algunos Estados es la política desintegradora de los derechos territoriales y la prevalencia de proyectos extractivos auspiciados por el Estado, sobre todo (de acuerdo a datos de Perú, México, Chile y Brasil) provenientes de tres sectores: minero, agroindustria y de la explotación de maderas<sup>2631</sup>. Uno de los hitos recientes de la Comisión IDH es la Resolución No. 3/2021 *Emergencia Climática: Alcance de las obligaciones interamericanas en materia de derechos humanos*<sup>2632</sup>. Es un hito por su enfoque integral, que toma en cuenta aspectos críticos para los Estados con el objetivo de mejorar las políticas ambientales desde la perspectiva de la justicia social y económica. La resolución despliega nueve puntos sobre los cuales los Estados están obligados a emprender acciones administrativas, legislativas, judiciales y de política pública para responder a la crisis climática.

Técnicamente, la Resolución 3/2021 sirve de guía metodológica para orientar las políticas de los Estados Partes de la CADH.

1. La centralidad del enfoque de derechos humanos y ambientales para enfrentar el cambio climático.
2. Tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad o discriminación histórica en materia ambiental y climática.
3. Derechos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica en materia ambiental y climática.
4. Derechos de los pueblos indígenas, comunidades tribales, afrodescendientes y campesinas o que trabajan en zonas rurales frente al cambio climático.
5. Derechos de las personas defensoras de la tierra y de la naturaleza.
6. Fomentar los Derechos de acceso a la Información, a la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental y climática.
7. Obligaciones extraterritoriales de los Estados en materia ambiental y climática.
8. Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y remediar posibles violaciones a los mismos en el contexto ambiental y climático.

---

2631. Véanse los estudios al respecto de: VALDERREY VILLAR, F. J., & LEMUS DELGADO, D. L. «Minería, movimientos sociales y la expansión de China en América Latina», *Desafíos*, Colombia, 31, (2019), Vol. 2, 2019, pp. 375-410; MUÑOZ-DUQUE, L., PÉREZ OSORNO, M., BETANCUR VARGAS, A., «Despojo, conflictos socioambientales y violación de derechos humanos. Implicaciones de la gran minería en América Latina», *Revista UDCA Actualidad & Divulgación Científica*, Colombia, Vol. 1, (2020), p. 23.

2632. Comisión IDH, Adoptada el 31 de diciembre de 2021.

## 9. Políticas fiscales, económicas y sociales para una transición justa.<sup>2633</sup>

En este sentido, la Resolución 3/2021 de la Comisión IDH explica en qué consisten las responsabilidades de los Estados y en mi perspectiva destaca tres puntos nodales: *i*) la responsabilidad histórica de los Estados para proteger comunidades y personas con mayores riesgos de sufrir daños por el cambio climático; *ii*) las obligaciones extraterritoriales de los Estados y *iii*) la creación de políticas económicas y fiscales para la transición climática que no empeore las condiciones de personas en situación de pobreza. Considero que se trata de una de las resoluciones más completas y que supera en enfoque e integración de los temas previstos en las Resoluciones A/HRC/RES/44/7 y A/HRC/RES/41/21 de la ONU sobre cambio climático<sup>2634</sup>.

En suma, la Resolución 3/2021 sobre cambio climático representa el esfuerzo más elaborado por parte de la Comisión IDH que sirve como guía de la ruta que habremos de seguir en los Estados Partes de la CADH. Sin embargo, esta ruta es un marco de referencia general y abstracto que habrá que seguir de manera integral y puntual desde los trabajos que de manera organizada y coordinada pudieran llevar a cabo las comisiones de derechos humanos (o defensorías de derechos) nacionales para que se logre un objetivo común continental de disminuir los riesgos y las actividades que provocan el aumento global de la temperatura y la degradación ambiental.

Por otra parte, los puntos de referencia específicos de problemáticas ambientales que han llegado a la etapa contenciosa (o de opinión consultiva) de la Corte IDH se estudian a continuación.

## 5. LA JURISPRUDENCIA AMBIENTAL INTERAMERICANA

Entre los años 2000 y 2020, la Corte no se pronunció abiertamente en asunto contencioso sobre los derechos ambientales o sobre el incumplimiento de las obligaciones al respecto. Hasta ahora el mayor referente ambiental interamericano sigue siendo (en mi opinión) la OC-23/17. No obstante, previamente la Corte IDH tiene fallos importantísimos concernientes a derechos conexos para ejercer la protección ambiental.

Los dos primeros son casos de *Claude Reyes vs. Chile* (2006) y *Kawas Fernández vs. Honduras* (2009). En «*Claude Reyes*» se analizó la violación al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) debido a la falta de información de un proyecto de infraestructura en Chile sobre el cual pesaba el rechazo

2633. *Ibidem*, pp. 11-26.

2634. La primera fue adoptada por el Consejo de Derechos Humanos 44 período de sesiones del 30 de junio a 1 de julio de 2020; y la segunda fue adoptada por el Consejo de Derechos Humanos 41 período de sesiones 24 de junio a 12 de julio de 2019. Esta última que trata sobre el Cambio Climático y sus objetivos y principios, y poniendo de relieve que las partes, en todas las actividades relacionadas con el cambio climático, deberían respetar plenamente los derechos humanos.

social. El punto medular del caso *Claude Reyes* fue que no hubo una evaluación de los factores comerciales, económicos y sociales para llevar a cabo el proyecto de deforestación y que «podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile»<sup>2635</sup>. Entre otros elementos normativos, la Corte IDH mencionó que en 1998 se adoptó la «Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales»<sup>2636</sup> y que todo ello forma parte de la transparencia, la rendición de cuentas y la democracia que debe cumplirse en los Estados Partes. La Corte IDH condenó a Chile por la violación del derecho a un recurso efectivo en materia administrativa. Por otro lado, y como medida de satisfacción se dijo que «el control social que se buscaba con el acceso a la información bajo el control del Estado y el carácter de la información solicitada son motivos suficientes para atender al requerimiento de información, sin que deba exigirse al requirente que acredite una afectación directa o un interés específico»<sup>2637</sup>.

El resultado de *Claude Reyes vs. Chile* expuso la importancia del derecho a la información como parte de la participación política para proteger el ambiente. En este aspecto y de manera implícita, la Corte IDH ha subrayado la interrelación entre el derecho a la consulta y la exigibilidad de estudios de impacto ambiental en los casos «*Awas Tigni vs. Nicaragua*», «*Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*», los tres casos contra Paraguay: «*Yakye Axa, Sawhoyomaxa y Xàkmok Kàsek*»; el de «*Kaliña Lokono vs. Surinam*» y el caso de las comunidades «*Kuna y Emberá vs. Panamá*».

Por otro lado, el caso «*Kawas Fernández*» reveló el grave peligro que enfrentan los defensores medioambientales pues la muerte de Inés Kawas Fernández (y otros ambientalistas)<sup>2638</sup> se dio en el contexto de la lucha por la protección de amplias zonas de reservas naturales. En cuanto al fondo, y por una parte, la Corte IDH reconoció la violación al derecho de integridad personal de la víctima y sus familiares; por la otra, estableció que la defensa del ambiente es parte interdependiente<sup>2639</sup> del derecho a la participación política. En este sentido, la Corte IDH se refirió al reconocimiento de los ambientalistas porque su trabajo «cobra mayor vigencia en los países de la región, en los que se observa un número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor»<sup>2640</sup>.

Finalmente, la Corte IDH reconoció la interdependencia de los derechos humanos como parte de su protección integral ya que «la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente»<sup>2641</sup>. En suma, y aunque en estos primeros casos, la Corte

2635. Corte IDH, *Claude Reyes y otros v. Chile*, 19 de septiembre de 2006, párr. 57.13.

2636. *Ibidem*, párr. 84.

2637. V. párr. 157.

2638. HAJJAR, L., *Human Rights and the Environment. Philosophical, Theoretical and Legal Perspectives*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 81.

2639. Corte IDH, *Kawas Fernández vs. Honduras*, 3 de abril de 2009, párr. 149.

2640. Corte IDH, «*Kawas Fernández vs. Honduras*, 3 de abril de 2009, párr. 148.

2641. Corte IDH OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, párrs. 84 y 85.

IDH no se pronunció sobre el cambio climático, si perfiló el alcance axiológico y jurídico en el de las obligaciones ambientales que luego permitirían vertebrar las directrices actuales sobre el medio ambiente en la OC-23/17 y el Caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*.

## 6. EL REFERENTE AMBIENTAL INTERAMERICANO: LA OC 23/2017

Ninguna otra corte regional en el mundo ha emitido una opinión jurídica tan amplia sobre el derecho al ambiente (aunque es necesario apuntar que la Corte europea de Derechos Humanos ha emitido sendas resoluciones en casos contenciosos relacionados con el ambiente)<sup>2642</sup>. Debido al breve espacio de este capítulo, sintetizaré los puntos medulares de la OC-23/17. Los dos rasgos fundamentales de esta OC son el interés general y el aspecto transnacional de protección a favor del ambiente. La Corte IDH partió del fundamento de los principios de prevención y protección ambiental como parte de las directrices amplificadas de los artículos 1 y 2 de la CADH conectados a los tratados ambientales que los Estados americanos han firmado en materia ambiental<sup>2643</sup>. De acuerdo con la interpretación sistemática que hace la Corte IDH estas obligaciones conllevan medidas (judiciales y legislativas) para que los derechos no sean violados y sean maximizados mediante pautas legales, de política pública y otros remedios legales que «aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y susceptibles de acarrear sanciones e indemnizaciones por sus consecuencias perjudiciales»<sup>2644</sup>.

Atendiendo al principio de prevención, la OC-23/17 señala que los Estados «tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional, de conformidad con la debida diligencia internacional»<sup>2645</sup>.

Bajo estas directrices, la Corte IDH estableció que «El principio de prevención de daños ambientales forma parte del derecho internacional consuetudinario y

---

2642. En el sistema europeo, hasta abril de 2022, están pendientes dos casos relevantes sobre emisión de gases de efectos invernadero: *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States*, no. 39371/20, en la que se alega la violación del derecho a la vida; y la queja de *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, no. 53600/20. Sobre un basurero y la contaminación: *Öneryildiz v. Turkey*, Sentencia del 30 de noviembre 2004, Gran Sala; sobre emisiones industriales y sus daños/riesgos para la salud pública el caso *Smaltini v. Italy*, admisibilidad, 2015, en la Corte de Justicia de la Unión Europea, y sobre información pública sobre los estudios ambientales y su impacto el caso C-57/16. ClientEarth v. Comisión Europea, 2018; en C-164/17, la CJUE interpretó una directiva europea sobre la conservación de las aves y sus hábitats; C-387/15 sobre las medidas precautorias para obras de infraestructura.

2643. Corte IDH, OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, párr. 118.

2644. *Ibidem*, párr. 127.

2645. *Ibidem* párrs. 247-248.

[...] no solo abarca la tierra, el agua y la atmósfera, sino que incluye a la flora y la fauna»<sup>2646</sup>; y así la Corte amplifica las obligaciones ambientales para proteger todos los ecosistemas terrestres y marítimos, ya que los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino, e impone obligaciones de prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino a manera de política principal. En este aspecto, y aunque no se pronunció sobre los servicios ambientales de los ecosistemas marinos, la Corte reconoce implícitamente la protección legal de los ecosistemas y sus servicios.

La OC-23/17 aporta tres directrices *sine qua non* para el derecho ambiental interamericano:

- 1) El ámbito de aplicación de la obligación de prevención;
- 2) El tipo de daño se debe prevenir, y
- 3) Las medidas que deben adoptar los Estados para cumplir con esta obligación.

Sobre el tipo el ámbito de acción y prevención, se deben contemplar de manera amplia todos los tratados sobre el ambiente terrestre y marítimo; con relación al tipo de daño que se debe prevenir, la Corte IDH, aplica el Artículo 29 (d) de la CADH para abarcar diversos. En cuanto a las medidas para dar cumplimiento a las obligaciones, la Corte estableció que los Estados deben llevar a cabo de forma transversal la regulación del tipo de actividades, bajo una supervisión adecuada con mecanismos de fiscalización, requerimiento de estudios de impacto ambiental; con la debida participación ciudadana y en su caso de pueblos indígenas; y también se precisa la creación de planes de contingencia y mitigación por los posibles daños ambientales<sup>2647</sup>. En razón del enfoque sobre poblaciones en situación de vulnerabilidad, para Terreros Calle, la OC-23 podría abrir la puerta a la justiciabilidad de los desplazados ambientales para proteger aquella población bajo los estándares de progresividad y la obligación de adoptar medidas, respetar, proteger y prevenir violaciones a los derechos humanos<sup>2648</sup>.

## 7. EL REFERENTE CONTENCIOSO INTERAMERICANO: LHAKA HONHAT VS. ARGENTINA

El caso *Lhaka Honhat (asociación Nuestra Tierra) vs. Argentina* es el primero en que la Corte se pronuncia sobre la degradación ambiental y sus efectos en la vida colectiva de 132 comunidades del Chaco Salteño en el norte de la Argentina. El caso analizó de manera integral los derechos individuales y colectivos de las comunidades que desde 1995 aproximadamente llevaban reclamando la titulación, protección y el reconocimiento legal de su propiedad. La Corte IDH retoma sus directrices de la OC-23/17, el marco nacional e internacional (suscripto por Argentina) sobre la

2646. *Ibidem*, párr. 130.

2647. *Cfr.* párrs. 207-209.

2648. TERREROS CALLE, *op. cit.*, pp. 171-173.

prevención del daño ambiental y que le obligaban a evitar la intensificación de la vulnerabilidad de las comunidades indígenas<sup>2649</sup>.

Por otra parte, el caso *Lhaka Honhat* revela la transversalidad del análisis en los casos de derechos de los pueblos originarios que son interdependientes de los ambientales y su propia subsistencia: alimentación, identidad cultural y el derecho a la participación en el uso de sus recursos territoriales y en la necesaria protección amplia de su derecho a la propiedad.

*Lhaka Honhat* también establece una propuesta jurisprudencial que comienza a tomar fuerza para establecer la causa-efecto entre las actividades lesivas a los territorios y el ambiente derivadas de las empresas y otros agentes particulares (tala, cercos y explotación ganadera) y la falta de supervisión fiscalización de Argentina para garantizar que los derechos de aquellos pueblos sean respetados porque se relacionan con la subsistencia comunitaria mediante un estudio especializado con miras a que el Estado implemente y lleva a cabo:

- a) La conservación de las aguas, superficiales o subterráneas, existentes en el territorio indígena.
- b) El acceso permanente a agua potable.
- c) Evite que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales en el territorio indicado<sup>2650</sup>.

El caso *Lhaka Honhat* es un hito jurisprudencial porque contiene todos los aspectos sustantivos contemplados por el marco jurídico del derecho al ambiente tanto del derecho internacional como del interamericano y porque constituye un nuevo enfoque jurisprudencial a manera de ruta a seguir por los Tribunales de los Estados Partes de la CADH para que amplifiquen sus lineamientos de reparaciones integrales cuando confluyen actos públicos y de particulares que degraden el ambiente y los derechos comunitarios.

## 8. CONCLUSIONES

De las directrices ambientales que se han descrito en el presente capítulo, tenemos que la Comisión IDH y la Corte IDH pueden inscribirse dentro de las tendencias normativas siguientes para proteger el ambiente: *i)* el diseño de lineamientos sobre las obligaciones hacia las autoridades estatales para prevenir y evitar la degradación de zonas de importancia biológica; y *ii)* promover acciones legislativas y del poder ejecutivo hacia entes públicos y privados que afectan el ambiente. Como tercera línea, se puede afirmar que existen esfuerzos claros desde el sistema interamericano para que los Estados ejerzan acciones concretas de supervisión y fiscalización de los entes privados que pueden causar daños al ambiente y a los territorios en

2649. Corte IDH, Comunidades Lhaka Honhat v. Argentina, sentencia del 04 de febrero de 2020, ver párrs. 243-253, 284, 287 289.

2650. *Ibidem*, párrs. 332-333.

donde actúan. En este aspecto, los informes temáticos de la Comisión son lo suficientemente ilustrativos al exponer los daños estructurales que causa la minería y otros proyectos extractivos.

En mi perspectiva, las directrices interamericanas claramente indican que el camino de la protección ambiental está ligado inexorablemente a la protección de los derechos de los pueblos originarios y a otros grupos en situación de vulnerabilidad. Sobre todo, es de notoria importancia el enfoque propuesto por la Resolución 3/2021 de la Comisión IDH sobre la emergencia climática que vale la pena subrayar: *i*) la responsabilidad histórica de los Estados para proteger comunidades y personas con mayores riesgos de sufrir daños por el cambio climático; *ii*) las obligaciones extraterritoriales de los Estados y *iii*) la creación de políticas económicas y fiscales justas para la transición climática.



## *Capítulo 38*

# A proibição da discriminação a partir dos sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos

VALÉRIA RODINÉIA ZANETTE<sup>2651</sup>  
REGINALDO DE SOUZA VIEIRA<sup>2652</sup>

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. 2.1. *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.* 2.2. *Sistema europeu de proteção dos direitos humanos.* 3. A APROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. 4. A NÃO DISCRIMINAÇÃO NO SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. 5. CONCLUSÃO.

### **1. INTRODUÇÃO**

Pensar a igualdade e a não discriminação enquanto estruturantes da dignidade da pessoa humana é compreender que tal direito deve ser garantido não somente no plano interno dos Estados, mas por todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

- 
2651. Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal), Doutoranda em Desenvolvimento Socioeconômico pela Universidade do Extremo Sul Catarinense e Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade de Lisboa (2010), pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (2008), especialista em Direito Internacional pela Universidade de Lisboa (2007). Tem experiência na área de Direito Público. Professora na Faculdade ESUCRI (Criciuma, Brasil).
2652. Graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (1995) e mestrado em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (2002). É Doutor em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (2013). Atualmente é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Brasil), atuando no curso de Direito. Professor, pesquisador e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC). Professor permanente e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC).

Tal pesquisa objetiva apresentar os sistemas regionais europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos, cada qual com sua estrutura, objetivos e especificidades para então, voltando-se exclusivamente ao direito à não discriminação, busca constatar a efetividade e o alcance desse frente aos dois sistemas.

Nessa senda, tem-se enquanto hipóteses a garantia, ou não, da igualdade e não discriminação no sistema europeu de proteção dos direitos humanos e também no sistema interamericano.

Para tanto inicia com uma breve análise das Nações Unidas enquanto responsável principal pela proteção universal dos direitos humanos e adentrando então nos sistemas regionais europeu e interamericano.

No sistema europeu de proteção dos direitos humanos resta compreender tanto o sistema da União Europeia, que alcança o Tribunal de Justiça da União Europeia quanto o Conselho da Europa com seu Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Já o sistema interamericano é composto por dois órgãos estruturantes, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, que conjuntamente trabalham pelas garantias desses direitos no Continente Americano.

Em se apresentando os dois sistemas regionais restará a análise do direito humano a não discriminação em cada um deles, iniciando pelo sistema europeu, tanto frente a União Europeia quanto ao Conselho da Europa.

Por fim, como vem sendo enfrentado o direito à não discriminação no sistema interamericano, iniciando com a Comissão Interamericana e passando para o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

O método de procedimento utilizado para o desenvolvimento da pesquisa fora o monográfico e o método de abordagem aplicado o dedutivo.

## **2. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Vislumbrar um sistema internacional de proteção dos direitos humanos hoje é compreender a construção e importância desses direitos no espaço e no tempo.

Os direitos humanos resultam da evolução da própria humanidade, que foi construindo, com o passar dos séculos, o ser humano enquanto verdadeiro sujeito de direitos públicos, autônomo, com vontade política baseada no «pacto social» e enquanto centro de uma ordem política e social.

Para tanto, surgiram conceituações nessa longa jornada, tendo sido compreendidos nos séculos XVII e XVIII enquanto direitos naturais, no século XIX chamados pela doutrina francesa e alemã de direitos públicos subjetivos, e, a partir das revoluções americana e francesa, em direitos fundamentais e humanos<sup>2653</sup>.

---

2653. ANNONI, D., *O direito humano de acesso à justiça no Brasil*, Porto Alegre, Fabris, 2008.

Isso faz lembrar que os direitos humanos são produto da civilização humana e, como tal, direitos históricos, mutáveis, passíveis de «transformação e ampliação»<sup>2654</sup>. O que leva ao grande desafio em conceituar direitos humanos, eis que, para além da questão «tempo», há que se levar em conta a diversidade de perspectivas pelas quais podem ser considerados<sup>2655</sup>.

O indivíduo enquanto centro, mesmo em relação ao Estado e à sociedade, contratualmente estabelecido e galgado na liberdade, igualdade e fraternidade, possibilitando a «realização jurídica dos direitos humanos», nos moldes hoje estabelecidos, tem nas revoluções americana e francesa seu marco histórico. Sendo esses direitos «o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados a dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens». Um verdadeiro «patrimônio espiritual comum da humanidade»<sup>2656</sup>.

Dentro desse enquadramento, para Perez Luño<sup>2657</sup>, o termo direitos humanos tem alcance amplo, via de regra utilizado para fazer referência aos direitos consagrados no plano internacional, assim como entendidos enquanto exigências éticas que demandam positivação, ou seja, como um «conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional».

Dito isso, vamos ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos que alcança, tanto um sistema universal como alguns sistemas regionais.

O sistema universal hoje é de auspício da Organização das Nações Unidas, valendo lembrar que já a Sociedade das Nações havia destacado a necessidade de proteção de certos direitos num plano internacional, no entanto, foi a partir das atrocidades vividas na 2.ª Guerra Mundial que se evidenciou a fundamentalidade de integração entre os Estados, tanto na busca pela manutenção da paz quanto na consagração de direitos humanos.

O fato é que aquele momento histórico aproveitou os laços criados num plano internacional para estabelecer um «certo núcleo fundamental de direitos internacionais do homem»<sup>2658</sup>. Ou seja, é justamente após a 2.ª Guerra Mundial que surgem o sistema universal de proteção dos direitos humanos e os sistemas regionais: o americano, o europeu e o africano. Sendo que cada um vem desenvolver-se por meio de seus próprios instrumentos jurídicos e que coexistem simbioticamente com o sistema universal.

- 
2654. BOBBIO, N., *A era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.
2655. ANDRADE, J., *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012.
2656. ANDRADE, J., *Os direitos fundamentais..., op. cit.*, p. 36.
2657. PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid, Tecnos, 1995, p. 48.
2658. ANDRADE, J., *Os direitos fundamentais..., op. cit.*, p. 25.

A própria Carta das Nações Unidas já trazia a fé e a promoção dos direitos humanos, mas foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e os pactos dela decorrentes que deram início à criação de todo um sistema internacional de proteção desses direitos, estruturando-se com a adoção de uma série de tratados, tanto num plano universal quanto regional.

Bem como destaca Richard Bildner: «O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas, procedimentos e instituições internacionais desenvolvidos para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial»<sup>2659</sup>.

O sistema universal de proteção de direitos humanos desenvolve-se dentro das Nações Unidas, que vem, em especial por meio do sistema de tratados, criando instrumentos direcionados a grupos vulneráveis e temáticas caras, que possibilitam a chamada de Estados quando da violação de direitos humanos.

Em contrapartida, os sistemas regionais buscam a proteção daqueles direitos humanos ainda carentes de maior efetividade e, por vezes, violados reiteradamente nos Estados Parte que os compõem.

Enquanto sistema regional, os instrumentos são pensados para promover a proteção de direitos humanos intimamente ligados à realidade daquela região, mais próximos daquela realidade do que o sistema global consegue ser.

Importante lembrar que os sistemas regionais apresentam normas complementares à ONU, sendo que essa, por meio da Resolução 32/127 de 1977, incentiva a criação de sistemas regionais<sup>2660</sup>. E bem como destaca Bruno Siqueira e Daniela Ribeiro<sup>2661</sup>, os sistemas regionais são «instância protetiva subsidiária».

Hoje o mundo conta com três sistemas regionais de proteção de direitos humanos, quais sejam, o Sistema Africano, o Sistema Europeu e o Sistema Interamericano, sendo esses dois últimos objeto de interesse do presente capítulo.

## 2.1. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos foi constituído a partir da Organização dos Estados Americanos (OEA), fundada em 30 de abril de 1948, tratando-se de uma das organizações regionais mais antigas do mundo, já que remonta à Primeira Conferência Internacional Americana, realizada entre outubro de 1889 a abril de 1890 em Washington – DC.

2659. BILDER, R., «An overview of international human rights law», in HANNUM, B. (Ed.). Guide to international human rights practice, 2. ed. Philadelphia, University of Pennsylvania Press (1992), p. 3.

2660. ANNONI, D., O direito humano de acesso..., *op. cit.*, p. 120.

2661. SIQUEIRA, B.; RIBEIRO, D., Trabalho escravo contemporâneo: sistema global de combate. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p. 116.

Como principais pilares tem a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento.

E quanto aos seus principais objetivos, segundo Remotti Carbonel<sup>2662</sup>:

(...) afianzar la paz y seguridad del Continente; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros; organizar la acción solidaria de estos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos, económicos que se susciten entre ellos, y promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico social y cultural.

Constituída pelos 35 Estados Independentes das Américas e contando com 69 Estados observadores permanentes, além da União Europeia (UE), a OEA é considerada fundamental para o desenvolvimento e integração do Continente Americano como um todo, eis que figura mesmo como o «principal fórum governamental político, jurídico e social do Hemisfério»<sup>2663</sup>.

Justamente por ter entre seus pilares a garantia dos direitos humanos, a OEA promoveu a criação de um sistema interamericano de proteção desses direitos, pensada desde sua fundação, quando adota a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e sua Carta, que já traz a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), seguindo com a adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e, por fim, com a criação do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIDH).<sup>2664</sup>

Sendo criado pela OEA, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos acabou por constituir então dois sistemas, o primeiro da organização, galgado nos preceitos da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e outro sistema composto apenas pelos Estados-membros da OEA que também aderiram à Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>2665</sup>.

E quatro são os instrumentos normativos principais do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador.

No entanto, é verdade que no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) acabou assumindo o protagonismo e conta hoje com 24 Estados Parte<sup>2666</sup>.

- 
- 2662. CARBONELL, J., La corte interamericana de derechos humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 19.
  - 2663. SIQUEIRA, B.; RIBEIRO, D., Trabalho escravo contemporâneo..., *op. cit.*, p. 114.
  - 2664. Todos os instrumentos estão disponíveis em [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos.asp)
  - 2665. Estados que ratificaram a CADH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguai, Peru, Suriname, and Uruguai. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/que\\_es\\_la\\_corte.cfm?lang=en](https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm?lang=en)
  - 2666. Disponível em: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)

Podem aderir à CADH somente os Estados-membro da OEA, que promoveu a implementação de um sistema composto por dois órgãos: a Comissão e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

A CIDH, com sede em Washington, é órgão «estruturante e autônomo» da OEA, criada em 1959. É composta por sete membros «de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos» (art. 34º da CADH), nunca «mais de um nacional de um mesmo Estado», eleitos por um período de quatro anos (podendo ser reeleito uma vez) pela Assembleia Geral da OEA (art. 37º da CADH). Sendo que podem ser nacionais de qualquer Estado-membro da OEA e não somente dos Estados ratificantes da CADH<sup>2667</sup>.

A Comissão foi criada com a função primeira de figurar enquanto órgão de consulta e também de promoção (em sentido estrito) dos direitos humanos da Organização, sendo que suas atribuições foram se alargando em decorrência de sua atuação no continente e hoje cumula duas funções, enquanto órgão da OEA promove os direitos humanos no continente e enquanto órgão judicial do sistema de proteção criado pela CADH recebe, investiga e encaminha os casos de violações ao TIDH<sup>2668</sup>.

A Comissão tem seu trabalho com base em três pilares: o Sistema de Petição Individual; o monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Parte e; a atenção a linhas temáticas prioritárias<sup>2669</sup>.

Ou seja, hoje a Comissão tem a função de observar, promover e defender os direitos humanos na região, preparando relatórios e recomendações aos Estados-membros, buscando junto a esses a proteção dos direitos humanos primeiramente num plano interno. Assim como também conhece petições individuais e comunicações interestaduais quando da violação desses direitos<sup>2670</sup>.

E para além da Comissão enquanto órgão do sistema interamericano também temos o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIDH) que fora criado pela CADH e o estabeleceu como órgão jurisdicional autônomo do sistema, restando a mesma a competência para interpretar e aplicar a CADH, julgando possíveis violações de direitos humanos nas Américas<sup>2671</sup>.

O TIDH está em funcionamento desde 1979, com sede em São José da Costa Rica, composta por sete juízes com reconhecida competência em direitos humanos e moral ilibada, eleitos a título pessoal, mas nacional de um Estado-membro, pela

- 2667. BARRAL, W. (Org.), *Tribunais Internacionais*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004, pp. 295-312.
- 2668. ANNONI, D., *O direito humano de acesso...*, *op. cit.*
- 2669. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>
- 2670. GUERRA, S., *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo, Atlas, 2013.
- 2671. SOUSA, D., «Corte Interamericana de Direitos Humanos», in BARRAL, W (Org.), *Tribunais Internacionais*. Florianópolis, Fundação Boiteux, (2004).

Assembleia Geral da OEA, para um mandato de seis anos (podendo ser reeleito uma única vez)<sup>2672</sup>.

Sua competência contenciosa decorre de manifestação específica pelo Estado Parte da CADH e suas funções principais são atuar consultiva e contenciosamente na consagração dos direitos humanos constantes na CADH, garantindo que a Convenção seja cumprida, ainda que para isso tenha que promover um processo contencioso, assumindo sua função jurisdicional com mecanismos de sanção no plano internacional<sup>2673</sup>.

A partir dessas duas funções principais (consultiva e jurisdicional), ainda assumem a função de analisar solicitação de Medidas Provisórias e também de Supervisionar o Cumprimento das Sentenças proferidas.

Em se compreendendo o sistema interamericano resta o sistema europeu para que se possa adentrar na garantia do direito humano à não discriminação em cada um dos dois sistemas, objeto central da presente.

## 2.2. SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O sistema europeu de proteção de direitos humanos se caracteriza por certa interseção entre o Conselho da Europa e a União Europeia, já que o Conselho garante a proteção dos direitos humanos num sistema composto por tribunal internacional específico para tratar de violações de direitos humanos e outros órgãos enquanto a União Europeia também cuida de parte da temática junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

O Conselho da Europa, enquanto principal organização garantidora de direitos humanos é uma organização internacional intergovernamental e fora criada em 05/05/1949 e tem como principais objetivos a garantia dos direitos humanos, o regime democrático e o Estado de Direito. Firmou a Convenção Europeia de Direitos e Liberdades Fundamentais (CEDH) em 1950, sendo que todos os Estados membro do Conselho da Europa ratificaram a convenção e reconheceram a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)<sup>2674</sup>.

Com isso o Conselho da Europa trouxe um sistema específico que possibilita os nacionais dos 46 Estados o acesso a garantia de seus direitos humanos, contando hoje com o TEDH enquanto órgão judicial de responsabilização dos Estados e o Comitê de Ministros do Conselho Europeu enquanto órgão político de aferimento da responsabilização<sup>2675</sup>.

Importante lembrar que fora em 1998, com o protocolo 11, que se extinguiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a antiga Corte se transforma na nova

2672. HARRIS, D., *Regional protection of human rights: the inter-American achievement. The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

2673. Artigos 52.º, 61.º, 66.º e 69.º da CADH de 1969. OEA.

2674. V. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

2675. V. <https://www.coe.int/pt/web/about-us/our-member-states>

Corte (TEDH), composta por um juiz de cada Estado-membro do Conselho da Europa e que assume funções contenciosa e consultiva quando da violação de direitos humanos consagrados na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Para tanto, até 1998 o indivíduo precisaria entrar primeiro junto a Comissão Europeia, que fazia o processo de admissibilidade e tentaria conciliação. Ou seja, não era possível encaminhar diretamente para a Corte, o que faz lembrar o procedimento atual do sistema interamericano.

O TEDH (ou Corte de Estrasburgo) hoje figura nos moldes de procedimento judicial<sup>2676</sup>, podendo tratar-se de petições individuais (um indivíduo, um grupo de indivíduos ou organizações não governamentais) ou interestatais, versando no polo ativo sobre violações de sua pretensa titularidade e não de terceiros, sendo o polo passivo um Estado<sup>2677</sup>.

Aqui cabe outra diferença interessante entre os sistemas já que no interamericano é possível organizações não governamentais entrarem por violações contra terceiros, inclusive, se trata da maioria das situações em países como o Brasil, por exemplo.

O TEDH funciona dividido em cinco Seções e conta ainda com um Tribunal Pleno, figurando enquanto segunda instância já que é a ele que se recorre quando de uma decisão das Seções. Vale lembrar que no sistema interamericano não tem duplo grau de jurisdição.

A sentença do TEDH tem efeito vinculativo e sofreu alterações quanto a função meramente declaratória já que, para além da reparação de «satisfação equitativa» da vítima a jurisprudência tem evoluído no sentido de incluir em suas sentenças as obrigações de fazer ou não fazer, não ficando completamente a mercê do estado determinar os meios de reparação razoável<sup>2678</sup>. Enquanto isso no sistema interamericano, as sentenças sempre foram além de meramente declaratórias, figuram mesmo enquanto macrosentenças e que objetivam num primeiro momento a *restitutio in integrum*, mas, se isso não for possível, buscará a reparação integral da vítima.

Enquanto algo ainda a ser melhor estruturado, vale lembrar a «teoria da margem de apreciação nacional» do TEDH que, na prática, acaba relativizando os direitos humanos ao abster-se de análise em casos polêmicos de violações de direitos humanos permitindo que cada Estado do Conselho da Europa possa exercer uma certa «margem de apreciação».

---

2676. Para além do protocolo n.º 11, também de suma importância o protocolo n.º 14 de 2010 que promoveu profundas mudanças na estrutura da Corte EDH, no intuito de promover celeridade ao sistema.

2677. PAES, J.; BASÍLIO, I.; SANTOS, J. «Sistema internormativo de direitos humanos da europa: uma análise da atuação do tribunal europeu de direitos humanos e do tribunal de justiça da união europeia», in REPATS, Brasília, V. 5, n.º 1, Jan-Jun, (2018), pp. 302-345.

2678. RAMOS, A., Processo internacional de direitos humanos, 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 189, p. 191.

No concernente a União Europeia, esta fora pensada para promover uma integração econômica, política e social diante das fragilidades de muitos dos estados europeus no pós-guerra, vislumbrando-se na cooperação a saída para a recuperação e desenvolvimento da Europa<sup>2679</sup>. Sendo que os tratados criadores de 1951 e 1957 nada previa sobre direitos fundamentais.

O TJUE fora criado pela União Europeia enquanto único órgão jurisdicional supranacional e tem figurado cada vez mais como um «supremo tribunal da UE» ao assumir a fiscalização da uniformização da jurisprudência eis que o Direito Comum Europeu tem precedência ao direito interno dos Estados-membros<sup>2680</sup>.

O fato é que inicialmente o TJUE não tinha a intenção de julgar alegações de violações de direitos humanos, tendo competência para aplicação do direito comum europeu. No entanto, a partir dos anos 70 altera seu posicionamento e deu início a garantia desses direitos galgado numa construção jurisprudencial. Função essa que perdurara solitária por quase cinquenta anos quando, o Tratado de Maastricht (1992, art. F) assevera que «A União respeitará os Direitos fundamentais tais como garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e as tradições constitucionais comum dos Estados Membros».

A União Europeia tem ainda assumido uma integração negativa quanto a política de direitos humanos<sup>2681</sup>, vindo adotar a Carta de Direitos Fundamentais somente em 2000 e restando essa integrar o corpo primário europeu em 2009, quando entra em vigor o Tratado de Lisboa.

No entanto, importante compreender que no concernente aos direitos humanos o TJUE somente será chamado quando houver violações desses direitos por «parte de instituições, órgãos e organismos da União», sendo os Estados Parte somente indiretamente responsáveis<sup>2682</sup>. Ou seja, só vincula o Estado quando aplicam o direito da UE, não possibilitando a eficácia horizontal da Carta nas relações entre cidadãos e UE<sup>2683</sup>.

O fato é que o sistema europeu de proteção dos direitos humanos trabalha uma complementariedade entre o TJUE e o TEDH, sendo fundamental a harmonia e o diálogo entre os mesmos para que se garanta o desenvolvimento e a efetividade dos direitos humanos. Para tanto, vale então destacar que a melhor tentativa na consagração desse sistema «transjudicialista»<sup>2684</sup> é a tentativa da União Europeia em ratificar (enquanto organização) a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

2679. MACHADO, J., *Direito da União Europeia*, 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

2680. VIEIRA DE ANDRADE utiliza o termo «primado diferenciado» como forma de resolver conflitos entre normas.

2681. VON BOGDANDY, A., «The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union», in *Common Market Law Review*, v. 37, n.<sup>o</sup> 6, (2000), pp. 1307-1338.

2682. PAES, J.; BASILIO, I.; SANTOS, J. «Sistema internormativo...», *op. cit.*, p. 327.

2683. MACHADO, J., *Direito da União Europeia*, *op. cit.*

2684. Termo utilizado por Jonatas MACHADO (2014).

Em sendo assim, diante dum panorama geral dos dois sistemas regionais, resta adentrar na proibição da discriminação em cada um deles.

### **3. A PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

A ideia de igualdade não é recente, vindo desde a Grécia antiga permear o direito, que assim como a sociedade também vai adequando e ajustando sua compreensão, aplicação e garantia no espaço e no tempo.

Com a modernidade, advém a concepção liberal de igualdade que já tem na dignidade do ser humano a necessidade do tratamento igualitário, mas ainda numa perspectiva formal. Vindo somente na segunda metade do século XX a assumir, frente ao direito internacional dos direitos humanos, uma concepção que reconhece em cada ser humano sua individualidade diante da necessidade de tratamento igualitário e não discriminatório<sup>2685</sup>.

Para tanto, o Comentário Geral n.º 18 do Comitê de Direitos Humanos da ONU conceitua discriminação como:

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseia em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, o idioma, a religião, a opinião política ou de outra natureza, a origem nacional ou social, a posição econômica, o nascimento ou qualquer outra condição social, que tenha por objeto ou resultado anular ou depreciação do reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.

A garantia dos direitos humanos consagra o respeito a igualdade de tratamento e a proibição da discriminação justamente por compreender as diferenças inatas de cada ser humano, que diversamente de os colocar em situação de inferioridade, precisam ser respeitadas. Ou seja, não significa padronizar tratamentos, devendo inclusive promover certas diferenciações entre indivíduos quando essas se fazem necessária, resguardando a proporcionalidade entre os fins a serem atingidos e os meios adotados<sup>2686</sup>.

Importante compreender que há diferença entre o direito a igualdade e de não discriminação. Segundo a CIDH<sup>2687</sup>.

- 
- 2685. ADAMATTI, B., «Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?», Curadoria Enap, disponível em <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/151>
  - 2686. CANÇADO TRINDADE, A., Tratado de direito internacional dos direitos humanos, Porto Alegre, Fabris, v. 2, 1999.
  - 2687. Inter-American Commission on Human Rights. Compendio sobre la igualdad y no discriminación: estándares interamericanos: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 12 de febrero de 2019 / [preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos], p. 13.

«Una concepción se relaciona a la prohibición de diferencia de trato arbitraria –entendiendo por diferencia de trato toda distinción, exclusión, restricción o preferencia– y otra es la relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. La Comisión entiende que aunque en ciertos casos ambas perspectivas pueden estar presentes, cada una merece una respuesta estatal diferente y un tratamiento distinto a la luz de la Convención Americana».

De fato, uma série de instrumentos internacionais de direitos humanos<sup>2688</sup>, tanto a título universal quanto regional, vem consagrando a igualdade e a não discriminação enquanto estruturante da própria dignidade humana, como no caso do sistema interamericano que, inclusive lhe reserva o *status de ius cogens*.

Segundo a autora Germana A. Trindade<sup>2689</sup> que fizera a análise de 372 decisões em casos contenciosos junto ao TIDH, no período de 06/1987 a 12/2018, 5,38% dos

- 
2688. Alguns desses instrumentos: Carta da OEA (art. 3.I); CADH (arts. 1.<sup>º</sup> e 24.<sup>º</sup>); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. II); Protocolo de San Salvador (art. 3.<sup>º</sup>); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (arts. 4.f, 6 e 8.b); Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (arts. I.2.a, II, III, IV e V); Carta das Nações Unidas (art. 1.3); DUDH (arts. 2.<sup>º</sup> e 7.<sup>º</sup>); PIDESC (arts. 2.2 e 3); PIDCP (arts. 2.1 e 26.<sup>º</sup>); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (art. 2.<sup>º</sup>); Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 2.<sup>º</sup>); 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.<sup>º</sup>, 18.1, 25.<sup>º</sup>, 27.<sup>º</sup>, 28.<sup>º</sup>, 43.1, 43.2, 45.1, 48.<sup>º</sup>, 55.<sup>º</sup> e 70.<sup>º</sup>); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (arts. 2.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup>, 5.<sup>º</sup>, 7.<sup>º</sup> a 16.<sup>º</sup>); Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (arts. 2.<sup>º</sup> e 4.<sup>º</sup>); Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento (2.d); Convenção N.<sup>º</sup> 97 da OIT (art. 6.<sup>º</sup>); Convenção N.<sup>º</sup> 111 da OIT (arts. 1.<sup>º</sup> a 3.<sup>º</sup>); Convenção N.<sup>º</sup> 143 da OIT (arts. 8.<sup>º</sup> e 10.<sup>º</sup>); Convenção N.<sup>º</sup> 168 da OIT (art. 6.<sup>º</sup>); Proclamação de Teerã, 13 de maio de 1968 (pars. 1, 2, 5, 8 e 11); Declaração e Programa de Ação de Viena, 14 a 25 de junho de 1993 (I. 15; I. 19; I. 27; I. 30; II.B. 1, arts. 19.<sup>º</sup> a 24.<sup>º</sup>; II.B. 2, arts. 25.<sup>º</sup> a 27.<sup>º</sup>); Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (arts. 2.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup>, 4.1 e 5.<sup>º</sup>); Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, 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 (arts. 1.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup> e 4.<sup>º</sup>); Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (arts. 1.<sup>º</sup>, 2.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup>, 4.<sup>º</sup>, 5.<sup>º</sup>, 6.<sup>º</sup>, 7.<sup>º</sup>, 8.<sup>º</sup> e 9.<sup>º</sup>); Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País onde Vivem (art. 5.1.b e 5.1.c); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (arts. 20.<sup>º</sup> e 21.<sup>º</sup>); Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 14.<sup>º</sup>); Carta Social Europeia (art. 19.4, 19.5 e 19.7); Protocolo N.<sup>º</sup> 12 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 1); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos «Carta de Banjul» (arts. 2.<sup>º</sup> e 3.<sup>º</sup>); Carta Árabe dos Direitos Humanos (art. 2.<sup>º</sup>); e Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã (art. 1.<sup>º</sup>).  
2689. TRINDADE, G., Princípio de *ius cogens* da não discriminação na Carta da ONU: recepção pelo sistema interamericano de direitos humanos / Germana Assunção Trindade – João Pessoa, 2019, p. 132.

casos «versam sobre o *status de ius cogens* do princípio da não discriminação» o que, consagrando o mesmo como *ius cogens*.

Consagração essa também junto a CIDH, que compreende o direito a igualdade e não discriminação enquanto *ius cogens* e também obrigações *erga omnes*<sup>2690</sup>.

No concernente a proteção regional, a CADH, instrumento jurídico que norteia todo o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos traz em seus arts. 1.<sup>º</sup><sup>2691</sup> e 24.<sup>º</sup>, a igualdade e a não discriminação, determinando esse último que «*todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei*».

O TIDH, reitera a ideia em seus julgados que o art. 1.1 da CADH é uma norma de caráter geral e que alcança todos os direitos consagrados no instrumento, restando desta forma ao Estado Parte a obrigação de «respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades reconhecidos, sem discriminação alguma»<sup>2692</sup>.

Assim como, o art. 24.<sup>º</sup> ao proibir a discriminação de direito ou de fato estende a obrigação dos Estados para o plano interno, restando a esse então proteger, além dos direitos consagrados na CADH também todos aqueles consagrados internamente, tanto na aprovação de lei quanto na sua aplicação.

Em suma, se um Estado Parte discriminasse direito garantido na CADH estará descumprindo o art. 1.1 e o direito em questão, mas se discriminasse por meio de lei interna ou sua aplicação, estará descumprindo o art. 24.<sup>º</sup>

Isso porque ao ser considerada a CADH enquanto «norma aberta» é possível de ampliar as categorias expressas, alcançando direitos para além dos ali constantes, em especial os consagrados no plano interno do Estado Parte, a exemplo dos casos alcançados pelo TIDH de proibição de discriminação por orientação sexual, gênero e origem étnica, compreendidas como «qualquer outra condição social»<sup>2693</sup>.

A CIDH e o TIDH ainda têm compreendido ser obrigação dos Estados, para além de não praticar atos discriminatórios (seja pelo executivo, legislativo ou judiciário), promover meios e políticas destinadas a promoção da igualdade, em especial, aos grupos vulneráveis e historicamente discriminados e excluídos em seu território em dado momento histórico, lembrando sempre a necessidade de monitoramento já que perseguições surgem a qualquer momento.

2690. Informe n.º 109/99. Caso 10.951 Coard y otros vs Estados Unidos. 29 de septiembre de 1999. Párr. 39.

2691. Os Estados Parte 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.

2692. 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 N.º 4, par. 53.

2693. CANÇADO TRINDADE, A., Tratado de direito internacional..., *op. cit.*

Nesse sentido o TIDH<sup>2694</sup>:

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... 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.

E também a CIDH vem estabelecendo, repetidamente, o princípio da não discriminação enquanto pilar de estados democráticos de direito e base fundamental do sistema, estando enquadrado dentre os direitos de obrigação de aplicação imediata e que, para tanto, cabe aos estados pensar legislação e políticas públicas destinadas as pessoas e grupos em vulnerabilidade. (Inter-American Commission on Human Rights, 2019).

E por fim, interessante a informação apresentada pela autora Germana A. Trindade que em sua tese apresentou a «distribuição dos critérios proibidos de discriminação violados reconhecidos pela Corte», que seguiram as seguintes porcentagens: 5% raça; 5% idioma; 5% posição econômica; 15% étnica; 15% nacionalidade; 15% opinião política; 20% orientação sexual; 35% gênero<sup>2695</sup>.

Em suma, a igualdade e a não discriminação são direitos humanos estruturante em razão da natureza do gênero humano e assim permeia toda ordem jurídica pública, tanto junto aos Estados Parte quanto ao sistema interamericano como um todo. Resta então a análise frente ao sistema europeu.

#### **4. A NÃO DISCRIMINAÇÃO NO SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

A Europa, em sendo uma das principais e mais antigas civilizações do mundo, que transpassou e ainda transpassa crises e instabilidades de toda ordem, precisa estar ciente de seu resultado enquanto mosaico étnico e cultural, respeitando assim as pluralidade e diferenças.

O fundamento básico de viver em sociedade é justamente ter a liberdade e a igualdade enquanto resultado da vontade do homem de assim conviver com

2694. Segundo o TIDH, «não apenas implica que o Estado deve respeitá-lo (obrigação negativa), mas que, além disso, requer que o Estado adote todas as medidas apropriadas para garantir-lo (obrigação positiva), em cumprimento de seu dever geral estabelecido no artigo 1.1 da Convenção Americana». Cf. Caso «Instituto de Reeducação do Menor» Vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C N.º 112, párr. 158, e Caso dos Irmãos Gómez Paquiayauri Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N.º 110, párrs. 129. 428.

2695. TRINDADE, G., Princípio de ius cogens..., *op. cit.*, p. 181.

todos aqueles que o rodeiam, sendo ao fundo a garantia da não discriminação um meio de promover e salvaguardar a democracia, o Estado de Direito e os direitos humanos como um todo.

A universalidade dos direitos humanos nos faz lembrar a importância de todos esses direitos para a garantia da dignidade humana, no entanto é certo que alguns desses acabaram por ser mais amplamente proclamados, são estruturantes, justamente pela necessidade de assim o ser, como no caso da proibição da discriminação.

Em se tratando do sistema europeu de proteção dos direitos humanos restou então a União Europeia e ao Conselho da Europa assumirem a missão que, progressivamente avançou para uma «Comunidade de Direitos Fundamentais», eis que todas suas ações e políticas devem estar sujeitas aos princípios gerais de direito comum europeu e dos direitos fundamentais<sup>2696</sup>.

A União Europeia<sup>2697</sup> tem sua legislação antidiscriminação decorrente de «diretivas antidiscriminação», tratados e da Carta da UE, interpretados pelo TJUE.

No entanto, importante lembrar que a legislação antidiscriminação no seio da UE, até o Tratado de Amsterdam em 1999, cuidava apenas da proibição da discriminação de gênero no âmbito do emprego e da segurança social. Sendo que mesmo a Carta dos Direitos Fundamentais adotada em 2000 só ganhou *status* de vinculativa com o Tratado de Lisboa em 2009.

O fato é que, mesmo a passos lentos, hoje, bem como apresenta o Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação (edição de 2018), produzido pelo TEDH e a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o direito a não discriminação está assegurado num amplo rol legislativo, a saber: Carta dos Direitos Fundamentais, art. 20.º (Igualdade perante a lei) e 21.º (Não discriminação); TUE, art. 2.º, 3.º, nºs 3 e 9; TFUE, art. 10.º; Diretiva relativa à igualdade no emprego (2000/78/CE); Diretiva relativa à igualdade racial (2000/43/CE); Diretiva relativa à igualdade de género no acesso a bens e serviços (2004/113/CE); Diretiva relativa à igualdade de género (reformulação) (2006/54/CE); TJUE, C-571/10, Kamberaj contra IPES [GS], 2012; TJUE, C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL contra Conseil des ministres [GS], 2011

Conjuntamente foram sendo criados novos organismos como a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) e o Instituto Europeu para a Igualdade de Género (EIGE)<sup>2698</sup>. Vale ainda destaque a Rede Europeia de Mecanismos

- 
2696. LOPES, D., Principais contributos da União Europeia e do Conselho da Europa em matéria de não discriminação, in DEBATER A EUROPA, Periódico do CIEDA e do CIEJD, em parceria com GPE, RCE e o CEIS20, N. 4, (Janeiros/Junhos 2011) – Semestral, disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>
2697. Importante lembrar que os estados-membro da União Europeia também estão sujeitos a Convenção Europeia de Direitos Humanos.
2698. Regulamento (CE) do Conselho n.º 168/2007 de 15/02/2007; Regulamento (CE) do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 1922/2006, de 20/12/2006.

para a Igualdade (Equinet), composta por 46 organizações de 34 países europeus, que promove a igualdade no continente.

Em suma, enquanto a legislação antidiscriminação da União Europeia promove igualdade por meio de atos jurídicos, suas instituições também estão obrigadas cumprir a Carta dos Direitos Fundamentais, assim como o estão seus Estados Parte.

Na Carta dos Direitos Fundamentais da UE a proibição a discriminação vem prevista no art. 21.º e se apresenta enquanto um direito autônomo que proíbe a discriminação em «razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual».

Já a Carta da UE, que também prevê a igualdade perante a lei, estabelece a diferença entre o princípio da igualdade, enquanto basilar de todo o direito comum europeu e a não discriminação (contemplada no art. 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais) enquanto norma substantiva, uma expressão particular que só pode ser aplicada em questões abrangidas pelo direito da UE<sup>2699</sup>.

Mas ao fundo é muito em virtude das garantias promovidas pelo TJUE que o direito à não discriminação tem sido alcançado, ampliado e efetivado.

Também no âmbito do Tribunal, num primeiro momento, centrou-se na mulher trabalhadora, alcançando suas necessidades particulares, como a gravidez<sup>2700</sup>. No mesmo plano passaram retirar tratamentos favoráveis as mesmas em decorrência do gênero, como atribuição de pensões, dispensa laboral e prêmios de seguro<sup>2701</sup>.

Ocorre que, atualmente, alcança a discriminação direta, por associação e a indireta. A exemplo do caso de discriminação por associação de S. Coleman contra Attridge Law e Steve Law, em que uma mãe de uma criança com deficiência fora discriminada quando da flexibilidade de horário para cuidar de seu filho, quando era política da empresa e as outras mães eram beneficiadas, restando claro que estava atrelado a condição de seu filho, inclusive por meio de comentários nesse sentido<sup>2702</sup>.

---

2699. Bem como pode ser melhor compreendido junto ao TJUE, no caso C-356/12, Wolfgang Glatzel contra Freistaat Bayern, 22/05/2014.

2700. Acórdãos M. H. Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching), de 26 de fevereiro de 1986, proc. 152/84 e Ulrich Hofmann contre Barmer Ersatzkasse, de 12 de julho de 1984, proc. 184/83.

2701. A exemplo dos acordãos que seguem respectivamente: Comissão das Comunidades Europeias/República Helénica, de 26 de março de 2009, proc. C-559/07; Pedro Manuel Roca Álvarez, de 30 de setembro de 2010, proc. C-104/09; Association belge des Consommateurs e o. Contra Conselho, de 1 de março de 2011, proc. C-236/09.

2702. TJUE, C-303/06, S. Coleman contra Attridge Law e Steve Law [GS], 17/07/2008.

Em suma, a não discriminação tem apresentado efeito irradiador na definição de todas as normas da União Europeia e um direito fundamental a ser resguardado<sup>2703</sup>.

O Conselho da Europa tem sua legislação antidiscriminação, especificamente à proibição de discriminação vem prevista na CEDH, interpretada pelo TEDH.

Segundo o Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação (edição de 2018) as principais legislações do Conselho da Europa são: CEDH, art. 14.<sup>º</sup> (proibição de discriminação), Protocolo n.<sup>º</sup> 12, art. 1.<sup>º</sup> (proibição geral de discriminação); CSE, Art. E, Protocolo que prevê um sistema de reclamações coletivas; Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais; Convenção para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul); Convenção relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos; Convenção sobre o Acesso a Documentos Oficiais; Protocolo à Convenção sobre o Cibercrime; Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina; TEDH, Khamtokhu e Aksenchik contra Rússia [GS], n.<sup>º</sup>s 60367/08 e 961/11, 2017; TEDH, Pichkur contra Ucrânia, n.<sup>º</sup> 10441/06, 2013; TEDH, Savez crkava «Riječ života» e o contra Croácia, n.<sup>º</sup> 7798/08, 2010.

A CEDH impõe a garantia de que todas as pessoas em estados ratificantes alcancem um conjunto alargado de direitos humanos e tem a proibição da discriminação prevista em seu art. 14.<sup>º</sup>, vindo esse proibir a discriminação no exercício de direitos previstos na própria convenção. Sendo que o Protocolo n.<sup>º</sup> 12 alarga o âmbito de proibição de discriminação ao passar tratar esse enquanto direito autônomo.

Isto posto, importante compreender que muitos são os direitos subjetivos previstos na CEDH e somente relacionados a esses é possível cuidar na proibição a discriminação<sup>2704</sup>. No entanto, a proibição a discriminação pode estar abrangida em situações em que os fatos estavam relacionados a aspectos protegidos pela CEDH e não um direito específico. Como no caso A. H. e outros contra Rússia, em que a temática central é a proibição da adoção de crianças russas por cidadão americano, temática essa não abrangida pela CEDH mas fora compreendido enquanto um aspecto que é protegido pelo art. 8.<sup>º</sup>, ou seja, vida privada<sup>2705</sup>.

No concernente ao Protocolo n.<sup>º</sup> 12, seu alargamento fica por conta do fato de proibir a discriminação não somente aos direitos previstos na CEDH, mas sim em qualquer direito previsto em lei (inclusive nacional), por meio da ação ou omissão de autoridade pública<sup>2706</sup>. Sendo importante destacar que mesmo tendo a autoridade pública como sujeito passivo principal, também pode ser ato praticado na relação entre particulares quando esse exerce função em que atua no fornecimento de bens e serviços ao público, como um dono de restaurante.

2703. RAMOS, R., «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais», in Cuadernos Europeos de Deusto, n.º 25, (2000).

2704. A exemplo do Ac. junto TEDH, Sommerfeld c. Alemanha [GS], n.o 31871/96, 8/07/2003.

2705. A exemplo do Ac. junto TEDH, A. H. e outros c. Rússia, n.<sup>º</sup> 6033/13, 17/01/2017.

2706. A exemplo do Ac. junto ao TEDH, Savez crkava «Riječ života» e outros c. Croácia, n.<sup>º</sup> 7798/08, 9/12/2010.

No concernente ao sujeito passivo, a CEDH promove a garantia de não discriminação a todos que se encontram sob sua jurisdição (Estado Parte), independentemente de ser cidadão ou não, enquanto que o direito decorrente da UE é limitado, já que as diretivas antidiscriminação não alcançam os nacionais de países terceiros.

O TEDH vem evoluindo e ampliando as virtualidades da não discriminação, alcançando a direta, por associação e também a indireta.

Vale lembrar que a discriminação direta é «quando uma pessoa é tratada de forma menos favorável com base em «características protegidas»», como proibir a entrada em determinado estabelecimento comercial, determinar idade superior para acesso a aposentadoria ou mesmo vedar o acesso a determinada profissão<sup>2707</sup>. Também quando tratam da mesma forma pessoas que estão em situações substancialmente diferentes<sup>2708/2709</sup>.

Trata-se de características protegidas «sexo, identidade de género, orientação sexual, deficiência, idade, raça, origem étnica, origem nacional e religião ou crença».

A discriminação por associação também permeia a jurisprudência do TEDH, como no caso Guberina contra Croácia em que assim como no TJUE, o Estado fora condenado porque a mãe sofrera discriminação devido a deficiência de seu filho<sup>2710</sup>.

Já a discriminação indireta ocorre quando determinada regra, critério ou prática que se apresenta enquanto «neutra» acaba por trazer prejuízo a determinada pessoa ou grupo de pessoas definida por «característica protegida». Restando fundamental nesse caso demonstrar que, quando da comparação com outra pessoa ou grupo de pessoas em situação semelhante acabara por ser desfavorecido<sup>2711</sup>.

E por fim importante lembrar a necessidade de analisar a discriminação numa perspectiva múltipla ou intersetorial, já que em muitos dos casos alcança mais de uma característica protegida. Situação essa que vem sendo adotada pelo TEDH que, mesmo não utilizando as terminologias discriminação múltipla ou intersetorial vem tratando da discriminação galgada em vários motivos<sup>2712</sup>.

O que se percebeu como um todo, tanto na União Europeia quanto no Conselho da Europa é que se vem promovendo a igualdade e a não discriminação tanto numa perspectiva administrativa e legislativa quanto junto aos Tribunais, combatendo a

2707. A exemplo do Ac. junto TEDH, Varnas c. Lituânia, 42615/06, 9/07/2013.

2708. Para determinar se o tratamento é menos favorável, é feita uma comparação entre a alegada vítima e outra pessoa, que não possui a característica protegida, numa situação semelhante. Os órgãos jurisdicionais europeus e nacionais aceitaram o conceito de discriminação por associação, em que uma pessoa é tratada de forma menos favorável devido à sua associação com outra pessoa que possui uma «característica protegida» (MANUAL, 2021, p. 45).

2709. A exemplo do Ac. junto ao TEDH, Thlimmenos c. Grécia [GS], n.º 34369/97, 6/04/2000 e o Ac. Pretty c. Reino Unido, n.º 2346/02, 29 de abril de 2002.

2710. TEDH, Ac. Guberina c. Croácia, n.º 23682/13, 22/03/2016.

2711. A exemplo do Ac. junto ao TEDH, Biao c. Dinamarca [GS], n.º 38590/10, 24/05/2016.

2712. A exemplo do Ac. junto ao TEDH, B. S. c. Espanha, n.º 47159/08, 24/07/2012.

discriminação direta, por associação e também indireta. Passando pela discriminação múltipla e intersetorial. Restando por fim lembrar a obrigação primeira de não agir do estado, mas também, em determinadas situações, a obrigação de promoção.

## 5. CONCLUSÃO

A construção do mundo pós 2.ª Guerra Mundial vem balizado na manutenção da paz e garantia de direitos humanos, estando a não discriminação enquanto estruturante da própria dignidade da pessoa humana, tanto numa perspectiva universal quanto regional, bem como pode ser retro demonstrado.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que é constituído pela CIDH e pelo TIDH, tem trabalhado em conjunto e de forma coesa quanto ao direito à igualdade e não discriminação, compreendendo a não discriminação enquanto *ius cogens* e *erga omnes*.

Estando garantido nos arts. 1.º e 24.º da CADH, a não discriminação, enquanto norma de caráter geral, alcança todos os direitos do instrumento e também aqueles consagrados pelo próprio Estado Parte em seu plano interno, precisando ser pensando tanto quanto da aprovação de leis quanto em sua aplicação.

A CIDH e o TIDH também compreendem ser obrigação do Estado Parte, para além da proibição de práticas de atos discriminatórios, promover políticas de promoção da igualdade, com cuidado especial as pessoas de grupos vulneráveis e historicamente discriminados.

No sistema europeu de proteção de direitos humanos, que é constituído pela União Europeia e o Conselho da Europa, enquanto uma «Comunidade de Direitos Fundamentais», garantem proteção contra a discriminação em território europeu, tanto na esfera legislativa e administrativa quanto junto aos seus respectivos tribunais, o TJUE e o TEDH.

O fato é que mesmo se tratando de sistemas independentes acabam influenciando-se mutuamente por meio das decisões provenientes de seus tribunais. A exemplo do TJUE que tem na CEDH e na Carta Social Europeia instrumentos orientadores na interpretação do direito junto à União Europeia, até porque, a própria Carta da UE e o Tratado que cuida de seu funcionamento mencionam a CSE. E o TEDH reporta-se a legislação da EU e ao próprio TJUE<sup>2713</sup>.

Em sendo assim, ambos tribunais têm alcançado a não discriminação direta, por associação, indireta, múltipla e intersetorial.

Verificou-se que a não discriminação, justamente por implicar intolerância e violenta exclusão as diferenças, vem sendo estruturante em todo o sistema universal e em especial nos sistemas regionais interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos.

---

2713. Vale ainda lembrar que todos os Estados Membros da UE ratificaram a CEDH.

## *Capítulo 39*

# Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano: reflexiones a propósito del caso Pavez Pavez contra Chile

ESTEFANÍA ESPARZA REYES<sup>2714</sup>

SUMARIO: 1. RESUMEN. 2. INTRODUCCIÓN. 3. LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN. 3.1. *Discriminación que considera a los grupos sociales desaventajados para su configuración.* 3.2. *Discriminación sin grupos sociales. Una noción de igualdad formal.* 4. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO PAVEZ PAVEZ CONTRA CHILE. 5. LUCES Y SOMBRAS DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. A MODO DE CONCLUSIÓN.

### **1. RESUMEN**

El presente trabajo tiene por finalidad analizar críticamente el concepto de discriminación que ha utilizado el sistema interamericano a través de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Para ello, parte describiendo las opciones existentes en cuanto la configuración del concepto de discriminación, particularmente, preguntándose si el mismo exige la consideración a grupos sociales desaventajados o, por el contrario, le asimila al derecho a la igualdad, lo que genera importantes consecuencias.

En segundo lugar, describe la manera que ha entendido la Corte Interamericana el derecho a no ser discriminado, intentando enmarcarlo en alguna de las categorías indicadas anteriormente. Para ello explora sentencias emblemáticas de dicha institución, haciendo hincapié en la última sentencia en dicha materia, referida a la discriminación por orientación sexual, como es el caso Pavez Pavez contra Chile.

2714. Académica Departamento de Ciencias Jurídicas Universidad de La Frontera, Temuco (Chile). Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Trabajo financiado parcialmente por la Universidad de La Frontera DI20-057.

Para finalizar y a modo de conclusión, entrega algunas notas críticas respecto de la forma en que la Corte ha entendido el concepto de discriminación, refiriéndose a sus consecuencias.

## 2. INTRODUCCIÓN

Cuando las primeras declaraciones de derechos, la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, consagraron el derecho a la igualdad, sus redactores, seguramente no imaginaron las consecuencias que dicha inclusión podría tener. Así, de unas disposiciones de corte formal, se derivó un concepto de discriminación que hasta el día de hoy nos acompaña.

La no discriminación surgió de una interpretación judicial de la cláusula de igual protección de los derechos (Enmienda XIV), la cual, paulatinamente fue configurando un derecho que resguardaba especialmente a las personas afrodescendientes, así como a otras «minorías insulares». Sin embargo, su inclusión expresa, se produjo en el año 1958, específicamente en el convenio 111 sobre la Discriminación de la Organización Internacional del Trabajo, el cual, por primera vez, entregó una definición expresa de dicho fenómeno, para el ámbito del trabajo<sup>2715</sup>.

Con posterioridad, probablemente impulsados por el fenómeno de internacionalización de los derechos humanos, desde mediados del siglo pasado los distintos países comenzaron a incorporar disposiciones normativas, generalmente de rango constitucional, y en términos más o menos similares, proscribiendo la discriminación. En este suceso, tuvo un papel preponderante el derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto mediante los tratados se incorporaron en términos similares el derecho a no ser discriminado, pero también diversos organismos internacionales y regionales, en tanto dotaron de contenido a tales disposiciones.

Uno de ellos es, precisamente el sistema interamericano de derechos humanos, que a través de diversas sentencias sobre la materia ha sentado, en el continente, las bases de lo que debe entenderse por el principio/derecho a no ser discriminado, reconociéndole una trascendencia tal que le considera parte del *ius cogens*.

Ahora bien, las sentencias de la Corte no han estado exentas de vaivenes, aciertos y desaciertos. En este sentido, sus fallos son susceptibles de ser analizados desde

---

2715. El Convenio 111 en su artículo 1 números 1 y 2 señala: «1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación».

una perspectiva crítica, en cuanto es dable sostener que no siempre ha utilizado el mismo concepto de discriminación, con los consecuentes efectos que ello genera, lo anterior, pese a que existe una línea claramente identifiable.

En las siguientes líneas se analizará el concepto de discriminación utilizado por la Corte Interamericana de derechos humanos, especialmente en materia de orientación sexual, ofreciendo una visión crítica sobre el abordaje de la materia por parte de dicho tribunal y destacando las consecuencias que el concepto utilizado genera en la protección del derecho a no ser discriminado.

### 3. LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN<sup>2716</sup>

Uno de los problemas más importantes del principio/derecho a no ser discriminado es que no existe completo acuerdo sobre el significado de su objeto, esto es, la discriminación. Así las cosas, pese a que se trata de un concepto de larga data, sus elementos no están suficientemente claros.

La principal desavenencia se produce en un criterio trascendental, este es, si para configurar la discriminación se requiere, o no, de un elemento grupal, esto es, si dicho concepto requiere de la consideración a grupos sociales desventajados o basta con que exista una diferencia (o identidad) de trato en casos que son iguales (o distintos) que produzca afectación de otros derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, los conceptos de discriminación pueden dividirse en dos grupos bien diferenciados: El primero que, para configurar la discriminación, requiere que los actos u omisiones afecten a grupos sociales tradicionalmente preferidos, y el segundo, que estima que puede existir discriminación en casos donde no participan personas pertenecientes a dichos colectivos.

Estas dos nociones de discriminación ocasionan consecuencias diversas, lo que impacta directamente en la protección del derecho a no ser discriminado.

Ambos conceptos han tenido acogida en distintas latitudes del mundo, sin embargo, por motivos que se expresarán a continuación, pareciera ser que el primero, es el que ha primado.

#### 3.1. DISCRIMINACIÓN QUE CONSIDERA A LOS GRUPOS SOCIALES DESAVANTAJADOS PARA SU CONFIGURACIÓN

En el Derecho, no abundan estudios sobre los grupos sociales, dado que han sido otras disciplinas, especialmente la Filosofía y la Psicología Social, quienes se han encargado de su análisis.

2716. El presente apartado recoge algunas ideas de un trabajo anterior, ESPARZA-REYES, E., «No discriminación y derecho a la igualdad. Varias concepciones, múltiples consecuencias», en D'AVILA LOPES, A./ PAREDES PAREDES, F./ BREGAGLIO LAZARTE, R. (Orgs.), Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de direitos humanos, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2020, pp. 63-74.

Un grupo social puede ser definido como «un conjunto de personas, cuyo tamaño no puede variar considerablemente, las cuales se encuentran ligadas desde la perspectiva de la identidad, en un sentido interno, en cuanto sus propios miembros se identifican con él y en un sentido externo, debido a que son percibidos por otros como pertenecientes a dicho grupo»<sup>2717</sup>.

Como puede notarse, de acuerdo a la definición entregada, es relativamente sencillo identificar grupos sociales, dado que todos y todas pertenecemos a más de uno, de manera simultánea.

Lo relevante, para configurar la discriminación es que los grupos sociales a los que protege, se encuentran en una situación de desventaja o preterición, generalmente, prolongada en el tiempo, hecho que justifica la protección especial de la cual serían objeto mediante la no discriminación.

Esta forma de entender la discriminación, estima que no es suficiente un trato genérico, general y abstracto hacia los individuos, sino que se requiere de la especificación como sujeto de derechos, donde las especiales características de los sujetos o sus circunstancias generan la necesidad de una respuesta específica y diferenciada<sup>2718</sup>.

Esta noción se sustenta en cuatro hechos, el primero de ellos es la historia de su consagración, el segundo es la existencia de cláusulas específicas de no discriminación, el tercero se basa en la necesidad de otorgar mayor protección a las personas que se encuentran en una situación desventajosa, mientras que el cuarto, e basa en la estrecha conexión existente entre discriminación y afectación de la dignidad

Desde una perspectiva histórica, según se señaló, la no discriminación tiene sus inicios en una interpretación judicial de la cláusula de igual protección de los derechos de Estados Unidos de Norteamérica<sup>2719</sup>. Así, prontamente, en el año 1878, la sentencia de la Suprema Corte «Strauder vs. West Virginia», sostuvo que dicha cláusula «aseguraba a la raza recientemente emancipada y que había sido sometida durante muchas generaciones a la esclavitud, todos los derechos de los que goza la raza dominante»<sup>2720</sup>, mientras que en 1944, a través del caso «Korematsu vs. Estados Unidos de América»<sup>2721</sup> la Suprema Corte entendió que la raza es un

---

2717. ESPARZA-REYES, E., *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*, Valencia-México D. F., Tirant lo Blanch, 2018, p. 65.

2718. PIOVESAN, F., «Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos Europeo e Interamericano», en VON BOGDANDY, A./ PIOVESAN, F./ MORALES-ANTONIAZZI, M. (Coords.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México D. F., Editorial Porrúa, (2012), pp. 1-26, p. 3.

2719. MARTÍN VIDA, M, *Evolución histórica del principio de igualdad y paradigmas de exclusión*, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2004, pp. 23 y ss.

2720. SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Strauder v. West Virginia*. 100 U. S. 303 (1878).

2721. SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Korematsu v. United States*. 323 US 214 (1944).

«rasgo diferenciador sospechoso», dando inicio a lo que hoy conocemos con el nombre de «categorías sospechosas». Dicha Corte, en su preocupación por la situación, principalmente, de las personas afrodescendientes, desarrolló todavía más tales categorías, haciendo hincapié en que tales personas, se encontraban en una situación distinta que debía ser considerada a la hora de analizar medidas que les perjudicasen o beneficiasen.

De este modo, es dable sostener que la historia de la no discriminación se haya indisolublemente unida a la de grupos en particular, como son los afrodescendentes o, en términos generales, a los no-blancos.

Desde una perspectiva similar, los tratados internacionales, así como diversas constituciones nacionales, contienen cláusulas específicas de no discriminación, las cuales señalan expresamente ciertas características o pertenencias a grupos sociales. Generalmente, aunque están redactadas en términos bidireccionales, se les denomina categorías sospechosas, que son pertenencias a grupos tradicionalmente excluidos, que generan ciertos efectos a la hora de apreciar una determinada conducta cuando les afecta positiva o negativamente.

Estas categorías sospechosas, son un reconocimiento de que las personas no se hallan todas en la misma situación y que ser parte de un colectivo en particular puede generar un trato desmejorado en tanto sobre ellos pesa un prejuicio<sup>2722</sup>.

Por otra parte, pero unido a lo anterior, esta situación de desventaja, es la que justificaría el actuar de los poderes públicos en el sentido de intentar poner fin a actos u omisiones que ocasionan perjuicio para las personas pertenecientes a tales grupos sociales por el solo hecho de su pertenencia.

Así, la consideración a los grupos sociales en la configuración de la discriminación evidencia la estrecha relación entre no discriminación y dignidad humana<sup>2723</sup>, dado que la discriminación consistiría en un trato desmejorado que se brinda por la pertenencia a ciertos grupos que no gozan de valoración social, la cual en muchos casos no es posible de elegir, o al menos modificable fácilmente, en cuenta forma parte de la identidad personal.

Por último, esta concepción colabora con la adopción de medidas de acción afirmativa para poner término a la situación de desventaja en la que se encuentran ciertos grupos sociales, dado que facilita la superación del test de razonabilidad<sup>2724</sup>.

- 
- 2722. COURTIS, C, «Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino» en DE LA TORRE, C. (Coord.), El derecho a la no discriminación, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM (2006), pp. 231-262, p. 231.
  - 2723. ESPARZA-REYES, E., «Algunas reflexiones críticas sobre el derecho a la igualdad como no discriminación en Chile», Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de derecho Constitucional, México D. F., N.º 40 enero-junio, (2019), pp. 3-37, p. 17.
  - 2724. ESPARZA-REYES, E. y MORALES-TRAPP, S., «La existencia de nociones diversas de discriminación en el derecho a no ser discriminado en Chile. Un análisis a través de dos acciones de justicia constitucional», Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, N.º 25(2), (2021), pp. 431-456, p. 454.

Es del caso destacar que existe una concepción específica denominada no subordinación, que recoge estos elementos para dar una visión contextualizada de lo que debiera entenderse por igualdad, se trata de la no subordinación, la cual, considera que la finalidad del derecho a la igualdad es la terminación de las estructuras opresivas que generan la existencia de grupos sociales desaventajados<sup>2725</sup>.

### 3.2. DISCRIMINACIÓN SIN GRUPOS SOCIALES. UNA NOCIÓN DE IGUALDAD FORMAL

Probablemente debido a que la no discriminación surge como una reinterpretación del derecho a la igualdad, en ocasiones, ambas expresiones han sido consideradas sinónimas<sup>2726</sup>, de modo que la no discriminación ha sido entendida de una manera formal.

En este sentido, es dable sostener que, pese a que han primado algunos criterios, no existe completo acuerdo sobre los elementos que poseería la discriminación en sentido formal.

Así, por ejemplo, en el año 2008, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) entendió que «la diferencia de trato a personas en situaciones sustancialmente similares [...] es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un fin legítimo o no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin perseguido»<sup>2727</sup>. Así las cosas, la discriminación sería un trato que carece de una justificación objetiva y razonable o donde no se supera el test de razonabilidad.

Una opinión extendida, probablemente proveniente del Derecho Internacional de los derechos humanos y que se basa en las definiciones de discriminación presentes en los tratados internacionales, entiende que la discriminación es una distinción, exclusión o restricción que tiene por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos<sup>2728</sup>, de modo que, el derecho a la no discriminación al no tener un ámbito privativo de acción, se transforma, más bien, en una garantía de otros derechos<sup>2729</sup>.

---

2725. Esta noción de igualdad surge en Estados Unidos de América por parte de Owen Fiss, quien, basándose en los trabajos de la feminista Catharine Mackinnon estimó que las sociedades se encuentran divididas en distintos grupos sociales, algunos de los cuales se encuentran en una situación de desventaja. La igualdad protegería, específicamente a estos grupos Para un estudio en profundidad sobre esta concepción, puede consultarse ESPARZA-REYES, E. La igualdad como no subordinación, *op. cit.*

2726. ESPARZA-REYES, E., «El derecho a la igualdad y no discriminación: Breve análisis de su contenido y algunas propuestas de cambio en clave constitucional», en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Coord.), Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución, Santiago de Chile, Tirant lo Blanch, (2021), pp. 145-157, p. 148.

2727. TEDH. Burden contra Reino Unido [GS], n.o 13378/05, 29 de abril de 2008, § 60.

2728. Sobre el particular puede verse el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1981.

2729. ESPARZA-REYES, E., La igualdad como no subordinación, *op. cit.*, p. 32.

En último término, una postura que ha tenido gran aceptación, especialmente en Chile, considera que la discriminación se configura por la arbitrariedad, por ser contrario a la justicia o la razón o que es desproporcionado o infundado<sup>2730</sup>, de modo que la no discriminación exige que exista una justificación razonable, lo cual es, precisamente, el contenido del principio de proscripción de la arbitrariedad, el cual requiere que todos los actos emanados de la administración estatal, carezcan de irracionalidad, ilegalidad o solo se funden en la voluntad del funcionario<sup>2731</sup>.

#### **4. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO PAVEZ PAVEZ CONTRA CHILE**

Para comenzar, es necesario recordar que en el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), posee dos alusiones a la no discriminación, se trata de los artículos 1.1 CADH<sup>2732</sup> y 24 CADH<sup>2733</sup>, los cuales, según la interpretación sistemática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el año 1984, tendrían ámbitos de acción distintos, en cuanto el primero prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos establecidos en la propia Convención, mientras que el segundo, se refiere a los derechos establecidos en las legislaciones internas<sup>2734</sup>.

Ahora bien, para comenzar a analizar el concepto de discriminación que utiliza la Corte, es necesario recordar que dicha entidad no ha sido suficientemente clara al referirse a la relación entre derecho a la igualdad y no discriminación. Esta conexión resulta relevante, en cuanto si la conexión es muy estrecha, tales conceptos tienden a asimilarse, de modo que transforman a la no discriminación en una especie de igualdad formal, según se indicó en líneas anteriores.

Así las cosas, la Corte<sup>2735</sup> en ocasiones ha separado los contenidos del derecho a la igualdad y no discriminación, donde pareciera que, mientras la igualdad se refiere a

---

2730. CEA EGAÑA, J., Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, p. 138.

2731. HUEPE, F., *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2018, pp. 211 y ss.

2732. «Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

2733. «Artículo 24. Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley».

2734. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *supra*, párrs. 53 y 54.

2735. Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 267.

un acto negativo, esto es la prohibición de establecer diferencias arbitrarias, la segunda, la no discriminación, haría alusión a la obligación estatal de emprender acciones para lograr mayores cuotas de igualdad fáctica para grupos históricamente desventajados. Como tercera opción encontramos una postura ecléctica, donde la Corte ha entendido que igualdad y no discriminación son conceptos difíciles de desligar, agregando que es la igualdad ante la ley la que prohíbe los tratos discriminatorios<sup>2736</sup>.

Ahora bien, es posible sostener que esta falta de claridad genera consecuencias en la manera de entender la discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos.

Así, en distintas sentencias, es posible identificar diferentes conceptos de discriminación, donde en ocasiones se considera esencial para su configuración la existencia de grupos sociales, mientras que en otros, tal pertenencia no resulta relevante.

Respecto de esta última noción de discriminación, la Corte prontamente, en el año 1984, a través de la OC-4-84<sup>2737</sup> consideró que la discriminación posee un contenido formal. Lo hizo indicando que no existe discriminación cuando se trate de supuestos de hecho distintos «y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana».

Con posterioridad, este criterio se fue perfilando todavía más, especificando en la OC-17-02<sup>2738</sup> que una discriminación consiste en una distinción que «carece de justificación razonable» y puntualizando en la OC-24/17<sup>2739</sup> que no todo trato diverso es discriminatorio, sino cuando «no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado,» y «se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido».

En un sentido contrario, también es posible encontrar sentencias que, para configurar la discriminación, exigen la consideración a grupos históricamente desventajados.

---

2736. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *supra*, párr. 83.

2737. *Ibidem, supra*, párr. 57.

2738. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 46. La misma postura se sostuvo en la OC-18/03, párr. 89.

2739. Corte IDH. Opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 66.

La primera de ellas es otro párrafo de la misma OC-4-84<sup>2740</sup>, la cual sostuvo la incompatibilidad entre la no discriminación y «toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación».

Esta idea fue reforzada principalmente en el caso «*Atala Riffó*»<sup>2741</sup>, donde, tomando la definición de discriminación del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la entendió como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas».

Ahora bien, es necesario indicar que este criterio también ha sido recogido en diversas sentencias posteriores, donde se ha utilizado un concepto de discriminación que, para su configuración, exige la consideración a grupos sociales tradicionalmente desventajados<sup>2742</sup>.

El caso «*Pavez Pavez Vs. Chile*»<sup>2743</sup> es, a la fecha, el último caso en que la Corte ha debido pronunciarse sobre la prohibición de discriminación y su contenido. Se trata de un caso en el cual se alegó, y finalmente se consideró vulnerada, específicamente, la proscripción de discriminación en base a la orientación sexual<sup>2744</sup>.

---

2740. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 46.

2741. Corte IDH. Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 81.

2742. Se trata de los siguientes casos: Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 197; Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 216; Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015, párr 214; Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 109; Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, párr. 415.

2743. Corte IDH. Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022.

2744. Desde el año 1985 Sandra Pavez se desempeñó como profesora de religión católica en una escuela pública en Chile. Para ejercer dicho cargo, según el decreto 924 debía obtener un «certificado de idoneidad» expedido por autoridades eclesiásticas católicas. Durante muchos años, ella obtuvo dicho certificado sin problemas, sin embargo, el año 2007, producto de rumores sobre la sexualidad no hegemónica de Sandra Pavez se le revocó el certificado, además de sugerir someterse a terapias psicológicas dada su condición. Con

Pese a que la orientación sexual no aparece mencionada de manera explícita en el artículo 1.1 de la Convención interamericana sobre derechos humanos, la Corte, desde al caso «*Atala Riff y Niñas Vs. Chile*» de 2012, ha considerado que la primera sí se encuentra protegida por la convención, específicamente respecto de la cláusula de apertura final.

Ahora bien, específicamente en la sentencia del caso «*Pavez Pavez Vs. Chile*», la Corte inicia recordando la obligación estatal de «abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto», que había sido expresada en la OC-18-03-2003. Refuerza, además, la idea del vínculo existente entre la no discriminación y el respeto y garantía de los derechos humanos (párr. 65). De esta forma, pese a que considera la pertenencia a grupos tradicionalmente desaventajados, al conceptualizar la discriminación parece poner énfasis en una noción más bien formal de discriminación, la cual opera de manera similar a una garantía de todos los demás derechos. Ahora bien, inmediatamente después, hace alusión a la obligación estatal de «adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas» (párr. 67), de modo que deriva del derecho a no ser discriminado, obligaciones específicas respecto de ciertos grupos, los cuales son considerados de especial protección.

Es del caso destacar que la Corte considera que las categorías sospechosas mencionadas en el artículo 1.1 de la Convención son ilustrativas y ellas unidas a un trato distinto ameritan la aplicación de un escritostricto (párrs. 67 y 69). Es dable sostener que esta afirmación, es decir, entender las categorías sospechosas como meramente ilustrativas, puede ser interpretada como una manifestación de una concepción de no discriminación formal dado que pareciera ser posible que existan discriminaciones que no necesariamente involucren a los grupos tradicionalmente excluidos.

Así las cosas, el razonamiento de la Corte es completamente consistente con lo señalado anteriormente por ella misma desde varios puntos de vista y para el objeto de este trabajo, como ocurrió con la OC-4-84, adopta las dos nociones diversas sobre discriminación, una que entiende que para la configuración de la discriminación es esencial la consideración a los grupos sociales desaventajados y otra que por el contrario, entiende que dichas pertenencias no son excluyente, pues su concepto se asemeja más a la igualdad formal.

## 5. LUCES Y SOMBRA DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para concluir es necesario indicar que pese a la estrecha unión entre igualdad y no discriminación, es posible sostener que se trata de conceptos distintos, lo cual

---

dicha revocación Pavez no podía ejercer como profesora, por lo que interpone una acción judicial, la que fue desestimada.

se evidencia de manera clara cuando se sostiene una noción de no discriminación que incorpora a los grupos sociales desventajados. Evidenciar este fenómeno es relevante en cuanto permite otorgar protección especial a aquellos colectivos de personas que se han encontrado históricamente en una situación de preterición. Lamentablemente, no ha existido suficiente claridad en este sentido.

En el sistema interamericano conviven ambos conceptos de discriminación y este hecho resulta todavía más patente en la sentencia del caso *«Pavez Pavez Vs. Chile»*, donde se expresa una concepción de naturaleza formal, por ejemplo cuando exige que se supere el test de igualdad de intensidad estricta cuando se trata de ciertos grupos sociales y otra noción que se refiere a las obligaciones estatales de emprender acciones tendientes a superar la situación que experimentan grupos sociales tradicionalmente excluidos.

Desde esta perspectiva pareciera necesario y conveniente decantarse por un concepto único de discriminación, y específicamente, por el que considera a los grupos sociales preteridos.

Lo anterior en razón de diversas consideraciones entre las cuales pueden mencionarse las siguientes: En primer término, la consideración de los grupos sociales para configurar la discriminación resulta consistente con la historia de surgimiento de la proscripción de la discriminación, la cual, según dijimos, se produjo por una interpretación del derecho a la igualdad con la finalidad de proteger a un grupo social determinado, los afrodescendientes.

En segundo lugar, considerar a los grupos sociales es coherente con la existencia de cláusulas de proscripción de la discriminación que mencionan categorías sospechosas, dado que éstas pueden ser entendidas como pertenencias a grupos sociales excluidos, de modo que el mismo derecho considera que se debe proteger a tales colectivos.

En un sentido similar, existe una estrecha relación entre la dignidad humana y el derecho a no ser discriminado. Ello se debe a que la dignidad exige que las personas sean tratadas con «igual consideración y respeto» sin importar sus opciones de vida, características y/o pertenencias a grupos sociales, pues son entendidas como individuos que poseen un mismo valor inapreciable.

Esta postura es más congruente con los planteamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la existencia de grupos de especial protección, en cuanto es un reconocimiento que no todos los grupos de personas se encuentran en una situación similar y existen algunos que, por circunstancias generalmente sociales, requieren de una preocupación especial por parte del Estado, la cual es justificable jurídicamente a través del derecho a no ser discriminado. Por último, pero muy unido a lo anterior, la consideración de los grupos sociales colabora con las medidas de acción afirmativa. Ello a lo menos desde dos perspectivas: Puesto que permite una relativamente sencilla identificación de los colectivos que presen-

tan una exclusión estructural, pero también porque flexibiliza la justificación de la adopción de las medidas que beneficien a dichos grupos.

Así las cosas, la toma de postura frente a este fenómeno puede colaborar con mejorar las condiciones de importantes grupos de personas que día a día sufren afectaciones de sus derechos fundamentales, pero específicamente de su dignidad como seres humanos.

## *Capítulo 40*

# Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de los órganos internacionales universales y regionales de protección de los derechos humanos

JORGE ARAYA<sup>2745</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PANORAMA DE LOS MARCOS NORMATIVOS A NIVEL UNIVERSAL Y REGIONAL. 3. MODELOS SOBRE LA DISCAPACIDAD Y SU RECONOCIMIENTO EN LAS NORMAS INTERNACIONALES A NIVEL UNIVERSAL Y REGIONAL. 4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN ÁREAS RELEVANTES. 4.1. *No discriminación*. 4.2. *Autonomía e independencia de las personas con discapacidad, capacidad jurídica*. 4.3. *Derecho al voto*. 4.4. *Derecho a la educación inclusiva y de calidad*. 4.5. *Imposición de la pena de muerte*. 5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Los órganos internacionales establecidos por el sistema universal y los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos han desarrollado diversas interpretaciones jurisprudenciales acerca de los derechos de las personas con discapacidad. Este trabajo se propone dar cuenta de dichos desarrollos con relación a temas tales como la autonomía e independencia de las personas con discapacidad, su capacidad legal y su inclusión en la sociedad.

Este trabajo se enfoca en la jurisprudencia de órganos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos a nivel universal y regional. Aborda la jurisprudencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité), órgano establecido por la Convención de Naciones Unidas

2745. Abogado, egresado de la Universidad de Chile (Chile); Master en derecho internacional y comparado por the George Washington University. Secretario del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o Corte IDH), órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal o TEDH), órgano jurisdiccional del Consejo de Europa. Por jurisprudencia se entiende en este trabajo las decisiones del Comité, la Comisión, la Corte y el Tribunal en casos individuales, en el ejercicio de sus competencias establecidas en los tratados internacionales respectivos<sup>2746</sup>. Otras competencias de los órganos internacionales universales y regionales como las medidas provisionales de la Corte, o el procedimiento de investigación del Comité se mencionan en este trabajo en la medida que ayuden a una mejor comprensión de la jurisprudencia de los respectivos órganos en los casos individuales.

## **2. PANORAMA DE LOS MARCOS NORMATIVOS A NIVEL UNIVERSAL Y REGIONAL**

En el *sistema universal de protección de los derechos humanos*<sup>2747</sup>, las personas con discapacidad cuentan con un tratado de derechos humanos específico para la promoción y protección de sus derechos, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Este es un tratado que cuenta con una amplia membresía, con 184 Estados parte al 15 de abril de 2022. Además de este tratado específico, las personas con discapacidad están protegidas en el goce de sus derechos a través de las disposiciones de diferentes tratados de derechos humanos que prohíben la discriminación basada en cualquier condición social<sup>2748</sup>.

En el *sistema europeo de protección de los derechos humanos*<sup>2749</sup>, el tratado fundamental, el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y las Libertades

- 
- 2746. En el caso del Comité, la competencia para conocer casos individuales deriva del artículo 1 del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el caso de la Comisión, su competencia está establecida en los artículos 19 y 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y el artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el caso de la Corte, las disposiciones relevantes son los artículos 61 a 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para el Tribunal, la disposición relevante es el Protocolo No11 al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
  - 2747. El Sistema de protección establecido por los principales tratados de derechos humanos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas. Véase, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies#:~:text=What%20are%20the%20treaty%20bodies,set%20out%20in%20the%20treaty>
  - 2748. Por ejemplo, artículo 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3 del Pacto sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales. Véase, <https://www.ohchr.org/en/instruments-listings#tab-1>
  - 2749. El Sistema de protección establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos. Véase, [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf)

Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, no contiene disposiciones específicas sobre las personas con discapacidad, las que sin embargo quedan protegidas por la cláusula de no discriminación contendida en el artículo 14 del Convenio, que aunque no menciona la discapacidad entre los motivos prohibidos de discriminación, indica que el goce los derechos y libertades reconocidos en el convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, incluyendo «cualquier otra situación». El Protocolo No. 12 al Convenio, adoptado el 4 de noviembre de 2000 y que entró en vigor el 1 de abril de 2005, que amplió la protección contra la discriminación en relación a todos los derechos reconocidos en las leyes nacionales de los Estados parte, tampoco menciona la discapacidad entre los motivos prohibidos de discriminación, pero reitera que toda persona está protegida contra la discriminación incluso en «cualquier otra situación». Por otra parte, la Carta Social Europea, tratado que se refiere a la protección de los derechos económicos y sociales, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a programas de rehabilitación y formación profesional.

En el *sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos*<sup>2750</sup>, la Convención Americana de Derechos Humanos no contiene una disposición específica sobre las personas con discapacidad, que sin embargo, gozan de todos los derechos reconocidos en la Convención y están protegidas por la cláusula de no discriminación del artículo 1.1 la Convención, que además de prohibir la discriminación por motivos específicos, la extiende a la discriminación basada en «cualquier otra condición social». El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como «Protocolo de San Salvador», adoptado el 17 de noviembre de 1988 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, contiene una disposición específica relativa a la protección de los «minusválidos»<sup>2751</sup> y además reconoce los derechos de las personas con discapacidad al trabajo y a la educación. Su artículo 3 contiene una cláusula general de protección contra la discriminación semejante a la del artículo 1.1 de la Convención Americana.

El 6 de julio de 1999, la Organización de Estados Americanos adoptó un tratado específico sobre las personas con discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que entró en vigor el 14 de septiembre de 2001, que contaba con 19 ratificaciones al 15 de abril de 2022<sup>2752</sup>.

---

2750. El Sistema establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase, [https://www.oas.org/es/temas/derechos\\_humanos.asp](https://www.oas.org/es/temas/derechos_humanos.asp)

2751. Denominación derogatoria sobre las personas con discapacidad, no compatible con los estándares de derecho internacional de derechos humanos.

2752. Véase <https://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-4.asp>

### **3. MODELOS SOBRE LA DISCAPACIDAD Y SU RECONOCIMIENTO EN LAS NORMAS INTERNACIONALES A NIVEL UNIVERSAL Y REGIONAL**

Existen diferentes enfoques o modelos para entender la discapacidad que han sido descriptos en la literatura sobre el tema<sup>2753</sup>. El modelo social y el de derechos humanos están recogidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que indica en su artículo 1 que las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

La discapacidad no se considera entonces adscrita a la persona, sino que resulta de la interacción de deficiencias personales con barreras arquitectónicas, ambientales, actitudinales y culturales, de manera que los portadores de obligaciones<sup>2754</sup> bajo la Convención deben centrar su quehacer en la remoción de dichas barreras que impiden a las personas con discapacidad de la posibilidad de gozar de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas.

La inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad, el reconocimiento de su autonomía, la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana, su participación plena y efectiva en la comunidad y la no-discriminación basada en la discapacidad son principios de la Convención que se derivan del modelo de derechos humanos que reconoce la Convención<sup>2755</sup>.

Con la Convención, la normativa internacional sobre derechos humanos aplicable a las personas con discapacidad recepta un cambio de paradigma, que coloca las personas con discapacidad en el centro de todo el quehacer relacionado con el goce de sus derechos y no como meros objetos de compasión, beneficencia, o protección, o como personas enfermas que necesitan ser sanadas.

A nivel regional, los instrumentos de protección, que como se ha mencionado precedentemente, entraron en vigor con anterioridad a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no recogían o solo lo hacían parcialmente el cambio de paradigma a los modelos social y de derechos humanos de la Convención. Sin embargo, los órganos regionales creados por tratados han reconocido en su jurisprudencia este cambio de paradigma, como lo desarrollaremos en este trabajo.

- 
- 2753. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Guía de formación sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2014, página 15 y siguientes, disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CRPD\\_TrainingGuide PTS19\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide PTS19_sp.pdf)
  - 2754. Sobre el tema de portadores de obligaciones, véase en enfoque de derechos humanos: <https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>
  - 2755. Artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Un ejemplo digno de mencionarse es la posición que adoptó el Comité Interamericano para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS) en el tema de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Conforme al artículo I.2.b de la Convención Interamericana adoptada en 1999, la declaratoria de interdicción hacia la persona con discapacidad no constituye un acto discriminatorio. Sin embargo, el CIADDIS interpretó, en su observación general No1, adoptada el 28 de abril de 2011, que, con la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce en su artículo 12, la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sin excepciones, el artículo I.2.b de la Convención Americana quedaba obsoleto. CIADDIS instó a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo<sup>2756</sup>.

#### **4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN ÁREAS RELEVANTES**

A continuación, se analizarán sucintamente las similitudes y diferencias de la jurisprudencia del Comité, la Comisión, la Corte y el Tribunal en las siguientes áreas: no discriminación, autonomía e independencia de las personas con discapacidad, capacidad jurídica de las personas con discapacidad, derecho al voto, derecho a la educación inclusiva y de calidad, y la imposición de la pena de muerte.

##### **4.1. NO DISCRIMINACIÓN**

En el sistema universal de protección de los derechos humanos, el Comité ha tomado decisiones en varios casos encontrando violación al artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que recoge el principio de no discriminación en base a la discapacidad. El Comité ha clarificado de manera particular el deber que tienen los Estados de otorgar ajustes razonables a las personas con discapacidad y cómo la denegación de estos ajustes razonables constituye una discriminación basada en la discapacidad que está prohibida por la Convención.

---

2756. Comité Interamericano para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Observación General sobre la necesidad de interpretar el artículo I. 2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 28 de abril de 2011, disponible en: <https://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-4.asp>

A manera de ejemplo, en su decisión sobre el caso *J. H. c. Australia*, adoptada en agosto de 2018, el Comité tuvo que pronunciarse sobre la queja de una persona sorda, a la que se había negado la posibilidad de participar como jurado debido a la falta del ajuste razonable de poder contar con un intérprete en lengua de signos australiana (Auslan).

El Estado demandado, Australia, basó su defensa en que su política y su legislación proporcionaban ajustes razonables a las personas con deficiencias auditivas suministrando auriculares de circuito cerrado en las salas de audiencias. El Estado también presentó estimaciones del costo que habría tenido proporcional interpretación en lengua de señas australiana, pero no proporcionó el costo estimado de ese ajuste en el caso particular de la autora.

El Comité consideró que los argumentos del Estado parte no eran suficientes para concluir que suministrar a la autora interpretación Auslan habría constituido una carga desproporcionada o indebida. Por consiguiente, el Comité concluyó que el Estado parte no había adoptado las medidas necesarias para garantizar un ajuste razonable a la autora y concluyó que la negativa a suministrar interpretación Auslan sin evaluar minuciosamente si constituyese una carga desproporcionada o indebida, equivalía a discriminación por motivos de discapacidad, en violación de los derechos que asistían a la autora en virtud del artículo 5, párrafos 2 y 3, de la Convención<sup>2757</sup>.

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, el Tribunal ha resuelto de manera análoga casos de denegación de ajustes razonables. A manera de ejemplo, puede mencionarse el caso *Enver Şahin c. Turquía*, decidido en enero de 2018.

Este caso se refería a la imposibilidad de una persona paraplégica de acceder a los edificios de la universidad para realizar sus estudios debido a la falta de instalaciones adecuadas. El demandante se quejó en particular de haberse visto obligado a abandonar sus estudios debido a la denegación de su solicitud de adecuación de las instalaciones.

El Tribunal sostuvo que se había violado el artículo 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio leído en conjunción con el artículo 2 (derecho a la educación) del Protocolo No. 1, y concluyó que el gobierno turco no había demostrado que las autoridades nacionales, y en particular las autoridades universitarias y judiciales, habían reaccionado con la diligencia necesaria para garantizar que el solicitante pudiera seguir disfrutando de su derecho a la educación en igualdad de condiciones con los demás estudiantes.

El Tribunal señaló, en particular, que no se había realizado una propuesta de la oficina del rector para proporcionar una persona de apoyo después de una evaluación de las necesidades reales del solicitante y una evaluación honesta del impac-

---

2757. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Dictamen adoptado el 12 de febrero de 2016, CRPD/C/20/D/35/2016, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/444/03/pdf/G1844403.pdf?OpenElement>

to potencial en su seguridad, dignidad e independencia. Además, los tribunales nacionales no habían determinado si se había alcanzado un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos del solicitante (sus necesidades educativas) y los de la sociedad en su conjunto. También habían omitido buscar posibles soluciones que hubieran permitido al demandante reanudar sus estudios en condiciones lo más parecidas posibles a las que se ofrecen a los estudiantes sin discapacidad, sin imponer una carga indebida o desproporcionada a la administración<sup>2758</sup>.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es interesante la decisión tomada por la Corte en el caso *Chinchilla c. Guatemala*, en su sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, adoptada en febrero de 2016.

El caso se refería a la Sra. Chichilla Sandoval quien cumplía una condena de 30 años en el Centro de Orientación Femenino (COF), en la Ciudad de Guatemala, donde murió en mayo de 2004. La Sra. Chinchilla fue adquiriendo progresivamente una discapacidad motriz y visual, y sufrió una serie de complicaciones en su salud que redujeron sensiblemente su calidad de vida en relación con una serie de barreras sociales existentes en el centro penitenciario y la hicieron cada vez más dependiente de otras personas y de cuidados médicos más específicos. Debido a este deterioro, la Sra. Chinchilla se movilizó en silla de ruedas y fue trasladada a una celda en el hogar de maternidad del COF, la cual contaba con luz y ventilación adecuadas, así como un servicio sanitario y lava manos adaptados en atención a sus necesidades. Sin embargo, la Corte consideró que la mayoría de los ajustes en su celda no fueron realizados por el Estado ni resultaron suficientes para paliar sus condiciones de detención como persona en situación de discapacidad.

No existía una infraestructura adecuada, pues, aunque el área de maternidad permitía su movilización, era muy reducido y ella dependía de otras internas y de personal penitenciario para poder trasladarse a las áreas comunes. Por otro lado, respecto de las facilidades prácticas y procedimientos que debían seguirse para permitir las salidas de la señora Chinchilla del COF y su asistencia a las citas médicas en hospitales, se daban múltiples dificultades de accesibilidad física al transporte y de disponibilidad de medios de transporte y tiempo de los policías que la custodiaban.

Como resultado de la falta de accesibilidad y ajustes razonables suficientes, la Corte concluyó que se la colocó en situación de discriminación y en condiciones de detención incompatibles con el derecho de toda persona con discapacidad a que se respete su derecho a la integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás personas, y decidió que el Estado parte había violado su derecho a no ser discriminada en los términos de los artículos 5.1 y 1.1 de la Convención<sup>2759</sup>.

2758. TEDH, caso 23065/12, sentencia de 30 de enero de 2018, véase: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#/%22fulltext%22:\[%22Enver%20Sahin%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#/%22fulltext%22:[%22Enver%20Sahin%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})

2759. Corte IDH, caso Chinchilla Sandoval c. Guatemala, sentencia de 29 de febrero de 2016, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Véase: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_312\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf)

En el asunto del *complejo penitenciario de Curado*, en el que solicitó a la Corte la adopción de medidas provisionales para preservar la vida e integridad personal de personas privadas de libertad, la Corte, al otorgarlas, hizo notar el deber de protección del Estado frente a situaciones conocidas de discriminación y riesgo de grupos en situación de vulnerabilidad, como las personas con discapacidad. La Corte indicó que el Estado tiene la obligación de tomar todas las medidas disponibles para proteger y garantizar el goce del derecho a la vida y a la integridad personal de las personas bajo su custodia. Lo anterior adquiere particular urgencia cuando el Estado tiene conocimiento de situaciones violatorias a la integridad personal de dichas personas<sup>2760</sup>.

#### 4.2. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD JURÍDICA

En su dictamen sobre el caso *Magdolna Rékasi c. Hungría*, emitido en septiembre de 2021, el Comité se pronunció acerca del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

El caso se refería a una persona con discapacidad psicosocial que hasta 2016 no tuvo capacidad jurídica para ejercer sus derechos respecto de sus activos financieros, ya que la tutela a la que estaba sometida limitaba totalmente esa capacidad. Como resultado de un proceso de revisión, la autora recuperó su capacidad jurídica en relación con sus asuntos económicos. El 20 de junio de 2016, su tutora entregó las cuentas finales sobre la gestión de los asuntos económico de la autora. Las cuentas mostraban que, el 22 de marzo de 2012 la tutora había concertado un contrato de seguro de vida en nombre de la autora. La autoridad de tutela de la ciudad de Újszász había aprobado el pago del seguro nueve días después de la celebración del contrato. La autora indicó al Comité que no había sido informada sobre el contrato de seguro y no había tenido la oportunidad de expresar su opinión o preferencia personal al respecto, ya que la tutora nunca le pidió su opinión. Nunca recibió una copia del contrato, ni una copia de la petición presentada por la tutora, ni una copia de la aprobación de la autoridad de tutela.

En su dictamen sobre el fondo del asunto el Comité recordó que, en virtud del artículo 12 de la Convención, los Estados parte están obligados a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. De conformidad con el artículo 12, párrafo 4, de la Convención, los Estados parte están obligados asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Esas salvaguardias deben asegurar

---

2760. Corte IDH, medidas provisionales respect de Brasil, asunto del complejo penitenciario de Curado, resolución de 7 de octubre de 2015. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_02.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_02.pdf)

que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. El Comité recordó también que, de conformidad con el artículo 12, párrafo 5, de la Convención, los Estados parte también estaban obligados a tomar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a controlar sus propios asuntos económicos.

El Comité se refirió al párrafo 21 de su observación general núm. 1, que indica que cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del «interés superior» debe ser sustituida por la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias». Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del «interés superior» no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de «la voluntad y las preferencias» debe reemplazar al del «interés superior» para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás. A este respecto, el Comité observó que el Estado parte no había demostrado que hubiera hecho un esfuerzo considerable para determinar la voluntad y las preferencias de la autora, ni para hacer la mejor interpretación de su voluntad y sus preferencias<sup>2761</sup>.

En sus conclusiones el Comité consideró que la decisión de la autoridad de tutela de autorizar a la tutora de la autora a concertar un contrato de seguro de vida en nombre de la autora, sin haber hecho un esfuerzo considerable para determinar su voluntad o sus preferencias ni para hacer la «mejor interpretación» de su voluntad y sus preferencias, constituyó una vulneración de sus derechos en virtud del artículo 12, párrafos 3, 4 y 5, de la Convención<sup>2762</sup>.

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, el Tribunal resolvió en su sentencia de 16 noviembre 2021, en el caso *N. c. Rumanía (n.º 2) (n.º 38048/18)*, que el Estado parte había violado el derecho de una persona con discapacidad al ejercicio de su capacidad legal.

Este caso se refería a procedimientos en los que los tribunales nacionales, basando sus decisiones principalmente en opiniones de expertos médicos, despojaron al

2761. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General No 1, igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/pdf/G1403123.pdf?OpenElement>

2762. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Magdolna Rékasi c. Hungría, dictamen de 27 de julio de 2017, CRPD/C/25/D/44/2017, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/278/75/pdf/G2127875.pdf?OpenElement>

demandante –que presentaba una esquizofrenia paranoide según lo confirmado por una comisión psiquiátrica– de su capacidad jurídica y lo colocaron bajo la autoridad plena de un abogado guardián. También se refería a la forma en que las autoridades internas cambiaron posteriormente a su tutor legal.

El Tribunal sostuvo que había habido una violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada) del Convenio con respecto a la privación de la capacidad jurídica del demandante. También sostuvo que había habido una violación del artículo 8 con respecto al cambio de su tutor legal. El Tribunal concluyó, en particular, que las disposiciones legales significaban que las necesidades y los deseos reales del solicitante no podían tenerse en cuenta en el proceso de toma de decisiones y que la medida que lo despojaba de su capacidad jurídica no podía adaptarse a su situación. Como resultado, sus derechos bajo el artículo 8 habían sido restringidos por ley más de lo estrictamente necesario. Además, el Tribunal consideró que el proceso de toma de decisiones para el cambio de tutor legal del solicitante no había estado acompañado de garantías adecuadas. El demandante había sido excluido del procedimiento por la única razón de que había sido puesto bajo tutela. No se había tenido en cuenta su capacidad para comprender el asunto y expresar sus preferencias. Además, el motivo del cambio fue insuficiente y la decisión fue desproporcionada. Por último, en virtud del artículo 46 (obligación y ejecución de las sentencias) de la Convención, la Corte consideró que las deficiencias señaladas en esta sentencia podían dar lugar a más solicitudes justificadas en el futuro. Por esta razón, consideró crucial que el Estado rumano adopte las medidas generales apropiadas con miras a adecuar su legislación y práctica a los estándares internacionales, incluida la jurisprudencia de la Corte, en la materia<sup>2763</sup>.

Aunque en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Corte no se ha pronunciado sobre el tema de la capacidad legal, es esperable que, llegado el caso, adopte un criterio similar al que fue adoptado por el CEDDIS.

#### 4.3. DERECHO AL VOTO

En cuanto al derecho a la participación política, el Comité adoptó una decisión paradigmática en el caso *Zsolt Bujdosó, Jánosné Ildikó Márkus, Viktória Márton, Sándor Mészáros, Gergely Polk y János Szabó c. Hungría*, decidido en septiembre de 2013. En este caso, los seis autores, personas con discapacidad intelectual, habían sido puestos bajo tutela parcial o total, en virtud de decisiones judiciales. Al estar bajo tutela, los nombres de los autores fueron automáticamente eliminados del registro electoral, con arreglo al artículo 70, párrafo 5, de la Constitución del Estado parte vigente en ese momento, que establecía que las personas en régimen de tutela parcial o total no tenían derecho de voto. Debido a esa limitación de su capacidad jurídica,

2763. TEDH, caso No 38048/18, sentencia de 16 de noviembre de 2021, disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:\[%22N%20v%20Romania%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-213207%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:[%22N%20v%20Romania%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-213207%22]})

los autores no pudieron participar en las elecciones parlamentarias celebradas en Hungría el 11 de abril de 2010 ni en las elecciones municipales que tuvieron lugar el 3 de octubre de 2010.

En su dictamen sobre el fondo del caso, el Comité indicó que el artículo 29 de la Convención exige a los Estados parte que aseguren que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, incluido el derecho a votar. El Comité recordó que el artículo 29 no prevé ninguna restricción razonable ni permite excepción alguna con respecto a ningún grupo de personas con discapacidad. Por lo tanto, la exclusión del derecho de voto sobre la base de una discapacidad psicosocial o intelectual percibida o real, incluida la restricción derivada de una evaluación individualizada, constituye una discriminación por motivos de discapacidad, que está prohibida por la Convención.

El Comité recordó que en virtud del artículo 12, párrafo 2, de la Convención, los Estados parte deben reconocer y proteger la capacidad jurídica de las personas con discapacidad «en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», incluida la vida política, que abarca el derecho de voto. En virtud del artículo 12, párrafo 3, de la Convención, los Estados parte tienen, además, la obligación de adoptar las medidas pertinentes para garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio efectivo de su capacidad jurídica. Por consiguiente, el Comité consideró que, al privar a los autores de su derecho de voto sobre la base de una discapacidad intelectual percibida o real, el Estado parte había incumplido las obligaciones que le impone el artículo 29 de la Convención, leído por separado y junto con el artículo 12 de la Convención<sup>2764</sup>.

En oposición abierta a la jurisprudencia del Comité, el Tribunal dictaminó en febrero de 2021 que la privación del derecho a votar de dos personas con discapacidad a quienes se había privado de su capacidad jurídica, no era violatoria de la normativa europea sobre derechos humanos.

El caso *Strøbye y Rosenlind c. Dinamarca* se refería a la privación de derechos de voto de dos solicitantes, en 1984 y 2009 respectivamente, como resultado de haberles despojado de su capacidad jurídica. Los solicitantes, que recuperaron el derecho al voto en las elecciones generales de 2019, se quejaron de que se les había privado ilegalmente del derecho al voto.

El Tribunal sostuvo que no había habido violación del artículo 3 (derecho a elecciones libres) del Protocolo No. 1 del Convenio, al considerar que la restricción del derecho de voto de los demandantes había sido legal, había perseguido el objetivo legítimo de garantizar que los votantes en las elecciones generales tuvieran el nivel de habilidad mental requerido y había sido proporcional al objetivo que

---

2764. Comité de Derechos de las Personas con discapacidad, comunicación No4/2011, dictamen sobre el fondo, adoptado el 16 de octubre de 2013, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/475/81/pdf/G1347581.pdf?OpenElement>

se perseguía. Observó en particular que las autoridades danesas habían realizado esfuerzos loables para evaluar y desarrollar la respuesta legal a situaciones como la de los solicitantes. Consideró además que el Estado había operado dentro de su discreción bajo la Convención, en particular dada la calidad de la revisión judicial interna de estos asuntos. El Tribunal también sostuvo que no había habido violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) del Convenio tomado en conjunto con el artículo 3 del Protocolo No. 1, ya que estaba satisfecho de que la diferencia en el trato de los demandantes había perseguido un legítimo fin y que había existido una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretendía alcanzar<sup>2765</sup>.

#### 4.4. DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA Y DE CALIDAD

El Comité tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación con el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que consagra el derecho a la educación inclusiva y de calidad de las personas con discapacidad en el caso *Calleja y Calleja*, decidido en septiembre de 2020. La queja de los autores se refería a la situación de Rubén Calleja, entonces niño con discapacidad, que cursaba su educación primaria obligatoria en un centro ordinario de educación pública en España, con el apoyo de una asistenta técnico-educativa. Cuando cursaba el quinto curso de educación primaria, en 2010, dicho apoyo le fue retirado, aduciendo los profesores que no lo necesitaba. Rubén y su padre Alejandro Callejas, también reportaron que el primero había sido objeto de maltrato por profesores, que lo consideraban como un alumno que perturbaba al resto. En diciembre de 2010, Rubén fue sometido a una evaluación psico-pedagógica, sin el consentimiento de sus padres, y a resultas de dicha evaluación, se determinó que continuara su educación en un centro educativo especial. Los padres de Rubén apelaron esta decisión en sede administrativa y luego en sede judicial, pero sus recursos fueron desestimados. Al negarse a inscribir a su hijo en un colegio especial, un fiscal denunció a los padres de Rubén ante un juzgado por el delito de abandono de familia. Los padres fueron procesados y tuvieron que pagar una fianza para evitar la prisión preventiva. Posteriormente los padres fueron absueltos de este delito.

El Comité consideró que la decisión administrativa de matricular a Rubén en un centro de educación especial, sin tener en cuenta la opinión de sus padres, sin haber explorado de forma efectiva la adopción de ajustes razonables que pudieran seguir asegurando su inclusión en el sistema de educación ordinario, y sin haber tenido en cuenta las alegaciones de los autores con respecto a los actos de discriminación y abusos sufridos por Rubén en el centro de educación ordinaria al que asistía, constituyan una violación de sus derechos previstos en el artículo 24, leído solo y

---

2765. TEDH, casos No 25802/18 y 27338/18, sentencia de 2 de febrero de 2021, disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#/{%22fulltext%22:\[%22Str%C3%B8bye%20and%20Ros-enlind%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-207667%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#/{%22fulltext%22:[%22Str%C3%B8bye%20and%20Ros-enlind%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-207667%22]})

conjuntamente con el artículo 4 de la Convención, que consagra las obligaciones generales de los Estados parte bajo la Convención.

En vista de que los padres de Rubén habían sido objeto de una persecución penal por el delito de abandono de familia, y que habían tenido que pagar una fianza de elevada cuantía (2.400 euros cada uno), el Comité consideró que el Estado parte no había implementado una recomendación anterior del Comité en una investigación sobre violaciones graves y sistemáticas al derecho a la educación en España que conminaba al Estado a que no persiguiera penalmente a los padres de alumnos con discapacidad por el delito de abandono familiar por exigir el derecho de sus hijos a una educación inclusiva en igualdad de condiciones. El Comité concluyó que el Estado parte había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 23 de la Convención, sobre el derecho a la vida privada y familiar, leído solo y conjuntamente con el artículo 4 de la Convención.

En relación con los malos tratos sufridos por Rubén y denunciados por los autores de la comunicación, el Comité consideró que se habían vulnerado los derechos de Rubén en relación con el artículo 15 de la Convención de Naciones Unidas (que prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes) y el artículo 17 de la Convención (que establece que toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás)<sup>2766</sup>.

Con relación al sistema europeo de protección de los derechos humanos, puede mencionarse el caso *Cam c. Turquía*, decidido por el Tribunal en febrero de 2016. Este caso se refería a la negativa a matricular a la demandante como estudiante en la Academia Nacional de Música de Turquía porque era ciega. La demandante se quejó de una violación de su derecho a la educación, alegando que el Estado no había brindado a las personas con discapacidad las mismas oportunidades que a cualquier otra persona. También afirmó que había sido discriminada por su ceguera.

El Tribunal sostuvo que se había producido una violación del artículo 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio en conjunción con el artículo 2 (derecho a la educación) del Protocolo No. 1. Consideró, en particular, que la exclusión del demandante se había basado en las reglas de procedimiento de la academia de música. Aunque la solicitante estaba completamente calificada para ser admitida en la academia, la negativa a inscribirla se basó únicamente en el hecho de que era ciega. Asimismo, la Corte consideró que la discriminación por razón de discapacidad también se extiende a la negativa a realizar ajustes razonables para facilitar el acceso de las personas con discapacidad a la educación. Dichos ajustes razonables son vitales para el ejercicio de los derechos humanos. Al negarse a inscribir al demandante sin considerar la posibilidad de realizar adaptaciones para su disca-

2766. Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, comunicación No 41/2017, CR-PD/C/23/D/41/2017, dictamen sobre el fondo de 30 de septiembre de 2020, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/244/14/pdf/G2024414.pdf?OpenElement>

pacidad, las autoridades nacionales le habían impedido, sin ninguna justificación objetiva y razonable, beneficiarse de una educación musical, en contravención del Convenio<sup>2767</sup>.

Otro caso interesante de la jurisprudencia del Tribunal es el caso *G. L. c. Italia* (n.º 59751/15), decidido en septiembre de 2020. Este caso se refería a la incapacidad de la solicitante, una niña que padecía autismo no verbal, de recibir apoyos de aprendizaje durante sus dos primeros años de educación primaria (entre 2010 y 2012), a pesar de que el apoyo estaba previsto por ley. El Gobierno italiano se basó, en particular, en la falta de recursos financieros.

El Tribunal sostuvo que había habido una violación del artículo 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio en conjunción con el artículo 2 (derecho a la educación) del Protocolo No. 1 del Convenio, determinando que el demandante no había podido continuar asistiendo a la educación primaria en condiciones equivalentes a las de los demás niños y que esta diferencia se debía a su discapacidad. El Tribunal consideró, en particular, que las autoridades italianas no habían tratado de determinar las necesidades reales de la joven y brindarle un apoyo personalizado para permitirle continuar su educación primaria en condiciones que, en la medida de lo posible, serían equivalentes a aquellas en las que otros niños asistían a la misma escuela. En particular, las autoridades nunca habían considerado la posibilidad de que la falta de recursos pudiera compensarse con una reducción en la oferta educativa general, de modo que se distribuyera por igual entre alumnos con y sin discapacidad. El Tribunal señaló además que la discriminación sufrida por la niña era tanto más grave cuanto que había tenido lugar en el contexto de la educación primaria, que constitúa la base de la educación infantil y la integración social, brindando a los niños su primera experiencia de convivencia en su comunidad<sup>2768</sup>.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en el período examinado, no se han emitido decisiones en casos individuales sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad.

#### 4.5. IMPOSICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Comisión ha resuelto reiteradamente en sus resoluciones que la condena y/o la ejecución de la pena de muerte a personas con discapacidad intelectual y personas con discapacidad

---

2767. TEDH, caso No 51500/08, sentencia adoptada el 23 de febrero de 2016, disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:\[%22Cam%20v.%20Turkey%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-161149%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:[%22Cam%20v.%20Turkey%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-161149%22]})

2768. TEDH, caso No. 59571/15, sentencia de 10 de septiembre de 2020, disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:\[%22GL%20v%20Italy%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-204685%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:[%22GL%20v%20Italy%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-204685%22]})

psicosocial es contraria a la Declaración Americana sobre Derechos Humanos. Así lo ha reiterado en casos recientes contra los Estados Unidos de América<sup>2769</sup>.

En el sistema universal de protección de los derechos humanos, el Comité ha considerado que la imposición o la ejecución de la pena de muerte a personas con discapacidad intelectual y personas con discapacidad psicosocial es incompatible con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, debido principalmente a la falta de arreglos de procedimiento en los procesos criminales contra dichas personas que resultan en un menoscabo de su derecho a un juicio justo donde se respeten las garantías del debido proceso<sup>2770</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Este breve repaso de la jurisprudencia de órganos internacionales de protección de los derechos humanos con relación a las personas con discapacidad en temas importantes que las atañen demuestra que los desarrollos jurisprudenciales a nivel internacional están cada vez más orientados al reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derecho pleno, al reconocimiento de su plena capacidad jurídica y su inclusión plena sin discriminación en la comunidad.

Preocupan, sin embargo, algunas tendencias jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no están en consonancia con los estándares de derechos humanos más avanzados aplicables a las personas con discapacidad. En el caso del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte todavía es incipiente, pero promisoria en el sentido que se puede vislumbrar que su futura jurisprudencia estará en plena armonía con dichos estándares.

---

2769. Véase por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 24/17, caso 12.254, Víctor Saldaño c. Estados Unidos, aprobado el 18 de marzo de 2017, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2017/USPU12254ES.pdf>

2770. Por ejemplo, Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Kuwait, adoptadas el 19 de septiembre de 2019, párrafos 20 y 21, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/309/04/pdf/G1930904.pdf?OpenElement>



## *Capítulo 41*

# Estándares del sistema interamericano de derechos humanos en materia género

MARÍA FLORENCIA JUAIRE<sup>2771</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES DE LA CORTE IDH: CASOS RELEVANTES EN MATERIA SEXUAL. 4. DESAFÍOS ACTUALES Y FUTUROS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE GÉNERO EN LA REGIÓN.

### **1. INTRODUCCIÓN**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte o Corte IDH) es un organismo ampliamente reconocido por su trabajo en la promoción y protección de los derechos humanos en la región de América Latina y el Caribe. Dentro de su labor, la Corte ha sido pionera en la incorporación de la perspectiva de género en sus sentencias y jurisprudencia. Esta perspectiva, que busca analizar cómo las desigualdades entre hombres y mujeres afectan el goce y ejercicio de los derechos humanos, ha permitido que la Corte aborde de manera efectiva casos de violencia de género, discriminación, violencia sexual y otros temas relacionados con los derechos de las mujeres.

Por ello, este capítulo analiza el papel de la perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte IDH, comenzando con una breve explicación sobre dicho concepto y su importancia en la protección de los derechos humanos. Luego, realizando un análisis de casos relevantes vinculados con violencia sexual, en contexto de mujeres indígenas, conflictos armados, falta de acceso a la justicia, formas sistemáticas de tortura y en contextos escolares. Y finalmente, se reflexiona sobre los desafíos que enfrenta la Corte para seguir avanzando en la incorporación de la perspectiva de género en su trabajo.

---

2771. Abogada de Derecho de las Familias, Coordinadora del Área de Derechos Humanos e Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, adscripta de la Cátedra de Práctica Profesional Supervisada VII y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina).

## 2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La perspectiva de género es una herramienta analítica que busca visibilizar las desigualdades entre hombres y mujeres en todas las áreas de la vida social. Esta perspectiva parte de la premisa que las desigualdades de género no son naturales ni inevitables, sino construcciones sociales que se pueden modificar. Al analizar cómo estas desigualdades afectan el goce y ejercicio de los derechos humanos, se pueden identificar y combatir las barreras que impiden que las mujeres accedan a la justicia, a la educación, a la salud, al trabajo y a otros derechos fundamentales.

Sin dudas la Comunidad Internacional en las últimas décadas se ha comprometido de manera progresiva con la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres. Un ejemplo de ello es la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) adoptada en 1979 que en su artículo 1 expresa: «*A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera»*<sup>2772</sup>. Sin dudas la base de dicho compromiso tuvo como fuente la construcción de una Teoría Feminista y el creciente desarrollo de movimientos sociales de mujeres en pos de la defensa de sus derechos.

En el plano regional y con un desarrollo incluso previo al Sistema Universal, en la Sexta Conferencia Internacional Americana (1928) se creó la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) para garantizar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de las mujeres<sup>2773</sup>. Sin dudas la CIM ha impulsado la creación de instrumentos internacionales en materia de estos derechos, entre los cuales cabe mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como Convención de Belém do Pará adoptada en 1994. La Convención Belém do Pará define en su artículo 1 que «*debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado»*<sup>2774</sup>.

Desde un plano histórico la perspectiva de género se basa en la idea de que las mujeres han sido históricamente marginadas y discriminadas en la mayoría de las sociedades del mundo. Esta discriminación se manifiesta en diversas formas, como

- 
- 2772. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. (1979). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981).
  - 2773. CIM, Historia de la Comisión Interamericana de Mujeres: 1928-1997. CIM, Washington, DC, 1990
  - 2774. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. (1994). Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 6 de junio de 1994 (Entrada en vigor el 5 de marzo de 1995).

la violencia de género, la falta de acceso a recursos y oportunidades, la doble jornada laboral, la invisibilización de su contribución a la economía y la cultura, entre otras.

Por lo tanto, desde un plano jurídico, la perspectiva de género, es esencial para garantizar que los derechos humanos sean universales, inalienables e interdependientes. Al incorporar esta perspectiva en la protección de los derechos humanos, se pueden identificar las barreras que impiden que ciertos grupos tengan acceso a los derechos que les corresponden. Además, se pueden desarrollar políticas y prácticas que permitan superar estas barreras y avanzar hacia una sociedad más igualitaria y justa. La Corte reconoce que la discriminación por razones de género es una violación de los derechos humanos<sup>2775</sup> y, por lo tanto, debe ser abordada desde una perspectiva de género en todas sus decisiones y opiniones. Esto implica analizar cómo las normas y políticas públicas afectan de manera diferente a hombres y mujeres, y cómo las desigualdades de género pueden afectar el acceso a los derechos y su disfrute.

La perspectiva de género para la Corte IDH también implica prestar atención a las formas en que la violencia de género y la discriminación contra las mujeres se manifiestan y perpetúan en diferentes contextos culturales y sociales, y cómo pueden ser abordadas desde una perspectiva de derechos humanos. Este tribunal internacional ha definido la perspectiva de género en varios de sus fallos y opiniones consultivas. Dos de las menciones más destacadas son:

- i. Opinión Consultiva OC-18/03 «La Condición Jurídica y los Derechos Humanos de la Mujer en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (2003): En esta opinión consultiva, la Corte definió la perspectiva de género como «*un conjunto de herramientas y conceptos analíticos y de enfoque, destinados a identificar y denunciar la discriminación basada en las diferencias sexuales, a fin de eliminar las desigualdades existentes en la sociedad*»<sup>2776</sup>.
- ii. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005): En este caso, la Corte señaló que «*la incorporación de la perspectiva de género en la labor de la Corte es indispensable para garantizar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres y para lograr la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres*»<sup>2777</sup>.

### **3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES DE LA CORTE IDH: CASOS RELEVANTES EN MATERIA SEXUAL**

En el marco de la Corte IDH, la perspectiva de género ha sido fundamental para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. A lo largo de los

2775. Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 276.

2776. Corte IDH. (2003). Opinión Consultiva OC-18/03. La Condición Jurídica y los Derechos Humanos de la Mujer en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 18.

2777. Corte IDH. (2005). Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

años, se han emitido sentencias históricas que han contribuido a la protección de los derechos de las mujeres en la región. Los principales aspectos abordados por la Corte se relacionan con casos de violencia sexual en contexto de, mujeres como víctimas, mujeres indígenas, contextos armados, falta de acceso a la justicia, formas sistemáticas de tortura y en contextos escolares.

Se abordó por primera vez de manera específica la violencia sexual contra las mujeres por parte de la Corte IDH, en el *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*<sup>2778</sup> (2006), allí la Corte consideró probado que los ataques comenzaron en el pabellón de la prisión que era ocupado por mujeres prisioneras, incluyendo mujeres que estaban embarazadas. Analizó también el alcance y las consecuencias del delito de violencia sexual que sufrieron las mujeres prisioneras que se encontraban bajo la custodia del Estado. La sentencia consideró violado el artículo 5 de la Convención Americana e interpretó la Convención Belém do Pará en su análisis<sup>2779</sup>, sobre todo en la obligación de actuar con debida diligencia en los casos de violencia contra las mujeres contenida en el artículo 7.b para considerar violados los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana por la responsabilidad del Estado en la violación a la obligación de investigar y sancionar. Además, por primera vez se sostuvo que la violencia de género es una forma de discriminación conforme los precedentes establecidos en el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y que «[l]a violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno»<sup>2780</sup>.

A esta sentencia le siguió el *Caso González y otras (Campillo Algodonero) vs México*<sup>2781</sup> (2009) en donde la Corte IDH encontró al Estado de México responsable de violaciones no sólo a la Convención Americana sino también a la Convención Belém do Pará, convirtiéndose así en una sentencia que abordó de forma integral los derechos de las mujeres. La responsabilidad internacional se erigió en violaciones al deber general de garantizar los derechos humanos de las tres víctimas (Laura Berenice Ramos Monárrez, Claudia Ivette González y Esmeralda Herrera Monreal) por no actuar con debida diligencia para proteger sus derechos a la vida, a la integridad personal y sus derechos a vivir una vida libre de violencia, como así también por no investigar de forma adecuada y efectiva sus desapariciones y posteriores homicidios<sup>2782</sup>, por la discriminación en base a su género, los derechos del niño (dos

2778. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

2779. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 276.

2780. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 306.

2781. Corte IDH. Caso González y otras («Campillo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

2782. Corte IDH. Caso González y otras («Campillo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 286, 293.

víctimas eran menores de edad), de sus derechos a la integridad personal y el acceso a la justicia de los familiares de las víctimas<sup>2783</sup>.

También en el año 2009, la Corte en la sentencia del *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*<sup>2784</sup>, estableció estándares en materia de género. Si bien el caso versa sobre un contexto de conflicto armado, en donde se masacraron 251 habitantes del Parcelamiento las Dos Erres, ocurrido en 1982, se constató que «durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual» y la Corte estableció como hecho probado que «[l]a violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual»<sup>2785</sup>. También que «la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones a derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (jus cogens) y generan obligaciones para los Estados como la de investigar y sancionar dichas prácticas, de conformidad con la Convención Americana y en este caso a la luz de la CIPST [Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura] y de la Convención de Belém do Pará»<sup>2786</sup>.

En el año 2010, la Corte IDH aborda con el *Caso Fernandez Ortega y otros vs. México*<sup>2787</sup> y el *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*<sup>2788</sup>, la violencia sexual en relación a mujeres indígenas con obstáculos que impidieron el acceso a la justicia. La relevancia en materia de perspectiva de género en relación al primero se da en torno a los principios afirmados por el máximo tribunal vinculados con la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia y de garantizar un adecuado acceso a la justicia: *i*) la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima; *ii*) una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consiste en un sólo hecho u ocurre fuera de instalaciones estatales, si existe intencionalidad, sufrimiento severo y una finalidad por parte de los perpetradores; *iii*) una violación sexual vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada de una persona y supone una intromisión en su vida sexual, anulando su derecho a tomar libremente decisiones personales e íntimas; *iv*) ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación

2783. Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 100.

2784. Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211s

2785. Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 139.

2786. Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 141.

2787. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

2788. Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales encargadas de su protección; *v)* la investigación en casos de violencia sexual debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática; y *vi)* la declaración de la víctima sobre un hecho de violencia sexual es fundamental en la investigación, juzgamiento, y sanción de los hechos<sup>2789</sup>.

En el caso Rosendo Cantú, al igual que en el de Inés Fernandez Ortega, los hechos delictivos fueron investigados en justicia ordinaria y militar durante años sin identificación o sanción de los responsables. Además de las violaciones a su integridad personal, dignidad e intimidad, a la protección y garantías judiciales, al acceso a la justicia sin discriminación, a la protección especial por tratarse de una niña (la víctima tenía 17 años al momento de los hechos), al derecho a vivir a una vida libre de violencia de acuerdo a la Convención Belém do Pará en perjuicio de Valentina Rosendo Cantú, la Corte encontró al Estado de México, responsable de la violación a la integridad personal de la hija de Valentina, por las consecuencias sufridas en torno a los acontecimientos<sup>2790</sup>. Finalmente, la Corte dispuso que, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados deben adoptar medidas de protección que tomen en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, y sus valores, sus usos y costumbres<sup>2791</sup>.

Los mismos criterios continuó aplicando la Corte en los casos *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*<sup>2792</sup> (2014) y *Espinosa González vs. Perú*<sup>2793</sup> (2014) en donde se analizan contextos estructurales y sistemáticos de violencia de género e impunidad, como así también discriminación hacia la mujer que genera consecuencias en los procesos penales de las víctimas. En relación al primero de los casos, la Corte estimó que la violencia basada en el género es una forma de discriminación en contra de la mujer al igual que lo considerado por organismos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Belém do Pará<sup>2794</sup>. En el caso Espinoza, la Corte

- 
2789. CIDH. Informe: «Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación. Actualización del 2011-2014». OEA Ser.L/V/II.143 Doc. 60. ISBN 978-0-8270-5725-8. Párr. 40.
2790. Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrs. 37-139, 295(4).
2791. CIDH. Informe: «Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación. Actualización del 2011-2014». OEA Ser.L/V/II.143 Doc. 60. ISBN 978-0-8270-5725-8. Párr. 43.
2792. Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.
2793. Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2015. Serie C No. 295.
2794. Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 207.

partió del presupuesto de que la violencia sexual como sistema de tortura, debe analizarse especialmente desde el ámbito de la prueba, ya que son agresiones que se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas que permitan obtener pruebas gráficas o documentales y allí resulta esencial la declaración de la víctima como una prueba fundamental<sup>2795</sup>. Agregó que la violencia sexual puede comprender además de la invasión física del cuerpo humano, actos que ni siquiera impliquen contacto físico alguno, por ejemplo, la desnudez forzosa sometida a la mirada de hombres armados<sup>2796</sup>. También expresó que dichas experiencias son sumamente traumáticas para las mujeres que la sufren, que generan grandes daños físicos y psicológicos, por lo tanto los daños son severos incluso si no quedan secuelas físicas y finalmente en el caso concreto lo sufrido por la señora Espinoza constituye al igual que en el caso Veliz Franco, discriminación individualizada por su condición de mujer violándose así el artículo 1.1 de la Convención Americana, así como sus derechos a la integridad personal y a la honra y la dignidad del mismo instrumento y con las obligaciones establecidas en los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Finalmente, cabe mencionar el *Caso Albarracín y otras vs. Ecuador*<sup>2797</sup> (2020) en donde se aborda la violencia sexual en un ámbito escolar. El mismo se refiere a la presunta violencia sexual sufrida por Paola del Rosario Guzmán Albarracín en el ámbito escolar entre sus 14 y 16 años de edad y su posterior suicidio por la ingesta de pastillas denominadas «diablillos» cometido el 12 de diciembre de 2002 causando su muerte el 13 de diciembre de 2002. En esta sentencia la Corte IDH ha sentado estándares para los Estados a saber: «Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para prevenir y prohibir toda forma de violencia y abuso, incluidos los abusos sexuales, [...] en las escuelas por el personal docente», que goza, por su condición de tal, de una situación de autoridad y confianza respecto de estudiantes e incluso de sus familiares. Debe tenerse en cuenta al respecto, la particular vulnerabilidad de las niñas y adolescentes, considerando que ellas «con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de [...] hombres mayores». En relación con lo expuesto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados tienen la «obligación estricta» de adoptar todas las medidas apropiadas para tratar la violencia contra niños y niñas. La obligación «se refiere a una amplia variedad de medidas que abarcan todos los sectores públicos y deben aplicarse y ser efectivas para prevenir y combatir toda forma de violencia, incluso mediante la aplicación de sanciones efectivas por su realización»<sup>2798</sup>. Y también la obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, inter alia, lo siguiente: *i)* suministrar la información e implementar los procedimientos ade-

- 
2795. Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 4: Derechos Humanos y Mujeres, párr. 150.
2796. Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 4: Derechos Humanos y Mujeres, párr. 193.
2797. Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.
2798. Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de junio de 2020, párr. 119.

cuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; *ii)* asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y *iii)* procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño<sup>2799</sup>.

#### **4. DESAFÍOS ACTUALES Y FUTUROS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE GÉNERO EN LA REGIÓN**

La perspectiva de género ha sido una herramienta fundamental para la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la lucha contra la discriminación y la violencia sexual. Los conceptos y estándares jurídicos sentados en la materia en muchos casos se han traducido en políticas públicas para los Estados miembros y para la comunidad internacional en la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas, especialmente de las mujeres que presentan condiciones de vulnerabilidad por su condición de tal, por ser niñas o adolescentes o padecer abusos y torturas en contexto de conflictos armados o de abuso policial.

A pesar de los avances logrados en la protección de los derechos de las mujeres en la región, aún existen importantes desafíos en este ámbito. Uno de ellos es la persistencia de la violencia de género, que sigue siendo una de las formas más graves de discriminación y violación de los derechos humanos en la región. Otro es la falta de acceso a la justicia y la impunidad en casos de violencia de género dentro del ámbito interno de los Estados, a pesar de los estándares sentados por la Corte IDH. Muchas mujeres en la región siguen enfrentando barreras para acceder a la justicia y obtener reparación por las violaciones de sus derechos. Además, en muchos casos, los agresores no son sancionados por sus acciones, lo que perpetúa la impunidad y la falta de protección efectiva de los derechos de las mujeres, visibilizando la falta de acción por parte del Estado en investigar y sancionar dichas conductas.

En conclusión, la Corte ha realizado una importante contribución en la lucha contra la violencia sexual y la discriminación por razones de género a través de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Belém do Pará. En línea con los avances logrados por la Corte, los desafíos futuros por parte de los Estados deben venir acompañados no sólo de reparaciones adecuadas sino también de la creación de mecanismos efectivos de prevención, investigación y sanción.

---

2799. Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, parr. 201.

## *Capítulo 42*

# O reconhecimento e promoção dos direitos das pessoas LGBTIQ pelo sistema europeu de direitos humanos

Luís F. MOTA<sup>2800</sup>

(COM DIEGO GALEGO, ELISA PACHECO E PATRÍCIA BENTO)

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. AS PRINCIPAIS MANIFESTAÇÕES DE DISCRIMINAÇÃO E REIVINDICAÇÕES DAS PESSOAS LGBTIQ NA EUROPA. 3. A (DES)CONSIDERAÇÃO PELOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBTIQ NO CONSELHO DA EUROPA E NA CEDH. 4. DECISÕES DO TEDH EM RELAÇÃO A PESSOAS LGBTIQ. 4.1. *Proteção contra tortura e maus-tratos, sobretudo crimes de ódio.* 4.1.1. Proteção contra discurso de ódio. 4.1.2. Proteção em contexto prisional. 4.1.3. Proteção de pessoas imigrantes e requerentes de asilo. 4.2. *Proteção da vida privada e familiar.* 4.2.1. Criminalização de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo. 4.2.2. Reconhecimento das identidades de género de pessoas trans. 4.2.3. Reconhecimento legal de relações entre pessoas do mesmo sexo. 4.2.4. Relações familiares, incluindo adoção por casais do mesmo sexo. 4.3. *Proteção dos direitos de expressão, reunião e associação.* 4.3.1. Liberdade de expressão. 4.3.2. Liberdades de associação e reunião. 4.4. *Discriminação.* 5. CONCLUSÃO.

### **1. INTRODUÇÃO**

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)<sup>2801</sup>, adotada em 1950, é reconhecidamente um dos mais importantes instrumentos de promoção dos direitos humanos em termos internacionais, tendo sido inclusivamente ratificada pelos 46 Estados-membros (EMs) do Conselho da Europa (CoE). Inspirada pela Declaração

2800. Professor Auxiliar na Universidade do Minho, no final dos trabalhos, e Professor Adjunto no Instituto Politécnico de Leiria, no início dos trabalhos (Portugal). Investigador do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense (IJP/IPLeiria) e investigador do Centro de Investigação em Ciência Política da Universidade do Minho. Doutoramento em Administração Pública e Pós-Doutoramento em Políticas Públicas.

2801. A CEDH e seus protocolos adicionais poderão ser consultados, nas diferentes línguas, no seguinte link: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c>

Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, esta convenção do Conselho da Europa tem auxiliado na efetivação de um dos objetivos subjacentes à criação desta organização<sup>2802</sup> – «(...) a proteção e o desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais» (Preâmbulo da CEDH).

Para concretizar estes fins, o CoE dispõe de vários órgãos, dos quais se destacam<sup>2803</sup> o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), mas também, embora em menor grau, dois órgãos estatutários – o Conselho de Ministros, composto pelos/as ministros/as dos negócios estrangeiros de todos os Estados-membros, e a Assembleia Parlamentar, composta por representantes dos parlamentos nacionais de todos os Estados-membros. Criado em 1959, o TEDH tem como competência interpretar e aplicar a CEDH (art. 32.º CEDH), ao analisar e decidir sobre requerimentos que denunciam (alegadas) violações do disposto na CEDH e seus protocolos. Estes requerimentos podem ser feitos por Estados (em relação a outros Estados) (art. 33.º CEDH) ou por pessoas singulares, grupo de particulares ou organizações da sociedade civil (em relação a Estados) (art. 34.º CEDH) e vinculam os Estados-membros à decisão do TEDH (art. 46.º).

Face a este contexto, o Conselho da Europa, a sua convenção e o seu tribunal começaram a ser alvo de atenção por parte de diversos grupos particularmente expostos a situações de discriminação, entre os quais as pessoas LGBTIQ – isto é, as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgénero, intersexo e queer – nos quais depositavam grande esperança<sup>2804</sup>. Tal como referido por Édel<sup>2805</sup>, as pessoas LGBTIQ estão especialmente vulneráveis ao preconceito e discriminação, na medida em que desafiam as conceções tradicionais de género binário e de atração sexual, as quais encontram «forte oposição em muitos Estados, particularmente relacionada com a tradição, a cultura, a religião e a pobreza relativa»<sup>2806</sup>.

Apesar desta atenção por parte deste grupo, importa assinalar que, ao contrário do que acontece com outros grupos de pessoas especialmente vulneráveis à discriminação, a CEDH não atribui, de forma explícita, especial proteção às

- 
- 2802. O Conselho da Europa é uma organização internacional fundada em 1949 que, não obstante tenha tido outros objetivos na sua génese, atualmente se preocupa maioritariamente com os domínios dos direitos humanos, democracia e estado de direito.
  - 2803. Além destes três órgãos, o CoE conta ainda com a atuação do/a Comissário/a para os Direitos Humanos, do Secretariado-Geral, que tem diversas direções gerais temáticas, do Congresso das Autoridades Locais e Regionais e da Conferência de Organizações Não-Governamentais Internacionais. Para mais detalhes, veja-se <https://www.coe.int/en/web/portal/organisation>
  - 2804. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe and the European Court of Human Rights», in J. Marshall, Personal Identity and the European Court of Human Rights, Routledge, (2022), pp. 99-130.
  - 2805. EDEL, F., Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, Council of Europe, 2016.
  - 2806. McGoldrick, D., «The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law», in Human Rights Law Review, 16(4), (2016), pp. 613-668, p. 614.

pessoas LGBTIQ. Como se pode observar no seu art. 14.º, a CEDH proíbe a discriminação com base «no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação», não se referindo, portanto, especificamente à discriminação por questões de orientação sexual, identidade de género ou características sexuais.

A ausência de referência específica às pessoas LGBTIQ na CEDH poderá dever-se, em grande medida, ao facto de a CEDH datar de 1950 e o reconhecimento de direitos às pessoas LGBTIQ ser uma realidade muito mais recente, mesmo no continente europeu. A este propósito, importa referir, por exemplo, que a homossexualidade deixou de ser considerada como doença pelas Associações Americanas de Psiquiatria e Psicologia apenas em 1973 e 1975, respetivamente, tendo o mesmo sido feito pela Organização Mundial de Saúde apenas em 1992.

O reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTIQ é, contudo, ainda na atualidade muito dispar entre diferentes países que fazem parte do Conselho da Europa<sup>2807</sup>. Tal foi visível, por exemplo, aquando da recomendação de alteração do art. 14.º da CEDH, realizada em 1981, ou quando o Protocolo adicional n.º 12 – referente à proibição da discriminação – foi aprovado em 2000, sem que se adicionasse qualquer referência à orientação sexual ou identidade de género. Em ambos os momentos, terá sido apresentada a justificação que não seria necessário fazê-lo, já que a proibição de discriminação com base no sexo abarcaria também a proibição deste tipo de discriminação<sup>2808</sup>. No entanto, tal decisão também se deverá, em grande medida, à enorme divisão de posições que esta temática suscita em muitos países europeus – veja-se secção seguinte deste capítulo.

Não obstante a ausência de referência às questões da orientação sexual e identidade de género na CEDH, importa assinalar que o Conselho de Ministros e a Assembleia Parlamentar têm desenvolvidos alguns esforços no sentido da promoção dos direitos das pessoas LGBTIQ nos Estados-membros do Conselho da Europa. Ademais, importa destacar o contributo do TEDH neste domínio, ao interpretar a convenção como um «instrumento vivo»<sup>2809</sup>, ou seja, à luz das condições do momento. Importa, contudo, destacar igualmente que tal nem sempre aconteceu e que, mesmo na actualidade, há muitas matérias relacionadas com a discriminação de pessoas LGBTIQ em relação às quais este tribunal tem reconhecido aos Estados signatários margem de apreciação – uma figura prevista no Preâmbulo da CEDH –, permitindo, assim,

- 
- 2807. ILGA World, State-sponsored Homophobia – Global Legislation Overview Update, 2020, Update Edition. ILGA World, (2020), <https://ilga.org/state-sponsored-homophobia-report>.
  - 2808. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe and the European Court of Human Rights», in J. MARSHALL, Personal Identity and the European Court of Human Rights, Routledge. (2022), pp. 99-130.
  - 2809. LETSAS, G., «The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy», in FØLLES-DAL, A, PETERS, B & ULFSTEIN, G., Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context. Cambridge University Press, 2013, pp. 106-141.

que a discriminação persista. Ademais, importa ainda assinalar a possibilidade de as sentenças do TEDH terem efeito não apenas nos países visados nas decisões, mas terem também a possibilidade de servir como «gatilho» para litigâncias futuras e em processos de agendamento de mudanças legislativas em outros Estados-membros do Conselho da Europa<sup>2810</sup>.

Tendo por base este cenário, o objetivo deste capítulo é analisar, com alguma profundidade, os contributos dos referidos três órgãos, em especial do TEDH, para a promoção dos direitos das pessoas LGBTIQ, sobretudo nos domínios da proteção contra tortura e maus-tratos, proteção da vida privada e familiar, proteção dos direitos de expressão, reunião e associação, e discriminação. Para tal, utilizar-se-ão como fontes a análise que os serviços técnicos do TEDH realizam com alguma frequência em relação a diversas matérias<sup>2811</sup>, bem como a análise de outros textos que têm propósitos semelhantes<sup>2812</sup>, às quais se procurará adicionar análise própria. Esta análise será precedida da apresentação das principais manifestações de discriminação e reivindicações das pessoas LGBTIQ na Europa e finalizada com algumas notas conclusivas.

## **2. AS PRINCIPAIS MANIFESTAÇÕES DE DISCRIMINAÇÃO E REIVINDICAÇÕES DAS PESSOAS LGBTIQ NA EUROPA**

A discriminação contra pessoas LGBTIQ pode revelar-se a diversos níveis, quer em termos sociais, quer em termos legais. Ao nível social, os resultados do *Global LGBT Acceptance Index (GAI)*<sup>2813</sup> dão-nos conta de um nível crescente de aceitação desde a década de 80 do séc. XX, muito embora referindo resultados muito distintos em diferentes partes do globo<sup>2814</sup>. Como é possível verificar pela Figura 1, muito embora a maioria dos países que ocupam as melhores posições do ranking sejam europeus – Islândia, Países Baixos, Noruega e Suécia –, é verdade que existem também muitos países europeus nas piores posições. Nestas posições mais baixas encontram-se, sobretudo, países da Europa de Leste, os quais saíram de situações

- 
- 2810. HELFER, L., & VOETEN, E., «International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe», in *International Organization*, 68(1), (2014), 77-110.
  - 2811. ECtHR, E. C., *Guide on the case-law of the European Convention of Human Rights – LGBTI rights*. Council of Europe/ European Court of Human Rights, 2022.
  - 2812. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe and the European Court of Human Rights», in J. MARSHALL, *Personal Identity and the European Court of Human Rights*. Routledge (2022), pp. 99-130 y MCGOLDRICK, D., «The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law». *Human Rights Law Review*, 16(4), 2016, pp. 613-668.
  - 2813. Este índice varia numa escala de 1 a 10, com base em dados de múltiplos questionários à população sobre os seus valores. Para mais detalhes, veja-se <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/projects/gai/>
  - 2814. Flores, A., *Social Acceptance of LGBTI People in 175 Countries and Locations*, 1981 to 2020. Williams Institute, 2021, <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Global-Acceptance-Index-LGBTI-Nov-2021.pdf>

de ditaduras há menos tempo e/ou têm atualmente regimes autocráticos e que aderiram ao Conselho da Europa há relativamente pouco tempo.

Figura 1. Ranking e score do Índice Global de Aceitação das Pessoas LGBT na Europa (2017-2020)

#	País	GAI	#	País	GAI	#	País	GAI
1	Islândia (1950)	9.78	22	Andorra (1994)	7.48	82	Bulgária (1992)	4.19
2	Países Baixos (1949)	9.46	25	Áustria (1956)	7.2	87	Roménia (1993)	4.1
3	Noruega (1949)	9.38	27	Itália (1949)	6.94	90	Turquia (1950)	3.94
4	Suécia (1949)	9.18	28	Portugal (1976)	6.87	97	Sérvia (2003)	3.71
6	Espanha (1977)	8.77	34	Eslovénia (1993)	6.21	112	Montenegro (2007)	3.53
7	Dinamarca (1949)	8.69	38	Rep. Checa (1993)	5.87	113	Kosovo *	3.52
8	Irlanda (1949)	8.41	49	Grécia (1949)	5.44	120	Bielorrússia *	3.38
9	Reino Unido (1949)	8.34	54	Estónia (1993)	5.25	126	Rússia (1996) **	3.28
12	Malta (1965)	8.01	58	Chipre (1961)	5.16	141	Geórgia (1999)	2.94
13	Suíça (1963)	8	59	Polónia (1991)	5.15	142	Ucrânia (1995)	2.91
14	Finlândia (1989)	7.96	62	Hungria (1990)	5.08	144	Bósnia e Herz (2002)	2.87
15	Bélgica (1949)	7.95	63	Croácia (1996)	5.05	155	Albânia (1995)	2.65
18	Luxemburgo (1949)	7.82	70	Eslováquia (1993)	4.82	162	Arménia (2001)	2.17
19	França (1949)	7.73	77	Letónia (1995)	4.42	166	Moldávia (1995)	1.91
20	Alemanha (1950)	7.73	78	Lituânia (1993)	4.38	175	Azerbaijão (2001)	1.42

\* Apesar da Bielorrússia e do Kosovo não pertencerem ao Conselho da Europa, decidimos incorporar os seus resultados neste quadro por razões de comparabilidade.

\*\* A Rússia aderiu ao Conselho da Europa em 1996, mas foi suspensa em 2022.

Nota 1: Apesar de fazerem parte do CoE, o Liechtenstein, Macedónia, Mónaco e San Marino não foram incorporados neste quadro por não haver dados sobre os mesmos na fonte consultada.

Nota 2: os anos referidos reportam-se ao ano de adesão ao Conselho da Europa de cada país.

Fonte: baseado em Flores (2021).

Além da discriminação social, importa ainda referir a existência de discriminação legal, também apelida de *State-sponsored Homophobia*<sup>2815</sup>. Neste campo poder-se-á incluir não apenas a criminalização de relações sexuais consentidas entre adultos do mesmo sexo – felizmente, já não existente no continente europeu desde 2004 –, mas também um vasto conjunto de outras matérias. Tendo por base o *Rainbow Index*<sup>2816</sup>

2815. ILGA World, State-sponsored Homophobia..., cit.

2816. Um instrumento produzido anualmente pela ILGA Europe, que analisa a proteção dos direitos das pessoas LGBTIQ, em termos legais e de políticas públicas, com base em 74 indicadores e que atribui uma pontuação percentual. Veja-se <https://www.ilga-europe.org/report/rainbow-europe-2023/>

da *ILGA Europe*, consegue-se perceber que as principais reivindicações, em termos legais e políticos, das pessoas LGBTIQ e suas organizações representativas são as seguintes: *a)* existência de leis ou planos que promovam a igualdade e proíbam a discriminação contra pessoas LGBTIQ ao nível constitucional, no emprego, na provisão de bens e serviços, nos serviços de saúde ou na doação de sangue; *b)* reconhecimento de famílias constituídas por pessoas LGBTIQ, nomeadamente através de casamento ou uniões civis por casais do mesmo sexo, da adoção ou coadoção por pessoas LGBTIQ ou por casais do mesmo sexo, do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida por indivíduos ou casais LGBTIQ, ou do reconhecimento da parentalidade de pessoas trans; *c)* penalização de crimes e discursos de ódio, através de agravamento das penas; *d)* reconhecimento legal de pessoas trans, sem a imposição de diagnósticos médicos, processos de esterilização ou intervenções médicas; *e)* reconhecimento de direitos à integridade corporal das pessoas intersexo; *f)* reconhecimento de direitos da sociedade civil, ao nível da liberdade de reunião e associação; *e, g)* reconhecimento de direitos a requerentes de asilo LGBTIQ.

Tal como acontece em relação à discriminação social, também ao nível da discriminação legal existe uma enorme disparidade de realidades na Europa. Como é possível observar pelo *Rainbow Map* de 2023, produzido com base no índice homónimo, a realidade é bastante díspar: por um lado, países que oferecem uma muito reduzida proteção, como Azerbaijão (2%), Turquia (4%), Rússia (8%), Arménia (8%), Bielorrússia (12%), Mónaco (13%), San Marino (14%), Polónia (15%) ou Roménia (18%); e, por outro lado, países que oferecem uma proteção legal bem mais ampla, ainda que carecendo de melhorias, tais como Malta (89%), Bélgica (76%), Dinamarca (76%), Espanha (74%), Islândia (71%), Finlândia (70%), Luxemburgo (68%), Suécia (68%) ou Noruega (67%). Sem grandes surpresas, é possível observar uma enorme relação entre os níveis de discriminação legal e política e os níveis de discriminação social.

Apesar de já não existirem países do Conselho da Europa que criminalizam atos sexuais consentidos entre pessoas adultas do mesmo sexo (desde 2003) e da maioria dos países europeus ter legislação que proíbe a discriminação de pessoas LGBTIQ no emprego (à exceção de 4 EMs), são ainda muitos os países que não dispõem de proteção contra crimes de ódio (18 EMs) ou contra incitamento de atos de violência (12 EMs), ou que não reconhece os casamentos entre pessoas do mesmo sexo (30 EMs) ou a adoção por casais do mesmo sexo (29 EMs).

Como se pode observar pelo descrito, a proteção dos direitos das pessoas LGBTIQ no mundo, e também na Europa, é bastante problemática e díspar. Foi precisamente reconhecendo esta realidade que, em 2006, um grupo internacional de peritos em direitos humanos formulou um documento designado Princípios de Yogyakarta<sup>2817</sup>, o qual foi atualizado em 2017. Neste documento, os seus proponentes afirmam, no Princípio 1, que «os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de género têm direito ao pleno gozo de todos os direitos humanos»,

---

2817. Ver <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/official-versions-pdf/>

especificando, entre outros, os seguintes direitos: igualdade e não discriminação; vida; segurança; privacidade; não sujeição a tortura e crueldade, tratamento ou punição desumana ou degradante; proteção contra abusos médicos; liberdade de reunião pacífica e de associação; pedido de asilo; constituição de família; participação na vida pública, entre outros. Apesar da sua importância histórica, este documento não se afirmou como um tratado, não tendo sido, assim, adotado por Estados, nem se tornando num instrumento vinculativo no direito internacional dos direitos humanos, nunca tendo sido, inclusivamente, aceite pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Em linha com esta evolução e com estes princípios, também o entendimento do TEDH e de outros órgãos do Conselho da Europa sobre os direitos das pessoas LGBTIQ tem sofrido bastantes alterações, tal como referido na introdução, registando uma evolução positiva ao longo do tempo. Este será, precisamente, o tópico das próximas páginas deste capítulo.

### **3. A (DES)CONSIDERAÇÃO PELOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBTIQ NO CONSELHO DA EUROPA E NA CEDH**

Como abordado anteriormente, a CEDH e o TEDH foram, desde a sua génesse, alvo de atenção por parte das pessoas LGBTIQ. Contudo, demorou algum tempo até que o TEDH e a Comissão Europeia dos Direitos Humanos – órgão já extinto do Conselho da Europa, que fazia uma pré-análise e seleção dos pedidos dirigidos ao TEDH – começassem a reconhecer os direitos das pessoas LGBTIQ. Por exemplo, foi apenas em 1981 que o TEDH reconheceu que a criminalização de atos sexuais consentidos entre dois adultos do mesmo sexo constituía uma violação do art. 8.<sup>º</sup> da CEDH<sup>2818</sup>.

De igual modo, a desconsideração dos direitos das pessoas LGBTIQ também se revelou noutros órgãos do Conselho da Europa. A este propósito<sup>2819</sup>, dá conta que o assunto foi abordado por duas vezes<sup>2820</sup> na década de 60 do séc. XX na Assembleia Parlamentar do CoE e, em ambos os casos, para reforçar a ideia de que esta organização não se deveria intrometer na regulação dos atos sexuais entre homossexuais feita pelos seus Estados-membros.

Em sentido oposto, o sr. Voogd, representante dos Países Baixos na Assembleia Parlamentar do CoE, realizou, em 1973, uma intervenção pioneira, ao defender que a discriminação com base na orientação sexual seria uma violação dos direitos humanos, dando início a uma campanha que o levou à produção de um relatório<sup>2821</sup>, em 1981, o qual continha uma proposta de recomendação e resolução em relação a

2818. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2819. *Ibidem*.

2820. Por parte dos senhores Margue (Luxemburgo) e MacEntee (Irlanda).

2821. CoE, Parliamentary Assembly, Committee on Social and Health Questions, «Draft report on discrimination against homosexuals», 3 June 1981, AS/Soc(33)4.

duas medidas: a alteração do art. 14.º da CEDH, adicionando as questões da orientação sexual; e que o Comité de Ministros deveria emitir uma recomendação aos Estados-membros para que deixassem de criminalizar os atos sexuais consentidos entre pessoas adultas do mesmo sexo e para que promovessem a igualdade de tratamento de pessoas LGBTIQ<sup>2822</sup>. Apesar de largamente criticadas e alteradas, a recomendação 924<sup>2823</sup> e a resolução 756<sup>2824</sup> foram aprovadas, ainda que não incluindo a questão da alteração do art. 14.º da CEDH<sup>2825</sup>, mas incluindo um vasto e diversificado conjunto de propostas abaixo listadas:

**Recomendação 924 (1981) da Assembleia Parlamentar**

«(...) 7. Recomenda ao Comité de Ministros:

7.1 exortar os Estados-membros onde atos homossexuais consentidos entre adultos são passíveis de processo criminal, para abolir essas leis e práticas;

7.2 exortar os Estados-membros a aplicar a mesma idade mínima de consentimento para atos homossexuais e heterossexuais;

7.3 apelar aos governos dos Estados membros a:

a) ordenar a destruição dos registos especiais existentes sobre homossexuais e abolir a prática de manter registos sobre homossexuais pela polícia ou qualquer outra autoridade;

b) garantir a igualdade de tratamento, nem mais nem menos, dos homossexuais no que diz respeito ao emprego, remuneração e segurança no trabalho, especialmente no setor público;

c) solicitar a cessação de toda ação médica obrigatória ou pesquisa destinada a alterar a orientação sexual de adultos;

d) garantir que a prisão, os direitos de visita e o alojamento das crianças pelos pais não sejam restringidos com base apenas nas tendências homossexuais de um deles;

e) pedir às autoridades prisionais e outras autoridades públicas que estejam vigilantes contra o risco de estupro, violência e ofensas sexuais nas prisões».

**Resolução 756 (1981) da Assembleia Parlamentar**

«(...) 6. Insta a Organização Mundial da Saúde a excluir a homossexualidade de sua Classificação Internacional de Doenças».

Além deste relatório, o debate em torno dos direitos das pessoas LGBTIQ na Assembleia Parlamentar na década de 80 do séc. XX ficou ainda marcado, de acordo com<sup>2826</sup>, pela emergência da temática das pessoas trans, nomeadamente através

2822. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2823. CoE, Parliamentary Assembly, Recommendation 924 (1981). <https://pace.coe.int/en/files/14958/html>

2824. CoE, Parliamentary Assembly, Resolution 756 (1981). <https://pace.coe.int/en/files/16167/html>

2825. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2826. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

da produção de um relatório intitulado «Condition of transsexuals», de 1989, e da aprovação da Recomendação 1117, que continha a seguinte recomendação:

**Recomendação 1117 (1989) da Assembleia Parlamentar**

«(...) 11. Recomenda que o Comité de Ministros elabore uma recomendação convocando os Estados-membros a introduzir legislação que, no caso de transexualismo irreversível, pela qual:

- a) a referência ao sexo do interessado seja retificada no registo de nascimento e nos documentos de identidade;
- b) uma mudança de nome próprio deve ser autorizada;
- c) a vida privada da pessoa deve ser protegida;
- d) toda discriminação no gozo dos direitos e liberdades fundamentais é proibida de acordo com o Artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos».

Após uma década promissora em termos de recomendações, seguiu-se uma década sem grandes progressos, tendo sido apenas em 2000 que a Assembleia Parlamentar voltou a aprovar outras recomendações sobre a discriminação contra pessoas LGBTIQ residentes nos Estados-membros ou que estivessem em situação de asilo ou imigração (Recomendações 1474 e 1470, respetivamente – ver caixas abaixo), tendo aprovado muitas outras desde então<sup>2827</sup> – incluindo sobre a temática da proibição da alegada «propaganda gay», mas nunca abordando a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>2828</sup>.

**Recomendação 1474 (2000) da Assembleia Parlamentar**

«(...) 11. A Assembleia recomenda, portanto, que o Comité de Ministros:

**11.1** acrescente a orientação sexual aos motivos de discriminação proibidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, conforme solicitado no Parecer da Assembleia n.º 216 (2000);

**11.2** alargue o mandato da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI) à homofobia fundada na orientação sexual e acrescente ao quadro de pessoal do Comissário Europeu para os Direitos do Homem um responsável especial pelas questões de discriminação com base na orientação sexual orientação;

**11.3** convoque os Estados membros a:

- a) incluir a orientação sexual entre os motivos proibidos de discriminação em sua legislação nacional;
- b) revogar todas as disposições legislativas que tornem atos homossexuais consentidos entre adultos passíveis de processo criminal;

2827. For example: CoE, Parliamentary Assembly, Recommendation 1635 (2003); CoE, Parliamentary Assembly, Resolution 1728 (2010); CoE, Parliamentary Assembly, Recommendation 1915 (2010); CoE, Parliamentary Assembly, Recommendation 2021 (2013); CoE, Parliamentary Assembly, Resolution 1948 (2013); CoE, Parliamentary Assembly, Resolution 2048 (2015); CoE, Parliamentary Assembly, Recommendation 2116 (2017); CoE, Parliamentary Assembly, Resolution 2191 (2017).

2828. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

- c) libertar com efeito imediato qualquer pessoa presa por atos sexuais consentidos entre adultos homossexuais;
- d) aplicar a mesma idade mínima de consentimento para atos homossexuais e heterossexuais;
- e) tomar medidas positivas de combate às atitudes homofóbicas, nomeadamente nas escolas, na profissão médica, nas forças armadas, na polícia, na justiça e na Ordem dos Advogados, bem como no desporto, através da educação e formação inicial e contínua;
- f) coordenar esforços com vista ao lançamento simultâneo de uma vasta campanha de informação pública no maior número possível de Estados membros;
- g) tomar medidas disciplinares contra qualquer pessoa que discrimine homossexuais;
- h) assegurar igualdade de tratamento aos homossexuais no que diz respeito ao emprego;
- i) adotar legislação que disponha sobre parcerias registadas;
- j) reconhecer a perseguição aos homossexuais como fundamento para a concessão de asilo;
- k) incluir nas estruturas existentes de proteção e mediação dos direitos fundamentais, ou estabelecer um especialista em discriminação com base na orientação sexual».

**Recomendação 1470 (2000) da Assembleia Parlamentar**

«(...) 7. Assim, a Assembleia recomenda que o Comité de Ministros:

**7.1. instrua seus comitês apropriados a:**

- a) realizar trocas de opiniões e experiências sobre esses assuntos;
- b) examinar a questão do reconhecimento de homossexuais como membros de um determinado grupo social no entendimento da Convenção de Genebra de 1951, com vistas a assegurar que a perseguição por motivos de homossexualidade seja reconhecida como motivo de asilo;
- c) desenvolver diretrizes para o tratamento de homossexuais refugiados ou membros de uma parceria binacional;
- d) iniciar a criação de um sistema europeu de recolha de dados e documentação de abusos contra homossexuais;
- e) cooperar e apoiar grupos e associações que defendem os direitos humanos de homossexuais no que diz respeito às políticas de asilo e imigração nos estados-membros do Conselho da Europa.

**7.2. instar os Estados membros a:**

- a) reexaminar os procedimentos e políticas de determinação da condição de refugiado com o objetivo de reconhecer como refugiados homossexuais cujo pedido de condição de refugiado se baseie no temor fundado de perseguição por motivos enumerados na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de 1967 relativo à condição de Refugiados;
- b) adotar critérios e diretrizes para o tratamento de homossexuais requerentes de asilo;

- c) assegurar que as autoridades responsáveis pelo procedimento de determinação da condição de refugiado estejam bem informadas sobre a situação geral nos países de origem dos solicitantes, em particular no que diz respeito à situação dos homossexuais e sua possível perseguição por agentes estatais e não estatais;
- d) rever suas políticas no campo dos direitos sociais e proteção dos migrantes, a fim de assegurar que as uniões e famílias homossexuais sejam tratadas da mesma forma que as uniões e famílias heterossexuais;
- e) tomar as medidas necessárias para assegurar que os casais binacionais de lésbicas e gays tenham os mesmos direitos de residência que os casais heterossexuais binacionais;
- f) encorajar o estabelecimento de organizações não-governamentais para ajudar refugiados homossexuais, migrantes e casais binacionais a defender seus direitos;
- g) cooperar mais estreitamente com o ACNUR e as organizações não-governamentais nacionais, promover a ligação em rede das suas atividades e exortá-los a monitorizar sistematicamente a observância dos direitos de imigração e asilo de gays e lésbicas;
- h) assegurar que a formação dos funcionários da imigração que entram em contacto com requerentes de asilo e casais homossexuais binacionais inclua atenção à situação específica dos homossexuais e dos seus parceiros».

Apesar da importância das recomendações referidas, um dos desenvolvimentos mais importantes foi, contudo, a aprovação de uma recomendação do Comité de Ministros – órgão com maior peso político – sobre o combate à discriminação por razões de orientação sexual e identidade de género (Recomendação CM/Rec(2010)5<sup>2829</sup>), e que continha um vasto conjunto de recomendações específicas sobre vários temas: *i*) direito à vida, segurança e proteção contra a violência, nomeadamente em relação aos «crimes de ódio» e outros incidentes motivados pelo ódio e aos «discursos de ódio»; *ii*) liberdade de associação; *iii*) liberdade de expressão e de reunião pacífica; *iv*) direito ao respeito pela vida privada e familiar; *v*) emprego; *vi*) educação; *vii*) saúde; *viii*) habitação; *ix*) desporto; *x*) pedidos de asilo; *xi*) estruturas nacionais de direitos humanos; e, *xii*) discriminação múltipla. Para Johnson<sup>2830</sup>, esta recomendação inova ao incluir temas como os crimes de ódio, o discurso de ódio e questões de educação para o respeito pelas pessoas LGBTIQ, mas, por outro lado, padece de algum conservadorismo, ao não solicitar que os Estados-membro reconheçam o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Um relatório de progresso sobre a implementação destas recomendações, realizado em 2019, concluiu que, simultaneamente a alguns progressos, «(...) um clima de oposição aos direitos humanos LGBT ganhou espaço em alguns países europeus, vinculado à retórica populista homofóbica e transfóbica e ao emergente movimento anti-género (...) [podendo-se] fazer referência a ações tais como referendos para emendar constituições que exigem limitações na definição de casamento, discurso

2829. [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016804d0f6d](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804d0f6d)

2830. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

de ódio de políticos de alto nível, autoridades proibindo ou falhando em proteger eventos públicos LGBT e ataques contra defensores dos direitos humanos»<sup>2831</sup>.

Além da sua importância por si só, esta recomendação tem ganho relevância também ao ser frequentemente citada em decisões do TEDH, as quais serão objeto de análise de seguida em relação a quatro temáticas: proteção contra tortura e maus-tratos, sobretudo crimes de ódio; proteção da vida privada e familiar; proteção dos direitos de expressão, reunião e associação; e, por fim, discriminação.

#### **4. DECISÕES DO TEDH EM RELAÇÃO A PESSOAS LGBTIQ**

Como referido na introdução, o TEDH tem sido um dos principais órgãos do Conselho da Europa na defesa e promoção dos direitos humanos, em geral, e dos direitos das pessoas LGBTIQ, em particular. Apesar de, como referido anteriormente, as questões da orientação sexual, identidade de género e características sexuais não estarem referidas na CEDH, importa assinalar que o TEDH tem interpretado a convenção como um «instrumento vivo», acompanhando a evolução social e legal em muitos países.

Esta postura defensora dos direitos das pessoas LGBTIQ por parte do TEDH nem sempre foi, contudo, visível. A título de exemplo refira-se, por exemplo, o facto de, em 1955, a Comissão Europeia dos Direitos Humanos não ter admitido, para análise posterior do TEDH, uma queixa de um cidadão alemão que tinha sido condenado e preso por atos sexuais com outro homem, e que alegava que essa condenação violava os arts. 8.º e 14.º da CEDH – veja-se *W. B. c. República Federal da Alemanha, 1955*<sup>2832</sup>. A justificação para tal decisão desfavorável sustentou-se no princípio da margem de apreciação, referindo explicitamente que a CEDH permitia que os Estados-membros tivessem legislação de condenação da homossexualidade por forma a protegerem a saúde e a moral<sup>2833</sup>.

De igual modo, importa assinalar que o TEDH apenas reconheceu que a criminalização de atos sexuais consentidos entre pessoas do mesmo sexo violava o art. 8.º da CEDH em 1981, e reconheceu que a «orientação sexual», a «transsexualidade» e a «identidade de género» deveriam ser características abrangidas pelo art. 14.º da CEDH apenas em 1999, 2010 e 2015, respetivamente<sup>2834</sup>. Ademais, importa destacar que, mesmo na atualidade, existem situações sobre as quais o TEDH atribui aos Estados signatários da CEDH «margem de apreciação», com o argumento de

2831. CoE – Council of Europe. (2019). Combating discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Council of Europe Member States – a review of the Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers, p. 11. Council of Europe, disponível em <https://rm.coe.int/combating-discrimination-on-grounds-of-sexual-orientation-and-gender-i/16809fb2b8>

2832. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2833. *Ibidem*.

2834. *Ibidem*.

que não existe ainda consenso europeu sobre as mesmas, permitindo, assim, que a discriminação persista.

Apesar destas situações, importa reconhecer o papel do TEDH na defesa e promoção dos direitos das pessoas LGBTIQ nos Estados-membros do Conselho da Europa, já que diversas decisões suas têm reconhecido direitos das pessoas LGBTIQ e promovido mudanças legislativas e políticas, não apenas nos países visados na decisão, mas também em outros países, sendo responsáveis pelo agendamento de novas propostas legislativas<sup>2835</sup>.

Nas secções que se seguem, proceder-se-á a uma análise das principais decisões do TEDH em relação aos direitos das pessoas LGBTIQ (favoráveis e desfavoráveis às pessoas queixosas) em quatro domínios principais: 1) Proteção contra tortura e maus-tratos, sobretudo crimes de ódio; 2) Proteção da vida privada e familiar; 3) Proteção dos direitos de expressão, reunião e associação; e, 4) Discriminação.

#### 4.1. PROTEÇÃO CONTRA TORTURA E MAUS-TRATOS, SOBRETUDO CRIMES DE ÓDIO

Um dos domínios em que o TEDH tem concedido alguma proteção à população LGBTIQ é em relação à proibição de tortura e de tratamento desumanos ou degradantes, situações que se encontram proibidas na CEDH no art. 3.º.

Neste quadro, importa, desde logo, destacar que este artigo incide não apenas sobre tortura ou maus-tratos físicos, mas também psicológicos<sup>2836</sup>. De igual modo, é importante salientar que, em conjugação com o art. 1.º da CEDH (Obrigação de respeitar os direitos humanos), o art. 3.º impõe aos Estados-membros do CoE que assegurem que as pessoas residentes nos seus territórios não sejam sujeitas a tais práticas, quer por parte de atores privados, quer por parte de atores públicos, tendo igualmente o dever de realizar investigações de qualidade e de punir os responsáveis quando tal acontece<sup>2837</sup>.

A proteção contra a tortura e maus-tratos é particularmente importante para as pessoas LGBTIQ, na medida em que estão especialmente vulneráveis a crimes motivados pelo ódio, sobretudo em países onde a aceitação social é menor (ver figura 1). Assim, considera-se que o Estado tem o dever de proteger, de forma proporcional, as pessoas que vivem nos seus territórios contra este tipo de crimes, bem como de proceder a investigações que tenham em consideração a possibilidade de os crimes de ofensa física ou psicológica terem sido realizados por motivo de ódio em razão da orientação sexual ou identidade de género efetiva ou presumida das vítimas, e de responsabilizar os culpados. Caso não o faça, os Estados poderão ser considerados como estando a ser coniventes com crimes de ódio.

2835. HELFER, L., & VOETEN, E., «International Courts...», *op. cit.*, pp. 77-110.

2836. ECtHR, E. C., Guide on the case-law..., *op. cit.*

2837. *Idem*.

Foi este o entendimento do TEDH, por exemplo, no caso *Identoba e outros c. Geórgia, 2015*, no qual se concluiu que o Estado da Geórgia não havia desenvolvido as ações necessárias para proteger os participantes de uma marcha de evocação do *International Day against Homophobia and Transphobia* (IDAHOT), realizada em Tbilisi, contra uma multidão enfurecida e que os ameaçaram de morte, recorrendo também a agressões físicas. Tendo as autoridades sido avisadas da realização da marcha e requisitadas para a proteção dos seus participantes, e sendo antecipável a existência de reações de protesto contra a mesma, considerou o TEDH que as autoridades da Geórgia falharam, não só ao não terem protegido os participantes, como ao não terem procedido a uma investigação adequada para identificar os agressores e responsabilizá-los<sup>2838</sup>.

No mesmo sentido, o TEDH considerou, no caso *M. C. e A. C. c. Roménia, 2016*, que as autoridades romenas não atuaram de forma adequada num caso em que, no regresso a casa, participantes numa marcha LGBTIQ foram agredidos, já que as investigações foram demasiado lentas e não consideraram a hipótese de o crime ter sido motivado por ódio<sup>2839</sup>. O TEDH teve um entendimento similar também nos casos *Sabalić c. Croácia, 2021*, *Genderdoc-M e M. D. c. República da Moldávia, 2021*, ou mesmo *Women's Initiatives Supporting Group e outros c. Geórgia, 2021*<sup>2840</sup>.

A este propósito, importa ainda destacar o caso *Aghdgomelashvili e Japaridze c. Geórgia, 2020*, no qual não existiu uma investigação adequada num caso em que os agressores foram as próprias autoridades policiais que, no âmbito de uma busca às instalações de uma organização não-governamental LGBTIQ, proferiram palavras de discurso de ódio, fizeram ameaças de agressões físicas e de divulgação pública da orientação sexual das vítimas (o designado *outing*)<sup>2841</sup>.

Em sentido contrário, o TEDH considerou não ter havido incúria por parte do Estado no caso *Association ACCEPT c. Roménia, 2021*, já que considerou que, apesar de se tratar de um caso em que os queixosos foram cercados e insultados verbalmente por um grupo de pessoas num contexto de projeção de um filme que continha uma família com um casal do mesmo sexo, não havia sido criada uma situação suficientemente grave para criar um clima de medo<sup>2842</sup>.

#### 4.1.1. Proteção contra discurso de ódio

Como atrás referido, os Estados-membros têm a responsabilidade de proteger as pessoas que estão sob a sua jurisdição contra maus-tratos físicos e psicológicos.

---

2838. *Idem.*

2839. *Idem.*

2840. *Idem.*

2841. *Idem.*

2842. Importa destacar que, apesar das alegações de violação do art. 3.º não terem sido aceites, o TEDH considerou que teriam existido violações de outros artigos, nomeadamente do art. 14.º (proibição da discriminação), em conjugação quer com o art. 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), quer com o art. 11.º (liberdade de reunião e de associação).

Se o entendimento do TEDH em relação ao Estado ter essa obrigação face a ataques físicos tem sido inequívoco – tal como aconteceu nos casos já referidos –, o mesmo nem sempre aconteceu em relação a ataques verbais, já que alguns juízes têm dúvidas sobre a articulação entre esta questão e o valor da liberdade de expressão (art. 10.º da CEDH). Um exemplo disso mesmo foi a decisão do TEDH no caso *Vejdeland c. Suécia, 2007*, que considerava que a existência de legislação que criminalizava discurso ofensivo contra pessoas LGBTIQ não violava o art. 10.º da CEDH, mas que gerou alguma hesitação junto de alguns dos juízes por estarem a comprometer a proteção da liberdade de expressão<sup>2843</sup>.

O TEDH tem, contudo, adotado ultimamente uma perspetiva mais inequívoca contra o discurso de ódio. Mais recentemente, o TEDH decidiu novamente a favor da condenação de discurso de ódio no caso *Lilliendahl c. Islândia, 2020*, sendo esta decisão muito importante ao produzir jurisprudência que diferencia entre formas mais gravosas e menos gravosas de discurso de ódio, excluindo as primeiras de qualquer tipo de proteção proveniente do art. 10.º da CEDH e deixando a condenação das segundas ao critério dos Estados-membros<sup>2844</sup>. Refira-se, por fim, uma recente sentença do TEDH, na qual decidiu, em relação ao caso *Beizaras and Levickas v Lithuania, 2020*, que as autoridades lituanas não haviam investigado devidamente o caso de um casal de dois homens que recebeu centenas de comentários homofóbicos em relação a uma fotografia postada no Facebook, os quais faziam um incitamento ao ódio e à violência<sup>2845</sup>.

#### **4.1.2. Proteção em contexto prisional**

A obrigação de prevenir a violência com base em ódio, de proteger os seus cidadãos e cidadãs contra a violência e de investigar e punir as pessoas responsáveis é, naturalmente, aplicável também em contextos prisionais, tendo as autoridades a obrigação de desenvolver as ações necessárias para proteger as pessoas detidas de situações de violência perpetrada por outras pessoas detidas. Estas ações de proteção têm, contudo, de ser realizadas de uma forma apropriada e proporcional<sup>2846</sup>.

Neste quadro, o TEDH considerou, na decisão sobre o caso *X c. Turquia, 2012*, inadequada a solução encontrada pelo estado turco, que colocou um prisioneiro LGBTIQ em total isolamento durante 8 meses para (alegadamente) o proteger dos outros detidos<sup>2847</sup>. Em sentido oposto, o TEDH considerou adequada a atuação do Estado francês no caso *Stasi c. França, 2011*, já que se considerou que as autoridades francesas tinham protegido devidamente um prisioneiro LGBTIQ de eventuais

2843. ECtHR, E. C., Guide on the case-law..., *op. cit.*; JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2844. Ver §§ 26-38 da decisão. Ver também JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2845. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2846. ECtHR, E. C., Guide on the case-law..., *op. cit.*

2847. *Idem*.

agressões por parte de outros detidos ao transferi-lo para outra cela e permitir-lhe que tomasse banho sozinho<sup>2848</sup>.

#### **4.1.3. Proteção de pessoas imigrantes e requerentes de asilo**

Muito embora os Estados-membros tenham o direito a controlar a entrada e residência de pessoas não-nacionais e a eventualmente expulsá-las do seu território, o TEDH decidiu, pela primeira vez em 1989, que no processo de extradição de uma pessoa migrante ou requerente de asilo deveria ter-se em consideração a possibilidade de a expulsão estar a colocar esta pessoa em situação de risco de tortura ou até de vida, havendo, assim, uma violação dos arts. 2.º (direito à vida) e/ou 3.º (proibição da tortura) da CEDH<sup>2849</sup>.

Esta situação é de particular sensibilidade para as pessoas LGBTIQ, já que existem ainda 67 países no mundo que criminalizam atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, 11 dos quais com pena de morte (6 de forma certa e 5 com alguma probabilidade), aos quais acrescem países onde poderá existir perseguição ou outros tipos de tortura por parte da sociedade (incluindo familiares) e/ou do Estado de forma não-oficial<sup>2850</sup>.

Apesar desta proteção, a jurisprudência do TEDH tem ditado que, para que tal risco seja tido em consideração, tem de existir um risco real, o qual se poderá basear na situação geral do país ou em circunstâncias pessoais. Por exemplo, nos casos de maus-tratos realizados pelo Estado, não basta que exista uma legislação que aponte no sentido da criminalização de atos homossexuais, sendo necessário que existam fundamentos de que esta está a ser efetivamente aplicada. Em caso de dúvida, o TEDH tem considerado de que se deve dar o benefício da dúvida às pessoas queixosas, pelo menos enquanto se está a realizar a verificação da credibilidade das suas declarações e dos documentos submetidos<sup>2851</sup>.

Esta preocupação foi tida em consideração, por exemplo, no caso *B e C c. Suíça*, 2020<sup>2852</sup>, bem como nos casos *J. K. e outros c. Suécia*, 2016, e *F. G. c. Suécia*, 2016, nos quais o TEDH decidiu que a extradição para um país não-europeu – nestes casos, a Gâmbia, Iraque e Irão, respetivamente – onde os requerentes poderiam ser sujeitos a maus-tratos por razões da sua orientação sexual constituía uma violação do art. 3.º da CEDH.

Em sentido oposto, o TEDH decidiu a favor das autoridades suíças no caso *I. K. c. Suíça*, 2017, com a justificação de que a lei da Serra Leoa que criminaliza a homossexualidade não estaria a ser efetivamente aplicada. Situação semelhante aconteceu nos casos *A. N. c. França*, 2016, em relação à extradição para o Senegal, e *F. c. Reino Unido*, 2004 e *I. I. N. c. Países Baixos*, 2004, em relação à extradição para o

2848. *Idem*.

2849. *Idem*.

2850. ILGA World, State-sponsored Homophobia..., *cit.*

2851. ECtHR, E. C., Guide on the case-law..., *op. cit.*

2852. Ver §§ 57, 59 e 63 da decisão.

Irão. Importa ainda referir que nos casos *I. K. c. Suíça*, 2017, *M. K. N. c. Suécia*, 2010, ou *A. N. c. França*, 2015, o TEDH decidiu também com base na falta de credibilidade das pessoas requerentes, e que, nos casos *F. c. Reino Unido*, 2004 ou *I. N. N. c. Países Baixos*, 2004, por considerar que as pessoas requerentes poderiam evitar as punições se fossem discretas<sup>2853</sup>. Saliente-se que esta última argumentação – que nos parece especialmente gravosa – foi, entretanto, afastada em casos subsequentes (por exemplo *I. K. c. Suíça*, 2017), quando o TEDH referiu não ser admissível que uma pessoa LGBTIQ tenha de ocultar a sua orientação sexual.

#### 4.2. PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR

Não obstante a enorme importância das questões relacionadas com a proteção contra situações de tortura e maus-tratos, de pessoas nacionais ou não-nacionais, a maioria dos requerimentos ao TEDH relacionados com pessoas LGBTIQ dizem respeito a questões de proteção da vida privada e familiar, invocando a violação dos arts. 8.º e 12.º.

A este propósito, importa referir que o TEDH tem adotado um entendimento amplo do conceito de «vida privada», incluindo a integridade física e psicológica de uma pessoa, a sua vida sexual, a sua identidade física e social, a identificação de género e o direito ao desenvolvimento pessoal, bem como o estabelecimento de relações com outros seres humanos e com o seu envolvente<sup>2854</sup>. De igual modo, é importante frisar que o TEDH tem tido em consideração laços familiares de facto e não apenas laços familiares oficialmente reconhecidos. Por fim, é relevante destacar que o TEDH tem interpretado estas questões como imputando ao Estado quer obrigações negativas – não interferir na vida privada das pessoas que vivem sob sua jurisdição, como acontece nos casos da proibição de atos homossexuais consentidos entre pessoas adultas –, quer obrigações positivas – por exemplo, obrigação do Estado reconhecer o novo género das pessoas trans após as cirurgias<sup>2855</sup>.

Apesar desta visão mais liberal do que constitui vida privada e familiar, é importante frisar que ambos os artigos da CEDH em causa referem explicitamente que estes entendimentos podem encontrar limitações nas leis nacionais, remetendo para o princípio da «margem de apreciação» anteriormente referido. A esta propósito, tem sido entendimento do TEDH dar pouca margem aos Estados-membros em assuntos genuinamente «privados», mas atribuir maior margem em assuntos que lidam com questões sensíveis em termos morais ou éticos. Nesta matéria, o TEDH tem ainda decidido diferentemente consoante o assunto em questão reúna amplo consenso entre os Estados-membros (como acontece com a desriminalização das relações sexuais consentidas entre pessoas do mesmo sexo adultas), assuntos com crescente consenso (como o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como

2853. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2854. ECtHR, E. C., Guide on the case-law..., *op. cit.*

2855. *Idem*.

«vida familiar» em matérias relacionadas com imigração), e assuntos sem consenso (como o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo ou como lidar com a questão do reconhecimento do género de pessoas trans previamente casadas)<sup>2856</sup>.

#### **4.2.1. Criminalização de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo**

Tal como anteriormente referido, foi apenas em 1981 que o TEDH considerou que a criminalização de atos sexuais consentidos entre pessoas adultas do mesmo sexo constituía uma violação do art. 8.º da CEDH, nomeadamente no caso *Dudgeon v the United Kingdom, 1981*<sup>2857</sup> – foram, assim, necessários 26 anos para que tal acontecesse, após uma primeira decisão desfavorável no caso *W. B. c. República Federal da Alemanha, 1955*, já anteriormente abordado<sup>2858</sup>. Esta decisão tornou-se inclusivamente determinante para que diversos países aprovassem legislação que terminasse com este tipo de discriminação<sup>2859</sup>, ao ponto de já não existir qualquer país europeu onde isso acontece, como referimos *supra*.

Apesar deste avanço registado em 1981, foi apenas 22 anos depois, nomeadamente em relação ao caso *L. e V. c Áustria, 2003*<sup>2860</sup>, que o TEDH decidiu que a existência de idades diferentes no consentimento para atos sexuais entre pessoas do mesmo e pessoas de sexo diferente constituía também uma violação do art. 8.º, em articulação com o art. 14.º, já que existia um tratamento diferenciado e, portanto, discriminatório entre tipos de casais<sup>2861</sup>.

#### **4.2.2. Reconhecimento das identidades de género de pessoas trans**

O TEDH não considerou que o não reconhecimento legal das identidades de género de pessoas trans constituisse uma violação da CEDH por diversos anos – tal como aconteceu, por exemplo, com os casos *Rees c. Reino Unido, 1986*, *Cossey c. Reino Unido, 1990*, ou *Sheffield e Horsham c. Reino Unido, 1998* –, tendo começado a fazê-lo crescentemente, exigindo aos Estados-membros que reconheçam a identidade de género das pessoas trans após a realização das cirurgias – como sucedeu no caso *Christine Goodwin c. Reino Unido, 2002*<sup>2862</sup>.

---

2856. ECtHR, E. C., Guide on the case-law..., *op. cit.*

2857. Podemos ler no § 61 do aresto «the moral attitudes towards male homosexuality in Northern Ireland and the concern that any relaxation in the law would tend to erode existing moral standards cannot, without more, warrant interfering with the applicant's private life to such an extent», sublinhando ainda o TEDH no § 62 «[t]he Court has already acknowledged the legitimate necessity in a democratic society for some degree of control over homosexual conduct notably in order to provide safeguards against the exploitation and corruption of those who are specially vulnerable by reason, for example, of their youth».

2858. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2859. HELFER, L., & VOETEN, E., «International Courts...», *op. cit.*, pp. 77-110.

2860. Ver §§ 44, 45, 46, 47, 50, 53 e 54 do aresto.

2861. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2862. Ver o § 84, onde o TEDH enfatiza a emergência de um consenso entre os Estados-membros do CoE quanto à criação de legislação sobre o reconhecimento no seguimento de cirurgia

Com efeito, muito embora não se possa considerar que existe a obrigação dos Estados-membros disponibilizarem a prestação de cuidados de saúde para pessoas trans – por exemplo, de tratamentos hormonais ou cirurgias de redesignação sexual –, considera-se que existe a obrigação dos Estados-membros em reconhecerem a mudança de género em termos civis, tal como foi reconhecido no caso *L. c. Lituânia*, 2007.

Ademais, o TEDH também passou a considerar que os Estados-membros estariam a violar o art. 8.º da CEDH quando impusessem a esterilização de pessoas trans como requisito para o reconhecimento de género (como aconteceu nos casos *A. P. Garçon e Nicot c. França*, 2017, ou *X e Y v. Roménia*, 2021), quando exigissem provas de que não poderiam voltar a procriar (*Y. Y. c Turquia*, 2015), ou quando demorassem demasiado tempo a permitir a mudança oficial do nome próprio (como sucedeu no caso *S. V. c. Itália*, 2018). De igual modo, será importante referir que o TEDH decidiu que todos os Estados-membros têm a obrigação de disponibilizar uma forma de reconhecimento de género rápida e acessível – como ficou claro nos casos *X. c. Ex-República Jugoslava da Macedónia*, 2019, *Y. T. c. Bulgária*, 2020; e, *Rana c Hungria*, 2020 – e de permitir que pessoas trans façam cirurgias de redesignação sexual – como referido a propósito do caso *L. c. Lituânia*, 2007<sup>2863</sup>.

Importa referir, contudo, que o TEDH permite que os Estados-membro tenham procedimentos muito rigorosos para confirmar a vontade da mudança de identidade legal, nomeadamente diagnósticos psiquiátricos (*S. V. c. Itália*, 2018; *Y. T. c. Bulgária*, 2020; *X e Y c. Roménia*, 2021). De igual modo, importa destacar que o TEDH já permitiu que se proibisse a alteração de género numa situação em que a pessoa trans queria manter-se casada, já que o país em causa apenas permitia a união civil (ao invés do casamento) entre pessoas do mesmo sexo, tal como aconteceu no caso *Hämäläinen c. Finlândia*, 2014.

#### **4.2.3. Reconhecimento legal de relações entre pessoas do mesmo sexo**

A questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo é, tal como referido anteriormente, uma temática sobre a qual ainda existe pouco consenso no espaço do CoE e relativamente à qual o TEDH reconhece margem de apreciação aos Estados-membros do CoE. Com efeito, o TEDH tem reconhecido que o art. 12.º da

---

de redesignação sexual, bem como o § 90, onde sublinha que «[u]nder Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings» e conclui no § 93 que «the respondent Government can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender re-assignment». Ver igualmente JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2863. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

CEDH diz respeito ao casamento entre pessoas de sexo biológico diferente, e por essa razão não obriga a que os Estados-membro garantam o casamento a casais do mesmo sexo, como expresso no caso *Oliari e outros c. Itália, 2015*.

A este propósito, importa referir, contudo, que o TEDH, contrariando decisões anteriores (por exemplo, *Rees c. Reino Unido, 1986*; *Cossey c. Reino Unido, 1990*; *Sheffield e Horsham c. Reino Unido, 1998*), já assumiu que as noções de homem e mulher expressas no art. 12.º não têm necessariamente de se basear em critérios biológicos – veja-se o caso *Christine Goodwin c. Reino Unido, 2002*.

Apesar de não obrigar os Estados-membros a disponibilizar o acesso ao casamento a casais do mesmo sexo, o TEDH tem, contudo, evoluído em relação a outros tipos de união, embora de uma forma ainda ambígua. Tal evolução verificou-se, por exemplo, quando, em 2013, o TEDH reconheceu que a criação de uma figura de reconhecimento de relacionamento – como a união de facto – que estivesse limitada apenas a casais de sexo diferente seria uma violação do art. 14.º (proibição da discriminação), em articulação com o art. 8.º, tal como referido no caso *Vallianatos e Others c. Grécia*<sup>2864</sup>.

Ademais, alguns anos mais tarde, o TEDH reconheceu, no caso *Oliari e outros c. Itália, 2015*, que a Itália estaria a infringir o art. 8.º da CEDH ao não disponibilizar qualquer tipo de reconhecimento às relações entre pessoas do mesmo sexo, embora não referindo explicitamente se essa infração se estenderia a outros Estados-membros<sup>2865</sup>. Contudo, nessa decisão o TEDH foi perentório em reconhecer que não estaria a obrigar os Estados-membros a terem uma lei nacional que disponibilizasse algum tipo de reconhecimento a relações entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda relacionado com as uniões entre casais do mesmo sexo, importa também ter em consideração as questões sucessórias e de acesso a benefícios sociais. Por exemplo, o TEDH considerou como uma violação da CEDH a diferença de tratamento em relação ao direito de sucessão num arrendamento, como aconteceu nos casos *Karner c. Áustria, 2003*, e *Kozak c. Polónia, 2010*, bem como no acesso a esquema de seguros de segurança social, como aconteceu no caso *P. B. e J. S. c. Áustria, 2010*.

2864. Ver §§ 81, 90, 91 e 92 do acórdão; em particular, no § 81, o TEDH sublinhou que «same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships. Same-sex couples sharing their lives have the same needs in terms of mutual support and assistance as different-sex couples. Accordingly, the option of entering into a civil union would afford the former the only opportunity available to them under Greek law of formalising their relationship by conferring on it a legal status recognised by the State. The Court notes that extending civil unions to same-sex couples would allow the latter to regulate issues concerning property, maintenance and inheritance not as private individuals entering into contracts under the ordinary law but on the basis of the legal rules governing civil unions, thus having their relationship officially recognised by the State» e mais assinalou no § 91 que «a trend is currently emerging with regard to the introduction of forms of legal recognition of same-sex relationships». Ver também JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2865. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

Contudo, este tratamento discriminatório não tem sido reconhecido quando se coloca em causa a diferenciação entre casais casados e não casados em países em que pessoas do mesmo sexo não se podem casar<sup>2866</sup>.

Por fim, neste domínio do reconhecimento de relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo importa ainda ter em consideração as questões relacionadas com imigração com motivação de (re)unificação familiar. A este propósito, e contrariando várias decisões anteriores<sup>2867</sup>, o TEDH apoiou uma queixa de uma cidadã da Bósnia e Herzegovina, cuja entrada na Croácia para viver com a sua parceira, nacional da Croácia, foi rejeitada (caso *Pajić c. Croácia*, 2016). No mesmo sentido, o TEDH considerou, no caso *Taddeucci e McCall c. Itália*, 2016, que a Itália estaria a violar a CEDH ao estar a dar a possibilidade de entrada a pessoas estrangeiras apenas se estivessem oficialmente casadas com pessoas italianas, ao mesmo tempo que não permite o casamento a pessoas do mesmo sexo<sup>2868</sup>.

#### **4.2.4. Relações familiares, incluindo adoção por casais do mesmo sexo**

Uma outra temática importante a propósito dos direitos das pessoas LGBTIQ tem sido a questão da parentalidade. O número de Estados-membros da CoE que permite a adoção ou co-adoção por casais do mesmo sexo é ainda diminuto.

Uma das questões discutidas tem sido a não discriminação de progenitores LGBTIQ em caso de separação. Um exemplo da proteção do TEDH nestes casos foi o caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 1999<sup>2869</sup>, no qual o TEDH reconheceu que a decisão do tribunal português em entregar a custódia da filha do queixoso à sua ex-mulher se baseava exclusivamente na sua orientação sexual, violando, assim, os arts. 14.º em conjugação com o art. 8.º. No mesmo sentido, o TEDH considerou, no caso *A. M. e outros c. Rússia*, 2021, como não razoável que a pessoa queixosa – uma mulher trans – tivesse tido os seus direitos parentais restrinidos.

Contudo, o TEDH também já decidiu em sentido contrário, nomeadamente no caso *P. V. c. Espanha*, 2010, quando o TEDH rejeitou as alegações de uma mulher trans que referia que as restrições ao contacto com o seu filho pedidas pela sua ex-mulher se deveriam à sua transexualidade, argumentando o tribunal que seria necessário tomar em atenção o superior interesse da criança, e limitando o contacto com a criança até que esta se habituasse ao novo género do seu pai.

O TEDH tem também demonstrado um posicionamento ambíguo em relação à co-adoção de pais/ mães não-biológicos que partilham a responsabilidade parental de uma criança. Por um lado, no caso *Gas e Dubois c França*, 2012, rejeitou a argu-

2866. *Idem*.

2867. Alguns exemplos são os seguintes casos: X. e Y. c. Reino Unido, 1983; W. J. e D. P. c. Reino Unido, 1987; C. e L. M. c. Reino Unido, 1989; Z. B. c. Reino Unido, 1990; Cardoso e Johansen c. Reino Unido, 2000.

2868. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

2869. Ver §§ 34-36 do acórdão.

mentação da queixosa, uma mulher que queria co-adotar a filha biológica da mulher com quem era casada. Por outro lado, no caso *X. e outros c. Áustria*, 2013, aceitou a queixa referente à impossibilidade de co-adoção, porque considerou que neste caso estaria a existir tratamento discriminatório<sup>2870</sup>.

Por fim, importa destacar que o TEDH considera uma violação da CEDH quando um Estado-membro não permite a adoção singular a pessoas LGBTIQ, mas permite-o a pessoas que não o sejam, tal como aconteceu no caso *E. B. c. França*, 2008.

#### 4.3. PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE EXPRESSÃO, REUNIÃO E ASSOCIAÇÃO

A liberdade de expressão, reunião e associação são igualmente direitos fundamentais para que se considere que um Estado funciona de forma democrática. Estes direitos – expressos nos arts. 10.º e 11.º da CEDH – são particularmente importantes para as pessoas LGBTIQ, na medida em que são fundamentais para que consigam viver as suas vidas em pleno e consigam lutar pelos seus direitos junto das forças sociais e políticas nacionais e consigam tentar promover a mudança social, no sentido de uma maior aceitação por parte da restante sociedade – veja-se o ponto 2 deste capítulo, a propósito das principais reivindicações das associações LGBTIQ.

##### 4.3.1. Liberdade de expressão

Em relação à liberdade de expressão, importa ter em consideração duas perspetivas: por um lado, a liberdade de expressão das pessoas LGBTIQ poderem expressar livremente a sua orientação sexual e identidade de género diferente da maioria da população; e, por outro lado, a liberdade de expressão das pessoas críticas do «modo de vida» das pessoas LGBTIQ.

Em relação à primeira perspetiva, e ao contrário do que aconteceu com a defesa dos direitos de expressão, reunião e associação em geral, o TEDH teve, durante muito tempo, muita relutância em assumir que as limitações destes direitos às pessoas LGBTIQ seriam violações dos arts. 10.º e 11.º. A dificuldade deste reconhecimento foi particularmente sentida nas décadas de 70, 80 e 90 do séc. XX – são exemplo disso o caso *Handyside c. Reino Unido*, 1976, no qual o TEDH não considerou uma violação a apreensão de livros considerados «obscenos», referindo a «margem de apreciação» do Estado; ou o caso *Morissens c. Bélgica*, 1988, no qual o TEDH não considerou uma violação a dispensa de uma professora que participou em debates televisivos sobre a homossexualidade no qual mencionou que não tinha sido promovida por ser lésbica, referindo que a escola não a tinha despedido por ser lésbica mas por ter questionado um processo de promoção.

O sentido desta jurisprudência mudou, contudo, em 2016, quando o TEDH considerou uma violação do art. 10.º da CEDH a apreensão de cópias de uma revis-

2870. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

ta com pornografia homossexual (caso *Kaos GL c. Turquia*, 2016), ou a aprovação de legislação que bania a promoção da homossexualidade e relações sexuais não tradicionais a menores (caso *Bayev e outros c. Rússia*, 2017<sup>2871</sup>).

Em relação à segunda perspetiva, o TEDH tem sido cuidadoso na procura de um equilíbrio entre o «respeito pela vida privada» das pessoas LGBTIQ e a liberdade de expressão de pessoas que eventualmente as ofendam. Tal aconteceu, por exemplo, no caso *Sousa Goucha c. Portugal*, 2016, no qual o TEDH reconheceu a importância da liberdade de expressão de uma apresentadora de um programa de televisão que ofendeu o queixoso, ao considerá-lo como a «melhor apresentadora», na medida em que o TEDH considerou que a dita apresentadora não tinha a intenção de insultar o queixoso e que se tratava de um programa de comédia.

Esta postura mais permissiva do TEDH não se aplica, contudo, quando estamos perante «discursos de ódio», ou seja «(...) declarações que difundem, incitam, promovem ou justificam a violência, o ódio ou a intolerância contra uma pessoa ou grupo de pessoas, [e que] ameaçam a coesão social e constituem um risco de violência e de violação dos direitos de terceiros»<sup>2872</sup>. Como abordado anteriormente neste capítulo, o TEDH tem tido um entendimento de exclusão de proteção da liberdade de expressão quando se trata de situações de discurso de ódio muito gravosas.

#### **4.3.2. Liberdades de associação e reunião**

Já em relação à liberdade de associação e reunião, o TEDH tem também tomado uma posição mais protecionista e, a partir de 2007 (com o caso *Baczkowski and Others c Polónia*, 2007), assumiu o princípio que constituiria uma violação do art. 11.º da CEDH qualquer tentativa de impedir uma discussão pública ou uma reunião pacífica nas quais se aborde o assunto dos direitos das pessoas LGBTIQ<sup>2873</sup>.

A leitura deste aresto permite-nos concluir que o TEDH considera que se devem ter em consideração obrigações negativas e positivas dos Estados-membros. Em relação às obrigações negativas, este tribunal considera que as restrições referidas no ponto 2 do art. 11.º só serão aceites caso sejam necessárias numa sociedade democrática. Assim, o TEDH tem considerado como violações do art. 11.º a dispersão, detenção e penalização de participantes em manifestações (veja-se o caso *Berkman c. Rússia*, 2020), mas também as recusas injustificadas da realização das manifestações ou a mudança injustificada de data ou local das mesmas (vejam-se os casos *Lashmankin e outros c. Rússia*, 2017, ou *Bączkowski e outros c. Polónia*, 2007). Importa referir que o TEDH tem rejeitado o argumento frequentemente apresentado pelas autoridades dos países em questão de que as suas ações têm o propósito de salvaguardar a segurança das pessoas manifestantes, dada a possibilidade de serem agredidas ou insultadas por outras pessoas, argumentando o tribunal que é

2871. Ver §§ 61, 83 e 84 do acórdão.

2872. ECtHR, E. C., Guide on the case-law..., *op. cit.*, p. 29.

2873. Ver §§ 63, 64, 68 e 73 do acórdão. Ver ainda JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

responsabilidade dos Estados não permitir que essas ameaças ou injúrias ocorram – veja-se o caso *Alekseyev c. Rússia, 2010*<sup>2874</sup>.

Este último ponto diz respeito, precisamente, àquilo que se poderá considerar como obrigações positivas dos Estados em relação às manifestações, na medida em que o TEDH tem considerado que estes têm a obrigação de proteger as pessoas manifestantes em relação a quem queira agredi-las ou insultá-las, tal como referido nos casos *Identoba and Others, 2015*, *Association ACCEPT e outros c. Roménia, 2021*, ou *Berkman c. Rússia, 2020*.

Além da questão das manifestações, o TEDH também se tem pronunciado em relação à limitação ou proibição do registo oficial de associações de defesa dos direitos das pessoas LGBTIQ, tal como aconteceu no caso *Zhdanov e outros c. Rússia, 2019*, no âmbito do qual o tribunal decidiu que seria uma violação da CEDH a recusa das autoridades russas do registo oficial das associações «Movement of Marriage Equality» e «Rainbow House and Sochi Pride House», bem como o argumento de que tal aconteceria para proteger os direitos e liberdades das pessoas que não apoiam os direitos das pessoas LGBTIQ<sup>2875</sup>.

#### 4.4. DISCRIMINAÇÃO

Tal como referido anteriormente, a CEDH estabelece, no seu art. 14.º a proibição da discriminação, com base em diferentes características. Apesar de não referir as questões da orientação sexual, identidade de género ou características sexuais, estas características poderão ser alvo de proteção, quer tendo um entendimento abrangente da característica «sexo» (entendimento referido por exemplo, em negociações na Assembleia Parlamentar), quer considerando estas questões na categoria residual de «qualquer outra situação».

Neste campo, importa referir que a ocorrência de situações de discriminação – que implicam «uma diferença de tratamento de pessoas em situações análogas ou relevantemente similares (...) com base em características ou *status* identificáveis» – é ainda frequente, quer na legislação dos diferentes Estados-membros, quer em decisões de tribunais nacionais<sup>2876</sup>. Contudo, e como anteriormente referido, a CEDH concede aos Estados-membros uma «margem de apreciação», cabendo, assim, ao TEDH avaliar se as diferenças de tratamento existentes têm uma justificação razoável.

Como referido anteriormente, o TEDH tem evoluído na sua posição em relação aos direitos das pessoas LGBTIQ e tem considerado como violando o art. 14.º da CEDH – frequentemente em articulação com outros artigos – diversas situações de tratamento diferenciado, das quais se destacam:

2874. ECtHR, E. C., Guide on the case-law..., *op. cit.*

2875. *Idem*.

2876. ECtHR, E. C., Guide on the case-law..., *op. cit.*, p. 35.

- a existência de uma idade mínima para relações sexuais consentidas entre adultos maior para duas pessoas do mesmo sexo – vejam-se os casos *L. e V. c. Áustria*, 2003 e *S. L. c. Áustria*, 2003;
- a exclusão de casais do mesmo sexo da possibilidade de acesso a uniões civis que estariam disponíveis para casais de sexo diferente – vejam-se os casos *Schalk e Kopf c. Áustria*, 2010 e *Vallianatos e outros c. Grécia*, 2013;
- exclusão de pessoas LGBTIQ da possibilidade de adoção singular de uma criança quando essa possibilidade exista para pessoas não LGBTIQ – vejam-se os casos *X. and e outros c. Áustria*, 2013 e *E. B. c. França*, 2008; *Manenc c. França*, 2010; e, em sentido inverso, o caso *Fretté c. França*, 2002, quando o TEDH considerou que a comunidade científica ainda se encontrava dividida quanto às consequências para a criança de ter um ou dois pais homossexuais;
- exclusão de membros de casais do mesmo sexo não-casados da possibilidade de coadotarem crianças filhas dos/as parceiros/as quando essa possibilidade exista para casais de sexo diferente não-casados – vejam-se os casos *X. e outros c. Áustria*, 2013; mas, em sentido inverso, o caso *Gas e Dubois c. França*, 2013, já que a lei francesa apenas permitia a coadoção a casais unidos pelo casamento;
- não atribuição de guarda a um dos progenitores pelo facto de serem pessoas LGBTIQ – vejam-se os casos *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 1999, *X. c. Polónia*, 2021, ou *A. M. e outros c. Rússia*, 2021; mas, em sentido contrário, o caso *P. V. c. Espanha*, 2010, quando o TEDH considerou que seria do superior interior da criança um contacto limitado da criança com o seu pai durante a habituação em relação à redesignação de género do pai;
- não atribuição de licença de maternidade/parentalidade a ambos os membros do casal – veja-se o caso *Hallier e outros c. França*, 2017;
- a não atribuição de direitos sucessórios a pessoas LGBTIQ que viviam em situação análoga a casamento com pessoas do mesmo sexo – vejam-se os casos *Karner c. Áustria*, 2003; *Kozak c. Polónia*, 2010, e *P. B. e J. S. c. Áustria*, 2010; mas, em sentido inverso, o caso *Mata Estevez c. Espanha*, 2001 e os casos *M. W. c. Reino Unido*, 2009 e *Courten c. Reino Unido*, 2008, para os quais o TEDH considerou justificável a existência de uma diferenciação entre casais casados e casais não-casados, mesmo que não existisse, à data, a possibilidade de pessoas do mesmo sexo se casarem nos respetivos países.
- a não atribuição dos mesmos direitos de residência e reunificação familiar a casais do mesmo sexo do que a casais de sexo diferente em situações análogas, nomeadamente quanto ao estado civil – vejam-se os casos *Taddeucci e McCall c. Itália*, 2016 e *Pajić c. Croácia*, 2016.

- a não existência de um processo de investigação criminal devido por crimes motivados por ódio ou de proteção especial contra situações de (potencial) agressão ou intimidação – vejam-se os casos *Beizaras e Levickas c. Lituânia, 2020; Association ACCEPT and Others c. Roménia, 2021*, e *Genderdoc-M e M. D. c. República da Moldávia, 2021*.

## 5. CONCLUSÃO

Tal como foi possível verificar ao longo do presente capítulo, os diversos órgãos do Conselho da Europa têm promovido e defendido os direitos das pessoas LGBTIQ, de uma forma geral, muito embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seus protocolos adicionais não tenham qualquer referência específica às questões da discriminação por razões de orientação sexual, identidade de género e características sexuais. Esta defesa e promoção tem acontecido por via da ação do Conselho de Ministros e da Assembleia Parlamentar, através da produção de recomendações, mas, sobretudo, através de decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Apesar de se poder tirar esta conclusão genérica, importa referir que tal nem sempre aconteceu, sobretudo nas primeiras décadas de existência do CoE. Como foi possível verificar, o primeiro momento de viragem foi a década de 80 do séc. XX quando a Assembleia Parlamentar aprovou uma resolução e uma recomendação – na sequência do relatório produzido, em 1981, por Joop Voogd – e o TEDH considerou que a criminalização de atos sexuais consentidos entre adultos do mesmo sexo constituía uma violação do art. 8.º da CEDH, nomeadamente no caso *Dudgeon v the United Kingdom, 1981*. Esta mudança não será, com certeza, estranha ao facto de as Associações Americanas de Psicologia e Psiquiatria terem deixado de considerar a homossexualidade como uma doença na década anterior ou ao facto de a aceitação social das pessoas LGBTIQ ter começado a aumentar nessa década<sup>2877</sup>.

Esta tendência de defesa e promoção dos direitos das pessoas LGBTIQ continuou nas décadas seguintes com a aprovação de várias recomendações da Assembleia Parlamentar na primeira década do séc. XXI, e uma muito importante recomendação do Comité de Ministros, em 2010, bem como o reconhecimento, por parte do TEDH, de que a «orientação sexual», a «transsexualidade» e a «identidade de género» deveriam ser características abrangidas pelo art. 14.º da CEDH, em 1999, 2010 e 2015, respetivamente<sup>2878</sup>.

Ademais, o TEDH tem também tomado outras decisões muito importantes, ao reconhecer, por exemplo, a proteção das pessoas LGBTIQ contra o discurso de ódio particularmente gravoso, a necessidade de não extradição de pessoas LGBTIQ requerentes de asilo que possam correr riscos de vida ou de maus-tratos se extraditados para os seus países de origem, a necessidade de os Estados-membros reconhecerem a identidade de género de pessoas trans que tenham realizado as cirurgias

2877. Flores, A., Social Acceptance of LGBTI..., *op. cit.*

2878. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

de redesignação, a necessidade de se reconhecerem famílias de facto compostas por casais do mesmo sexo em situações de reunião familiar em caso de mudança de país de residência, ou a necessidade de proteção das liberdades de expressão, reunião e associação das pessoas LGBTIQ.

Importa assinalar que estas decisões do TEDH tiveram repercussões, quer diretas, nomeadamente na vida de algumas pessoas LGBTIQ e nos direitos das pessoas LGBTIQ nos Estados-membros «condenados», quer também indiretas, particularmente através da mobilização de litigâncias subsequentes e do agendamento de iniciativas de mudança de legislação. Helfer e Voeten (2016) dão conta, por exemplo, do efeito que alguns *leading cases* tiveram ao nível do agendamento de mudanças legislativas na criminalização das relações sexuais consentidas entre pessoas do mesmo sexo ou do reconhecimento dos direitos das pessoas trans.

Apesar destes avanços, importa assinalar também que existem temáticas que o TEDH não considera como sendo violação da CEDH, já que reconhece uma «margin de apreciação» aos Estados signatários da mesma, já que considera que ainda não existe consenso europeu sobre as mesmas, o que conduz a que algumas situações de discriminação das pessoas LGBTIQ ainda persistam na atualidade. Estas questões estão maioritariamente relacionadas com as uniões de casais do mesmo sexo e matérias afins, bem como matérias de adoção por casais do mesmo sexo. Contudo, importa assinalar que o TEDH tem considerado como violando o art. 14.<sup>o</sup> as situações em que os Estados-membro procedem a distinções nos direitos entre casais do mesmo sexo não-casados e casais do sexo diferentes em situação análoga.

A persistência destas situações de discriminação deve-se, em grande medida, ao facto de o Conselho da Europa não ser uma organização supranacional, mas sim uma organização intergovernamental, não dispondo, assim, de capacidade de produzir leis, tendo apenas a capacidade de influenciar os seus Estados-membros a cumprirem acórdãos internacionais – neste caso a CEDH. Muito embora os Estados-membros do CoE tenham o compromisso de colaborar, sincera e ativamente, na promoção dos direitos humanos (art. 3.<sup>o</sup> dos estatutos do CoE) e possam ser suspensos do seu direito de representação se atentarem gravemente contra estes direitos (art. 8.<sup>o</sup>), a verdade é que nem todos os países se têm empenhado ativamente na prossecução dos objetivos do CoE e não têm sofrido grandes consequências.

A esta dificuldade referida acresce ainda o facto de os direitos das pessoas LGBTIQ serem um assunto particularmente divisivo já que, como abordado anteriormente, ainda existe muitos preconceitos associados às pessoas LGBTIQ, os quais têm bases culturais e religiosas bastante fortes<sup>2879</sup>. Esta divisão de posições ficou expressa, por exemplo, quando, em 2000, foi aprovado o Protocolo adicional n.<sup>o</sup> 12 – referente à proibição da discriminação – e não foi possível adicionar uma referência à orientação sexual ou identidade de género no art. 14.<sup>o</sup><sup>2880</sup>. De igual modo,

2879. EDEL, F., Case law of the European Court of Human Rights..., *op. cit.*

2880. JOHNSON, P., «LGBT Rights at the Council of Europe...», *op. cit.*, pp. 99-130.

esta divisão é visível nos resultados do *Rainbow Index* de 2023 ou dos resultados do relatório de progresso sobre a implementação das recomendações realizadas pelo Comité de Ministros em 2010, que dão conta de significativos progressos em alguns países, mas também de um clima crescente de oposição aos direitos das pessoas LGBTIQ<sup>2881</sup>. Sem surpresa, os Estados mais vezes visados pelas decisões do TEDH, sobretudo nos últimos anos, são precisamente aqueles que têm uma pior classificação no *Rainbow Index* ou no Índice Global de Aceitação das Pessoas LGBT.

Perante este cenário misto, fica a dúvida se, nos próximos anos, continuará a existir um progresso na defesa e promoção dos direitos das pessoas LGBTIQ na Europa ou se, pelo contrário, existirá um retrocesso como consequência do fortalecimento de partidos de extrema-direita ultraconservadora em muitos países da Europa, os quais têm uma agenda anti-LGBTIQ fortíssima.

---

2881. CoE – Council of Europe. (2019). Combating discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Council of Europe Member States – a review of the Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers. Council of Europe, p. 11. Available at <https://rm.coe.int/combating-discrimination-on-grounds-of-sexual-orientation-and-gender-i/16809fb2b8>

## *Capítulo 43*

# A proteção dos direitos humanos dos migrantes pela jurisprudência do TEDH

ANA RITA GIL<sup>2882</sup>

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITOS HUMANOS EM PROCESSO MIGRATÓRIO. 2.1. *Direito à Vida*. 2.2. Proibição de expulsões coletivas. 2.3. *Garantias procedimentais em procedimento de expulsão de estrangeiros em situação regular*. 2.4. *Direito a um processo equitativo em procedimentos de expulsão*. 2.5. *Direito a um recurso judicial efetivo*. 2.6. *Detenção de Migrantes*. 3. DIREITOS DERIVADOS DE IMIGRAÇÃO. 3.1. *Proibição de Tortura, Tratamentos Desumanos e Degradantes*. 3.2. *Direito à Vida*. 3.3. *Direito à vida familiar*. 3.4. *Direito à vida privada*. 3.5. *Proteção dos direitos da criança*. 4. CONCLUSÃO.

### **1. INTRODUÇÃO**

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) não continha, no seu texto inicial, qualquer referência a direitos humanos especificamente da titularidade de migrantes. Tais referências só se vieram introduzir mais tarde, nos Protocolos Adicionais n.º 4 e n.º 13. Não obstante, a CEDH foi, desde início, um dos instrumentos internacionais mais importantes no que toca ao desenvolvimento e afirmação de direitos humanos dos migrantes<sup>2883</sup>. Por um lado, ele assenta no princípio da universalidade, como decorre do art. 1.º, pelo que os direitos aí garantidos se aplicam a qualquer pessoa, independentemente da sua nacionalidade. Por outro, o labor jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), a partir da interpretação dos direitos previstos no *corpus nuclear* da Convenção, tem chegado à proteção de verdadeiros direitos humanos dos migrantes. A importância desta jurisprudência para o Direito das Migrações reveste uma dupla perspetiva: por um lado, no que toca à

2882. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Investigadora Efetiva Integrada do Centro de Investigação de Direito Público (Portugal).

2883. Sobre a matéria tratada neste capítulo, v. o nosso Imigração e Direitos Humanos, Petrony, 2.ª Edição (2021) e ainda ALMEIDA, S.e GIL, A. R., «The direct and indirect (par ricochet) protection of migrants in the light of the European Convention on Human Rights: brief notes on the evolution of the Strasbourg court's case-law», *Human(ities) and Rights – Global Network Journal*, vol. 3, (2021), issue 1, pp. 119-145.

proteção de direitos humanos *no processo migratório*, e, por outro, no que toca à afirmação e proteção derivada de verdadeiros direitos humanos *de imigração*.

No que toca ao primeiro aspeto, o TEDH tem contribuído para a afirmação de que todas as pessoas em processo migratório devem ser tratadas com dignidade, humanidade e justiça, nomeadamente nos procedimentos e atos de gestão de imigração. Este ponto é por demais premente, já que assistimos, nos dias que correm, às mais diversas e brutais formas de violação dos direitos humanos das pessoas, apenas pelo facto de pretendêrem ultrapassar uma fronteira estadual. Afastamentos coletivos, uso indiscriminado da força, detenções arbitrárias, separação de famílias, discriminações em função da nacionalidade, têm sido usados pelo mundo como instrumentos de execução de políticas de imigração estaduais.

No que toca ao segundo aspeto, apesar de a Convenção não prever propriamente um direito de asilo, protege outros direitos que, em geral, podem reclamar a entrada ou permanência num território estadual determinado. É o caso da proibição de tortura ou tratamentos desumanos e degradantes, do direito ao reagrupamento familiar, do direito da criança à proteção do Estado ou de o direito de um residente que tenha vivido durante muitos anos no território aí permanecer.

Importa assinalar, contudo, que em todos os seus acórdãos em matéria de Migrações, o TEDH reconhece e sublinha que os Estados possuem um poder soberano de controlo da entrada e permanência de migrantes nos seus territórios: poder esse, contudo, que tem como limite a necessidade de respeitar os direitos humanos protegidos na CEDH, os quais se refletem nas duas dimensões referidas.

## 2. DIREITOS HUMANOS EM PROCESSO MIGRATÓRIO

Como se referiu, a jurisprudência do TEDH tem afirmado a necessidade de se respeitar os direitos humanos das pessoas que se encontram em processo de migração, já que as mesmas, de acordo com o art. 1.º, são também titulares dos direitos previstos na Convenção. Assim, o TEDH tem contribuído para afirmar importantes limites à forma de exercício dos controlos migratórios. São várias as situações que podem estar em causa, e que se analisarão brevemente de seguida.

### 2.1. DIREITO À VIDA

O TEDH tem afirmado que os procedimentos administrativos respeitantes ao controlo da imigração devem respeitar o direito à vida e à integridade física. A salvaguarda desses direitos implica que as medidas de controlo fronteiriço ou as medidas destinadas ao afastamento forçado de estrangeiros com recurso à força sejam levadas a cabo como *ultima ratio*.

Os juízes de Estrasburgo já tiveram a oportunidade de condenar Estados por violação do direito à vida de pessoas que se encontravam em processo migratório.

No caso *M. H. e outros c. Croácia*<sup>2884</sup>, o TEDH condenou a Croácia por violação do direito à vida, na dimensão processual, por não ter procedido a uma investigação efetiva sobre as circunstâncias da morte de uma criança migrante. Esta fazia parte de um grupo de pessoas que tentava entrar nesse país para aí pedir asilo. Um oficial da polícia de fronteiras, porém, negou tal entrada e ordenou que o grupo regressasse à Sérvia por terra, seguindo as linhas de caminho de ferro. Uma das crianças acabou por morrer ao ser atropelada por um comboio. O TEDH considerou que as autoridades croatas não haviam investigado as circunstâncias da morte em causa, pelo que haviam violado o art. 2.º na vertente procedural. Contudo, não havia dados suficientes para analisar se havia sido violada a vertente substancial, i. e., se a morte podia ser imputada diretamente à conduta das autoridades.

O caso *Safi e outros c. Grécia*<sup>2885</sup> representou um marco importantíssimo no que toca à afirmação de deveres positivos de salvaguarda do direito humano à vida em contexto migratório. Neste caso, o TEDH condenou a Grécia por violação do art. 2.º da CEDH por ter havido omissões e atrasos por parte das autoridades nacionais no que toca à condução e organização de operações de resgate de migrantes cujo barco havia afundado, causando a morte de onze passageiros, incluindo as mulheres e filhos de vários recorrentes. Esta foi uma decisão marcante, sobre um caso ocorrido durante a chamada «crise de refugiados da UE», em que se discutiam as obrigações dos Estados costeiros salvarem a vida dos migrantes que tentavam chegar à Europa de forma ilegal<sup>2886</sup>. O TEDH deu um claro sinal de que as obrigações face à proteção do direito à vida em contexto migratório poderiam implicar, pois, ações positivas por parte dos Estados.

## 2.2. PROIBIÇÃO DE EXPULSÕES COLETIVAS

Uma das mais importantes garantias de direitos humanos dos migrantes que resulta da CEDH é a proibição de expulsões coletivas, hoje codificada no art. 4.º do Protocolo n.º 4<sup>2887</sup>. Esta norma consagra uma proibição absoluta – i. e., os Estados não podem invocar a necessidade de salvaguarda de outro interesse para limitar aquela proibição.

A expulsão coletiva pode ser definida como uma medida que obrigue os estrangeiros, enquanto grupo, a abandonar um país. Trata-se da expulsão de um conjunto de estrangeiros, não precedida de uma análise individualizada do comportamento ou da situação pessoal de cada indivíduo. Esta conceção foi firmada pelo TEDH no

2884. Dec. de 18/11/2021, queixas n.º 15670/18 e 43115/18.

2885. Dec. de 07/07/2022, queixa n.º 5418/15.

2886. Sobre este caso, v. Katsogianni, S., «How to get away with refoulement: some thoughts on Safi and others v. Greece», in Strasbourg Observers, (07 September 2022).

2887. Sobre este ponto, v. Gil, A. R., «Comentário ao Artigo 19.º», in CANOTILHO, M. y SILVEIRA, A. (coord.), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 244-254.

célebre caso *Conka c. Bélgica*<sup>2888</sup>, em que estava em causa a expulsão de quatro membros de uma família eslovaca pela Bélgica. O TEDH considerou que essa medida constituía uma expulsão coletiva, já que existiam vários indícios que demonstravam uma intenção das autoridades em repatriar um número substancial de eslovacos. Por outro lado, o procedimento de expulsão não havia oferecido garantias suficientes para as autoridades terem ponderado, de forma diferenciada, a situação real e individualizada de cada um dos estrangeiros.

O TEDH tem proferido várias condenações por violação da proibição de expulsões coletivas nos contextos das crises migratórias que têm assolado a Europa. O caso *Hirsi Jamaa e outros c. Itália* é, neste contexto, uma referência central. A Itália foi condenada na sequência da interceção, a 35 milhas a sul de Lampedusa, de um grupo de cerca de 200 imigrantes que viajava a bordo de embarcações provenientes da Líbia, que as autoridades italianas reconduziram ao país de proveniência. O TEDH considerou que o afastamento dos recorrentes possuía um caráter coletivo. Esta decisão foi extremamente importante, não só pelo facto de a atuação estadual ter sido levada a cabo fora do território italiano – o que não impediu a condenação do Estado italiano –, bem como pelo facto de não se estar propriamente perante uma expulsão, mas sim perante um afastamento e prevenção de entrada – i. e., aquilo que vulgarmente se designa por uma operação de «*push back*».

No caso *M. K. c. Polónia* o TEDH analisou uma queixa referente à recusa das autoridades polacas em receber pedidos de asilo nas chamadas «*border zones*». O TEDH começou por equiparar a interceção de tentativas de acesso ao território a verdadeiras expulsões – referindo, assim, que a jurisprudência *Hirsi Jamaa* se aplicava também a situações ocorridas em terra. Considerou depois que os procedimentos sumários a que eram sujeitos os migrantes constituíam expulsões coletivas «na sua natureza»: as entrevistas eram sumárias, as notas oficiais breves, e havia uma total falta de acompanhamento dos entrevistados. No mais, os relatórios internacionais pertinentes davam conta de uma política vasta de recusas de entrada a migrantes – o que, conjugado com declarações públicas no mesmo sentido por parte do Governo polaco, demonstrava a intenção de luta indiferenciada contra a entrada de migrantes no país. Todos estes fatores apontavam para a ocorrência de expulsões coletivas «na sua natureza».

Já diferente foi a solução no caso *N. D. e N. T. c. Espanha*. Neste último, o TEDH considerou que o grupo de estrangeiros, que havia sido interencionado a tentar entrar ilegalmente por terra em Mellila, não se podia fazer valer da proibição de expulsões coletivas, já que a falta de análise individualizada dos seus casos se tinha devido à sua própria conduta de evitar os canais oficiais de entrada no país<sup>2889</sup>.

2888. Dec. de 05/02/2002, *Conka c. Bélgica*, queixa n.º 51564/99.

2889. Dec. de 13/02/2020, queixas n.º 8675/15 e 8697/15. Sobre este caso, v. Markard, N., «A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain», EU Immigration and Asylum Law and Policy, <https://eumigrationlawblog.eu/>

### 2.3. GARANTIAS PROCEDIMENTAIS EM PROCEDIMENTO DE EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS EM SITUAÇÃO REGULAR

Apesar da consagração da proibição de expulsões coletivas no art. 4.º do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH, o Comité de Peritos que elaborou o referido Protocolo não consagrou regras para as expulsões individuais. A CEDH consagra apenas garantias procedimentais respeitantes às expulsões de estrangeiros com estatuto legal no território. O art. 1.º Protocolo n.º 7 anexo à CEDH, estabelece, sob a epígrafe «garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros», que um estrangeiro que resida legalmente no território de um Estado não pode ser expulso, a não ser em cumprimento de uma decisão tomada em conformidade com a lei, e deve ter a possibilidade de fazer valer as razões que militam contra a sua expulsão, de fazer examinar o seu caso e de fazer-se representar, para esse fim, perante a autoridade competente.

O primeiro requisito exige que uma medida de expulsão possua base legal no Direito interno. O TEDH considerou que esse requisito é desrespeitado em casos em que as disposições da lei são demasiado vagas e imprecisas<sup>2890</sup>. Por outro lado, a decisão deve ser tomada pela autoridade competente, com respeito pelas disposições de direito substantivo e processual aplicáveis<sup>2891</sup>. O n.º 2 permite que um estrangeiro seja expulso antes do exercício de alguns direitos, quando tal seja necessário por interesses de ordem pública ou por razões de segurança nacional. Daqui decorre, então, que as medidas de expulsão não podem, *em regra*, ser executadas antes de se efetivarem as garantias em causa.

Com o intuito de conferir a máxima eficácia às garantias em presença, o TEDH adota uma noção autónoma de expulsão, independentemente do conceito em vigor na legislação interna. «Expulsão» abrange qualquer medida que obrigue o estrangeiro a abandonar o território de um Estado-Parte, independentemente da designação usada pela legislação interna. Não se inclui, porém, a medida de extradição<sup>2892</sup>.

### 2.4. DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO EM PROCEDIMENTOS DE EXPULSÃO

Apesar de apenas se preverem garantias específicas em processo de expulsão para os migrantes com estatuto legal, o TEDH tem vindo a reconhecer o direito a um procedimento justo em matéria de imigração a todas as pessoas, por força da aplicação do art. 13.º da CEDH, que garante o direito a um recurso efetivo. Neste contexto, é paradigmática a decisão no caso *G. R. c. Holanda*, em que o TEDH considerou ter

2890. V. Dec. de 08/06/2006, *Lupsa c. Roménia*, queixa n.º 10337/04. Trata-se de uma garantia fundamental que, de acordo com o TEDH, não sofre nenhuma exceção. Assim, a dec. de 05/10/2006, *Bolat c. Rússia*, queixa n.º 14139/03.

2891. Dec. de 05/10/2006, *Bolat c. Rússia*, cit, dec. de 12/10/2006, *Kaya c. Roménia*, queixa n.º 33970/05.

2892. Relatório Explicativo do Protocolo n.º 7, §10.

existido violação do art. 13.<sup>o</sup> no respeitante ao acesso efetivo à via administrativa para obtenção de uma autorização de residência<sup>2893</sup>. Esta decisão foi bastante importante, por dizer respeito, precisamente, ao acesso efetivo à via administrativa, nos casos de entrada no território, quando o art. 13.<sup>o</sup> foi pensado sobretudo para garantia da via judicial. O TEDH sublinhou que a questão essencial consistia em saber se, no caso, o recorrente tinha tido um acesso efetivo ao procedimento administrativo através do qual poderia, através do cumprimento das condições previstas na lei, obter uma autorização de residência que lhe permitiria viver na Holanda.

Ultimamente, o TEDH tem sancionado alguns Estados por não analisarem de forma devida pedidos de asilo, considerando que os mesmos incorrem em violação do art. 13.<sup>o</sup>, em conjugação com o art. 3.<sup>o</sup> da CEDH. A decisão no caso *M. S. c. Eslováquia e Ucrânia* afigura-se paradigmático neste contexto<sup>2894</sup>. O TEDH considerou que as autoridades ucranianas haviam incorrido em violação do art. 3.<sup>o</sup> pelo facto de não terem analisado adequadamente os factos invocados pelo recorrente num pedido de asilo, tendo sustentado a sua decisão em argumentos puramente formais e contraditórios.

Atualmente, pois, o Tribunal procura saber se as autoridades analisaram, de forma efetiva, um risco de sujeição a maus-tratos antes de procederem à adoção da medida contestada<sup>2895</sup>. De alguns destes casos decorre, inclusivamente, que o art. 3.<sup>o</sup> exige a garantia de acesso a um procedimento de asilo, o que pode implicar o direito de acesso ao território para se deduzir um pedido de asilo. Abre-se, assim, a porta para que o acesso ao procedimento se configure como uma via de garantir o acesso ao território estadual<sup>2896</sup>.

## 2.5. DIREITO A UM RECURSO JUDICIAL EFETIVO

O art. 13.<sup>o</sup> da CEDH garante ainda o acesso a um recurso judicial efetivo a quem tenha sido objeto de uma decisão desfavorável em matéria de imigração.

No já referido caso *Hirsi e outros c. Itália*, o TEDH considerou ter existido, *inter alia*, violação do art. 13.<sup>o</sup> pelo facto de as autoridades italianas terem afastado imigrantes em situação ilegal sem lhes ter dado oportunidade de recurso dessa medida.

De acordo com a jurisprudência do TEDH, um recurso apenas será *efetivo* se cumprir determinados requisitos. Em primeiro lugar, ele terá de ser acessível ao interessado, o que implica, *inter alia*, que o mesmo tenha conhecimento da decisão administrativa, dos seus fundamentos, e dos meios de reação ao seu dispor. A acessibilidade do recurso pressupõe, ainda, que o interessado tenha acesso a patrocínio judiciário. No caso *Abdolkhani e Karimnia*, o TEDH considerou ter existido violação do direito ao recurso efetivo pelo facto de as autoridades não terem notificado as

2893. Dec. de 10/01/2012, *G. R. c. Holanda*, queixa n.<sup>o</sup> 22251/07.

2894. Dec. de 11/06/2020, queixa n.<sup>o</sup> 17189/11.

2895. Dec. de 11/12/2018, *M. A. e outros c. Lituânia*, queixa n.<sup>o</sup> 59793/17.

2896. *Idem*.

partes quanto às razões de recusa dos pedidos de entrada no território, e não as terem autorizado a aceder a assistência jurídica, apesar de as mesmas o terem solicitado expressamente. Por esse facto, os recorrentes ficaram impedidos de alegar que a sua expulsão os sujeitaria a tratamentos desumanos e degradantes<sup>2897</sup>.

Um recurso efetivo pressupõe, ainda, que o tribunal nacional possa analisar todos os factos do caso. No caso *C. G. e outros c. Bulgária*<sup>2898</sup>, o TEDH afirmou que as medidas de expulsão que afetassem direitos fundamentais devem ser sujeitas a procedimentos contraditórios perante órgãos imparciais, competentes para analisar de forma efetiva a matéria factual, mesmo quando as autoridades invocassem a «segurança nacional».

No já referido caso *Conka*, o TEDH recordou a sua jurisprudência segundo a qual a efetividade do recurso exige que os particulares possam impedir efeitos que sejam potencialmente irreversíveis e se traduzam numa violação de um direito protegido pela CEDH. Isso poderá implicar a necessidade de atribuir efeitos suspensivos aos recursos, em particular quando se invoca violação do art. 2.º ou do art. 3.º da CEDH. Assim, no caso *M. A. c. Chipre*, relativo à expulsão de um estrangeiro que invocava o risco de incorrer em tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH no país de origem, o TEDH considerou que as medidas cautelares previstas na legislação nacional não salvaguardam adequadamente as exigências derivadas dessa norma, uma vez que o próprio pedido dessas medidas não produzia efeitos suspensivos<sup>2899</sup>.

## 2.6. DETENÇÃO DE MIGRANTES

A detenção de migrantes é expressamente autorizada pelo art. 5.º, n.º 1, al. f) da CEDH, como forma de impedir a entrada ilegal de imigrantes no território ou se estiver em curso um processo de expulsão ou de extradição<sup>2900</sup>. No entanto, são inúmeros os casos em que o TEDH condenou Estados-Parte por detenção arbitrária de migrantes.

O TEDH adota, neste contexto, um conceito flexível de detenção, dependente dos contornos específicos da medida concreta. São tidos em conta o tipo, duração, efeitos e a forma de aplicação da mesma. Assim, por exemplo, no caso *Amuur c. França*<sup>2901</sup>, discutiu-se a legitimidade da detenção de vinte e dois estrangeiros – de entre os quais, onze crianças –, durante vinte dias na zona internacional de um aeroporto. Tendo em conta a duração da manutenção das pessoas na referida zona, o TEDH considerou que ela se tinha traduzido numa verdadeira *privação da liberdade*, e, por isso, numa autêntica *detenção*. A detenção tem de ser feita de acordo

2897. Dec. de 22/09/2009, *Abdolkhani e Karimnia c. Turquia*, queixa n.º 30471/08.

2898. Dec. de 24/04/2008, *C. G. e outros c. Bulgária*, queixa n.º 1365/07.

2899. Dec. de 23/07/2013, *M. A. c. Chipre*, queixa n.º 41872/10.

2900. Sobre este ponto, v. GIL, A. R., «Detenção de Imigrantes na Jurisprudência Nacional e Internacional», Revista do Ministério Público, n.º 125, (Jan.-Mar. 2011).

2901. Ac. de 25/06/1996, *Amuur c. França*, queixa n.º 19776/92.

com a lei e tem de respeitar uma série de exigências procedimentais. No que toca ao primeiro ponto, da jurisprudência do TEDH decorrem exigências no que toca à *qualidade* da própria lei: a lei tem de definir de forma clara e suficientemente precisa as condições de privação da liberdade, para evitar riscos de aplicação arbitrária<sup>2902</sup>. Derivam depois da CEDH limites no que toca aos *fins* da detenção: ela apenas pode ser usada para prevenir a entrada ilegal no território (devendo haver, assim, um nexo causal entre a entrada ilegal e a detenção), ou para promover uma expulsão ou extradição em curso. Mais recentemente, o TEDH começou a imiscuir-se no juízo de *necessidade* de detenção, mesmo estando em causa um dos fins expressamente mencionados no art. 5.º. Assim, nos casos *Mikolenko c. Estónia*<sup>2903</sup>, *Popov c. França*<sup>2904</sup> e *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*<sup>2905</sup>, o TEDH afirmou que a detenção pode não ser legítima se as autoridades tiverem ao seu alcance medidas menos gravosas. Para além do mais, o TEDH tem afirmado que a detenção pode ser ilegal se não existir qualquer perspetiva razoável de expulsão e as autoridades não realizarem o processo com a devida diligência<sup>2906</sup>.

De acordo com o n.º 2 do art. 5.º da CEDH, as pessoas detidas devem ser informadas das razões da detenção. A informação deve ser atempada, completa e inteligível, feita no mais curto espaço de tempo e deve mencionar as razões de facto e de direito que a fundamentam, de forma a que o estrangeiro possa contestar a legalidade da mesma<sup>2907</sup>. Isso pressupõe que a medida seja tomada numa linguagem simples e acessível, e numa língua que o estrangeiro compreenda. Assim, por exemplo, no caso *Nowak c. Ucrânia*, o TEDH considerou ter havido violação do art. 5.º, n.º 2 pelo facto de, a um cidadão polaco detido, as autoridades ucranianas apenas terem referido que o mesmo era «um ladrão internacional». A ordem de expulsão foi notificada apenas quatro dias após a detenção, tendo sido redigida em ucraniano, língua que o recorrente desconhecia. Não estavam, pois, suficientemente cumpridas as garantias mínimas de defesa do detido<sup>2908</sup>.

---

2902. Dec. de 01/10/2007, *Nasrulloyev c. Rússia*, queixa n.º 656/06.

2903. Dec. de 08/10/2009, *Mikolenko c. Estónia*, queixa n.º 10664/05, dec. de 19/01/2012.

2904. Dec. de 19/01/2012, *Popov c. França*, queixa n.º 39472/07 e 39474/07, em que se discutiu da legitimidade de detenção de estrangeiros com os filhos, de cinco meses e três anos de idade. O TEDH considerou que, embora os recorrentes tenham sido instalados com os pais numa ala reservada às famílias, a sua situação específica não tinha sido tida em conta e as autoridades não procuraram determinar se era possível prever uma solução alternativa à detenção administrativa.

2905. Dec. de 20/12/2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, queixa n.º 10486/10. No caso, o TEDH considerou não se ter demonstrado a necessidade de detenção de uma cidadã cameronesa, em estado avançado de infecção por HIV.

2906. Dec. de 08/10/2009, *Mikolenko c. Estónia*, queixa n.º 10664/05. V., no mesmo sentido, a dec. de 26/07/2011, *M. e outros c. Bulgária*, queixa n.º 41416/08.

2907. Dec. de 23/07/2013, *M. A. c. Chipre*, queixa n.º 41872/10 e dec. 05/06/2018, *Batyrykhairov c. Turquia*, queixa n.º 69929/12

2908. Dec. de 31/03/2011, *Nowak c. Ucrânia*, queixa n.º 60846/10. No mesmo sentido, na dec. de 29/01/2008, *Saadi c. Reino Unido, cit.*, o TEDH considerou que uma demora de 76 horas para comunicar os motivos da detenção era excessiva e violava o art. 5.º, n.º 2, da CEDH.

Por fim, importa ainda respeitar os n.ºs 3 e 4 do art. 5.º da CEDH: o migrante detido deve ser *imediatamente* presente a um juiz<sup>2909</sup> e tem o direito de recorrer da detenção perante um tribunal.

Do art. 5.º da CEDH derivam ainda exigências respeitantes à duração da medida de detenção. Esta deve ser «razoável», o que varia em função das circunstâncias concretas do caso<sup>2910</sup>.

Note-se, por fim, que apesar de a CEDH não proibir, por princípio, a detenção de menores não acompanhados, a decisão no caso *Mubilanzila* veio demonstrar que estes carecem de proteção acrescida<sup>2911</sup>. No caso, o TEDH considerou que, ao ter detido uma menor de cinco anos, durante dois meses, num centro de detenção para adultos, o Estado belga cometera não só uma detenção ilegal, mas também um tratamento desumano e degradante.

### 3. DIREITOS DERIVADOS DE IMIGRAÇÃO

Estudar-se-ão, agora, os casos em que o TEDH tem protegido verdadeiros «direitos derivados de imigração». Nestes casos, o TEDH reconheceu que a plena salvaguarda dos direitos protegidos na Convenção exigia que o migrante entrasse ou permanecesse no território de um dos Estados-Parte. Isso já ocorreu em relação a diversos protegidos pela Convenção.

#### 3.1. PROIBIÇÃO DE TORTURA, TRATAMENTOS DESUMANOS E DEGRADANTES

O art. 3.º da CEDH, que estabelece que «ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes», tem sido uma das principais fontes de proteção de um eventual direito dos estrangeiros a permanecer no território.

O *leading case* neste contexto foi o caso *Soering*<sup>2912</sup>, que versou sobre a extradição de um estrangeiro para um país onde o mesmo iria ser sujeito a pena de morte. O TEDH considerou que, ao ser extraditado, o estrangeiro iria ser sujeito a tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH: a espera no «corredor da morte» e sofrimento psi-

2909. No caso *Chahal*, o TEDH considerou que o painel competente para controlar a detenção não devia ser considerado um «juiz» para efeitos do art. 5.º, já que não oferecia nenhuma oportunidade de representação legal e a sua decisão não era vinculativa para a administração. Cf. dec. de 15/11/1996, *Chahal c. Reino Unido*, queixa n.º 22414/93.

2910. Dec. de 29/01/2008, *Saadi c. Reino Unido*, cit., e dec. de 22/03/1995, *Quinn c. França*, queixa n.º 18580/91.

2911. Dec. de 12/10/2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit. V. ainda a dec. de 05/04/2011, *Rahimi c. Grécia*, queixa n.º 8687/08, e a dec. de 19/01/2012, *Popov c. França*, queixa n.º 39472/07.

2912. Dec. de 07/07/1989, *Soering c. Reino Unido*, queixa n.º 14038/88.

cológico daí derivado. Assim, o Estado extraditante não poderia executar a medida de extradição, sob pena de incorrer em violação do art. 3.º da CEDH.

Esta jurisprudência foi posteriormente estendida aos casos de expulsão ou de afastamento de estrangeiros<sup>2913</sup>. Merece referência especial o famoso caso *Chahal*<sup>2914</sup>, em que o TEDH condenou o Reino Unido por ter emanado uma medida de expulsão contra um nacional indiano, que invocava risco de tortura no país de destino. O Reino Unido invocava, como motivo para a expulsão do recorrente, um alegado terrorista, a salvaguarda da segurança nacional. No entanto, o TEDH sublinhou o caráter absoluto do art. 3.º, que valeria também nos casos de expulsão.

A proteção contra expulsões que impliquem risco de sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º tem sido expandida para casos de «duplo *refoulement*». No caso *M. S. S. c. Bélgica e Grécia*<sup>2915</sup>, o TEDH apreciou um caso respeitante a um cidadão de nacionalidade afgã que tinha entrado no território da União Europeia pela Grécia, tendo apresentado na Bélgica um pedido de asilo. Aplicando as regras do Direito de Asilo da UE, a Bélgica transferiu o requerente para a Grécia, país que não oferecia garantias efetivas contra a devolução para o Afeganistão. Quer a Grécia quer a Bélgica foram condenadas por violação do art. 3.º da CEDH, pelo facto de terem sujeitado o recorrente a risco de *refoulement*<sup>2916</sup>.

O âmbito de proteção objetivo do art. 3.º é, contudo, mais amplo que a simples proteção contra o *refoulement*, tal como esta se encontra plasmada no art. 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra de 1951 sobre o Estatuto do Refugiado, já que esta apenas protege os refugiados contra expulsões para territórios onde a sua vida ou liberdade sejam ameaçadas *em virtude da* sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas. O art. 3.º da CEDH protege quaisquer estrangeiros contra expulsões para territórios onde os mesmos possam ser sujeitos a torturas ou a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, por qualquer motivo.

De facto, o TEDH tem vindo a estender a proteção oferecida pelo art. 3.º da CEDH a um número cada vez maior de situações. No que toca à *origem* dos tratamentos desumanos ou degradantes, o TEDH considera que o art. 3.º da CEDH oferece proteção quer o risco dos mesmos provenha das autoridades do Estado de destino quer de terceiros. No que toca aos riscos provenientes do Estado de destino, podem estar abrangidas várias situações: o receio de perseguição devido à pertença

2913. Dec. de 30/10/1991, *Vilvarajah e outros c. Reino Unido*, queixas n.º 13163/87, 13164/87 e 13165/87.

2914. Dec. de 15/11/96, *Chahal c. Reino Unido*, queixa n.º 22414/93.

2915. Dec. de 21/01/2011, *M. S. S. c. Bélgica e Grécia*, queixa n.º 30696/09.

2916. Mais recentemente, o TEDH aplicou medidas provisórias no que respeita à devolução de requerentes de asilo iraquianos do Reino Unido para o Ruanda (devolução feita ao abrigo de um acordo bilateral entre os dois países), precisamente por considerar que este último país não oferecia garantias suficientes contra a não devolução para o Iraque. *Cfr.* dec. de 14/06/2022, *K. N. c. Reino Unido*, queixa n.º 28774/22.

a determinado grupo<sup>2917</sup>, a existência, no Estado de origem, de penas incompatíveis com o art. 3.º, como as penas corporais<sup>2918</sup> ou, em certos casos, a pena de prisão perpétua<sup>2919</sup>. O mau trato pode derivar, depois, de uma situação de grave perturbação no país, por exemplo, devido à natureza do regime político instalado, que leva a crer que os direitos humanos da população sejam sistemática e grosseiramente violados<sup>2920</sup> ou de uma situação de insegurança geral (guerra civil, desordens)<sup>2921</sup>. No que toca a maus tratos provenientes de terceiros, recentemente, a Áustria foi condenada pela expulsão de um cidadão checheno para a Rússia, devido ao clima de impunidade e falta de investigação com que os grupos rebeldes cometiam violações dos direitos humanos na região do Cáucaso Norte<sup>2922</sup>. Este tipo de proteção foi estendido a vários tipos de situações. No caso *Collins e Akaziebie*<sup>2923</sup>, havia risco de mutilação genital feminina caso se efetivasse uma expulsão para a Nigéria, e no caso *N. c. Suécia*, o risco de maus tratos derivava de violência conjugal<sup>2924</sup>.

Por fim, o risco pode derivar de condições objetivas do país de destino, independentes da conduta das autoridades. Paradigmático, neste contexto, é o caso *D. c. Reino Unido*<sup>2925</sup>, em que este Estado foi condenado pela expulsão de um cidadão infetado com HIV, em estado já avançado da doença. O TEDH considerou tal medida violava o art. 3.º da CEDH, atendendo à falta de acompanhamento médico com que o estrangeiro se iria deparar no país de origem. Note-se, porém, que o TEDH considerou este caso particularmente excepcional. Assim, tem afirmado que, por exemplo, uma situação de pobreza generalizada, ou de falta de recursos no país de destino não atinge o grau de gravidade suficiente para que uma expulsão para o mesmo consista numa violação do art. 3.º da CEDH<sup>2926</sup>. De qualquer forma, o TEDH, já considerou que, em situações em que relevam considerações humanitárias prementes, a falta de condições sociais e económicas no país de destino pode

- 
2917. Assim, entre outras, as várias decisões contra a Rússia, tomadas em 2019, devido ao retorno de cidadãos estrangeiros para o Uzbequistão e Tajikistão, onde os mesmos eram perseguidos devido à sua religião. V., *inter alia*, Dec. de 8/10/2019, *S. B. e S. Z. c. Rússia*, queixas n.º 65122/17 e 13280/18.
2918. V. assim, no que toca à expulsão de uma mulher iraniana que invocava a sua sujeição, no país de destino, à pena de morte por lapidação por cometido adultério, a dec. de 11/07/2000, *Jabari c. Turquia*, queixa n.º 40035/98.
2919. Dec. de 10/04/2012, *Babar Ahmad e outros c. Reino Unido*, queixas n.º 24027/07 e outras, e Dec. de 04/09/2014, *Trabelsi c. Bélgica*, queixa n.º 140/10.
2920. V. dec. de 06/03/2001, *Hilal c. Reino Unido*, queixa n.º 45276/99.
2921. V. a já referida dec. de 30/10/1991, *Vilvarajah c. Reino Unido*.
2922. Dec. de 28/03/2013, *I. K. c. Áustria*, queixa n.º 2964/12.
2923. Dec. de 08/03/2007, *Akaziebie c. Suécia*, queixa n.º 23944/05. V. ainda a Dec. de 07/06/2016, *RBAB c. Holanda*, queixa n.º 7211/06.
2924. Dec. de 20/07/2010, *N. c. Suécia*, queixa n.º 23505/09.
2925. Dec. de 02/05/1997, *D. c. Reino Unido*, queixa n.º 30240/96.
2926. O TEDH tem afirmado, nesta sequência, que a CEDH se destina principalmente a garantir direitos civis e que não incumbe aos Estados-Parte a responsabilidade por aliviar as várias disparidades socioeconómicas entre os países do mundo. Assim, v. dec. de 29/01/2013, *S. H. H. c. Reino Unido*, queixa n.º 60367/10.

acarretar violação do art. 3.º da CEDH<sup>2927</sup>. Pode ocorrer um desses casos quando a privação dos referidos direitos seja resultado de ações deliberadas por parte dos Estados de destino<sup>2928</sup>.

### 3.2. DIREITO À VIDA

Inicialmente, a jurisprudência do TEDH não dava acolhimento à ideia de proteção derivada contra expulsões em caso de risco de sujeição à pena de morte, por se considerar que o bem «vida humana» não possuía valor absoluto. Não obstante, com a entrada em vigor do Protocolo n.º 6, em 1985, e do n.º 13 em 2003, a pena capital deixou de ser admitida, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra, no sistema do Conselho da Europa. Todos os Estados-Membros da UE assinaram os referidos Protocolos.

Na maior parte dos casos decididos neste contexto, o TEDH considera que a análise da violação do art. 2.º é indissociável da violação do art. 3.<sup>o</sup><sup>2929</sup>. Assim, no caso *Bader*, o TEDH considerou que a expulsão do recorrente para a Síria, onde fora condenado, à revelia, em pena de morte, violava os arts. 2.º e 3.º conjugados, pelo facto de, no processo, não terem sido assegurados os seus direitos de defesa<sup>2930</sup>.

Para além dos casos relativos a condenação em pena de morte, o TEDH tem ainda concedido proteção, neste contexto, contra expulsões para países em que o estrangeiro possa correr risco de vida. Neste contexto importa referir o caso *O. D. c. Bulgária*, em que o TEDH considerou que a expulsão do recorrente para a Síria, no contexto da guerra civil travessada por aquele país, implicava não só a violação do art. 3.º, como do art. 2.<sup>o</sup><sup>2931</sup>. No caso *N. A. c. Finlândia*, o TEDH chega mesmo a referir-se a violação do art. 2.º ou 3.º, no caso de expulsão de um cidadão iraquiano sunita para o país da origem, onde acabou por ser morto, tal como alegara ser o seu receio, pelas milícias xiitas<sup>2932</sup>.

### 3.3. DIREITO À VIDA FAMILIAR

O TEDH tem afirmado permanentemente que o controlo da entrada e saída de estrangeiros do território estadual poderá implicar ingerências no direito à vida

2927. *S. H. H. c. Reino Unido*, queixa n.º 60367/10.

2928. Assim, a dec. de 21/01/2011, *M. S. S. c. Bélgica e Grécia*. Para além do já referido quanto ao *non refoulement*, neste caso, o TEDH considerou ainda que a Grécia tinha violado o art. 3.º por ter permitido a um requerente de asilo viver em condições de extrema pobreza no país.

2929. Dec. de 05/09/2013, *K. A. B. c. Suécia*, queixa n.º 886/11.

2930. Dec. de 08/11/2005, *Bader e Kanbor c. Suécia*, queixa n.º 13284/04.

2931. Dec. de 10/10/2019, *O. D. c. Bulgária*, queixa n.º 34016/18. Na Dec. de 30/05/2017, *A. I. c. Suíça*, queixa n.º 23378/15, o TEDH refere-se também à situação de violência indiscriminada no Sudão, para fundar um perigo de vida em caso de devolução de um estrangeiro para esse país.

2932. Dec. de 14/11/2019, *N. A. c. Finlândia*, queixa, n.º 25244/18.

familiar dos mesmos, protegido pelo art. 8.º da CEDH. Tais ingerências podem resultar não só da violação de obrigações negativas, de abstenção, mas também da violação de obrigações positivas. As primeiras estariam em causa nas decisões relativas à expulsão do território, enquanto as segundas estariam em causa no que toca a decisões relativas à entrada no território, nomeadamente relativas a pedidos de reagrupamento familiar.

Tradicionalmente o TEDH reconhece uma maior margem de apreciação aos Estados nos pedidos de reagrupamento familiar. Nos primeiros casos decididos na matéria, os casos *Güil*<sup>2933</sup>, *Ahmut*<sup>2934</sup>, o TEDH considerou que a recusa de reagrupamento familiar havia sido legítima, dando prevalência aos poderes estaduais de controlo da imigração. O caso *Sen*<sup>2935</sup>, decidido em 2001, representou um ponto de viragem, tendo o Tribunal considerado que a recusa de reagrupamento da filha de um casal de migrantes residente nos Países Baixos violava o art. 8.º da CEDH. Foi determinante o facto de o casal ter dado à luz, já no país de acolhimento, dois filhos menores, que aí se encontravam profundamente integrados. No entanto, outros casos sobre reagrupamento familiar mais recentes demonstram que não se pode afirmar que o TEDH tenha alterado definitivamente a sua posição para uma perspetiva mais favorável. No caso *Haydarie*, o TEDH considerou que a exigência de recursos suficientes como requisito para a concessão de reagrupamento familiar não era, *a se*, irrazoável<sup>2936</sup>.

Neste grupo de casos, para considerar que existiu uma ingerência na vida familiar *a se*, o TEDH averigua se o Estado deixou possibilidades, razoáveis e não ilusórias, de o indivíduo exercer o seu direito de levar a cabo uma vida familiar. São vários os fatores a ter em conta, a saber: a idade dos menores envolvidos, os laços com o país de origem, e o grau de dependência em relação aos pais. Outros fatores continuam a ser tidos em conta, como a voluntariedade da decisão de deixar os familiares no país de origem e o tempo que medeia a instalação do imigrante no país de acolhimento e o pedido de reagrupamento familiar.

Já no que toca às decisões relativas à expulsão de um estrangeiro do território, o TEDH considera que uma expulsão implica sempre uma ingerência na vida familiar. No entanto, nem todas as ingerências são ilegítimas, já que o direito à vida familiar é suscetível de restrições. Importa, pois, verificar se essa ingerência

2933. Dec. de 19/02/1996, *Giil c. Suíça*, queixa n.º 23218/94.

2934. Dec. de 28/11/1996, *Ahmut c. Holanda*, queixa n.º 21702/93.

2935. Dec. de 21/12/2001, *Sen c. Holanda*, queixa n.º 31465/96. Para uma análise detalhada, v. GIL, A. R., «Um Caso de Europeização do Direito Constitucional Português – A Afirmação de um Direito Fundamental ao Reagrupamento Familiar», Revista de Direito Público, ano I, (2009), n.º 2, pp. 9-62.

2936. Dec. de 20/10/2005, *Haydarie a. o. c. Holanda*, queixa n.º 8876/04. Note-se que, no caso, os recorrentes invocavam que havia obstáculos ao desenvolvimento da família no país de origem. No entanto, para a decisão, foi determinante o facto de o TEDH considerar que a reagrupante mãe não tinha demonstrado ter procurado ativamente emprego no país de acolhimento.

é legítima à luz do n.º 2 do art. 8.º da CEDH, que determina que a mesma deverá estar prevista na lei, visar um fim legítimo e ser necessária numa sociedade democrática. Se se verificarem esses requisitos, o Estado poderá expulsar legitimamente o estrangeiro, ainda que tal implique a separação da família.

O requisito de a ingerência ser «necessária» numa sociedade democrática implica um equilíbrio entre todos os interesses envolvidos. Na decisão do caso *Boultif*, o TEDH procedeu a um esforço de sintetização dos critérios de decisão que aviam a realização de tal balanceamento, que foram depois desenvolvidos no caso *Üner*<sup>2937</sup>. Do lado dos interesses do recorrente, tem-se em conta a sua situação pessoal e familiar: o grau de integração no país de acolhimento, o seu estatuto legal, a duração da permanência no país, a frequência do sistema de ensino, a atividade profissional desenvolvida, a importância dos laços familiares em causa, a duração da união, a nacionalidade do cônjuge, bem como o facto de este ter conhecimento da situação legal do recorrente à data da união ou da prática de delitos da parte deste, a existência de filhos menores nascidos e aí residentes, bem como a idade dos mesmos. São depois valorizados os laços que o recorrente mantém com o seu país de origem. Neste contexto, o TEDH verifica se a nacionalidade do estrangeiro se resume apenas a uma ligação jurídica sem qualquer correspondência sociológica ou se corresponde a uma realidade alicerçada em factos afetivos e culturais. Por fim, e perante os vários fatores enumerados, o TEDH analisa a possibilidade de estabelecimento da vida familiar no país de origem, nomeadamente a dificuldade de integração dos familiares no mesmo. Do lado dos interesses estaduais, o TEDH considera a natureza e gravidade da infração cometida, a data da mesma, a idade que o estrangeiro tinha<sup>2938</sup>, as circunstâncias atenuantes do crime, bem como a conduta dos recorrentes anterior e posterior à prática dos atos, o seu comportamento em geral e o estatuto legal do estrangeiro no território<sup>2939</sup>.

Caberá ao TEDH pesar todos os critérios mencionados. Ora, uma vez que não se realiza uma verdadeira hierarquia entre os vários interesses em presença, apenas dando prevalência a um ou outro valor de acordo com o peso que os mesmos revistam no caso concreto, a abordagem é necessariamente casuística<sup>2940</sup>. De qualquer forma é possível afirmar que, uma vez estabelecida a existência de laços

2937. Dec. de 02/08/2001, *Boultif c. França*, queixa n.º 54273/00 e Dec. de 18/10/2006, *Üner c. Holanda*, queixa n.º 46410/99.

2938. Assim, a dec. de 06/02/2003, *Jakupovic c. Áustria*, queixa n.º 36757/97.

2939. Assim, na dec. de 27/09/2011, *Alim c. Rússia*, queixa n.º 39417/07, em que o TEDH considerou que, apesar de a situação de irregularidade do recorrente se ter ficado a dever a incúria do mesmo, ainda assim a expulsão do território era desproporcionalada.

2940. Demonstrativa da incerteza em causa, e que mais não é que fruto da ambivalência em que continuamente se move o TEDH, na tentativa de conciliar a proteção dos direitos individuais e da conservação das soberanias estaduais, é a formulação de Levinet, quando refere que a jurisprudência do TEDH combina audácia e realismo, mantendo, ao mesmo tempo, uma conceção alargada da noção de família mas mostrando-se, cada vez mais, sensível aos imperativos securitários das sociedades europeias. Cf. Levinet, M., «La Cour Européenne des Droits de l'Homme de plus en plus compréhensive à l'égard des mesures d'éloignement

familiares fortes no território de acolhimento, apenas razões muito sérias, ligadas nomeadamente à prática de delitos graves, podem justificar uma expulsão para o país de origem.

### 3.4. DIREITO À VIDA PRIVADA

Durante muito tempo a situação dos estrangeiros integrados era analisada apenas do ponto de vista da salvaguarda da sua *vida familiar*, sendo que o TEDH concedia uma proteção acrescida aos estrangeiros integrados na sociedade de acolhimento, como os chamados «imigrantes de segunda geração». Paulatinamente, porém, várias decisões do TEDH sobre expulsão de estrangeiros integrados começaram a referir-se ao seu direito a manter a sua *vida privada*. No caso *C. c. Bélgica* invocou-se pela primeira vez, perante uma medida de expulsão, não apenas uma violação do direito à *vida familiar*, mas também do direito à *vida privada*<sup>2941</sup>. O juiz europeu considerou que o recorrente tinha desenvolvido laços sociais fortes no país de acolhimento, onde vivia desde os onze anos de idade, onde havia concluído a formação escolar e profissional, e onde desenvolvia, há vários anos, uma atividade assalariada, pelo que havia aí estabelecido a sua vida privada. A medida de expulsão constituía, assim, uma ingerência na vida privada e familiar.

Mais recentemente, o TEDH começou a dar proteção a situações em que o estrangeiro expulsando apenas mantinha relações sociais estáveis com o relatório de acolhimento, mesmo na ausência de relações familiares, i. e., a situações em que estava apenas em causa o respeito pela vida privada do estrangeiro. No caso *Slivenko*<sup>2942</sup>, o TEDH considerou que uma medida de expulsão de três membros da família consubstanciava uma ingerência na vida privada e domicílio, e não na vida familiar. Nesse caso, todos os membros da família tinham sido objeto da medida de expulsão, pelo que a unidade familiar, em si, não era posta em causa. Cabe referir seguidamente o caso *Sisojeva*<sup>2943</sup>. Neste caso, três recorrentes, mãe, pai e filha, a primeira apátrida e os segundos de nacionalidade russa, residentes irregularmente na Letónia, recorreram para o TEDH invocando que a recusa deste Estado em regularizar o seu estatuto consubstanciava uma violação do art. 8.º da CEDH. Os recorrentes haviam vivido, os primeiros desde os 20 e 22 anos de idade, e a terceira, desde que nascerá, na Letónia e referiam que este país seria o único local em que a vida familiar se podia desenrolar. O TEDH referiu que, para um gozo efetivo da vida privada pelos estrangeiros, não era suficiente que o Estado de acolhimento se limitasse a abster de expulsar os mesmos, sendo ainda necessário que lhe assegurasse, através de medidas positivas, a possibilidade de um exercício efetivo desse direito. A falta de regularização fez com que os recorrentes vivessem

---

des étrangers délinquants», *Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme*, n.º 42, (2000), pp. 301 e ss.

2941. Dec. de 07/08/1996, *C. c. Bélgica*, queixa n.º 21794/93.

2942. Dec. de 09/10/2003, *Slivenko c. Letónia*, queixa n.º 48321/99.

2943. Dec. de 16/06/2005, *Sisojeva e outros c. Letónia*, queixa n.º 60654/00.

um longo período de incerteza e de precariedade no território, que consubstanciava, no entender do TEDH, uma ingerência na sua vida privada, não «necessária numa sociedade democrática».

Este caso foi duplamente revolucionário. Por um lado, o TEDH concedeu proteção à simples integração dos estrangeiros no território, independentemente de estar em causa a rutura da unidade familiar, apenas através do conceito de «vida privada», tendo inclusivamente falado em «vida privada normal». Por outro lado, reconheceu que a proteção da vida privada podia exigir o direito de obtenção de um título de residência dotado de particular estabilidade<sup>2944</sup>.

Não obstante, noutras casos o TEDH tem tentado evitar um alargamento excessivo da proteção de um direito a permanecer no território por força da proteção do direito à vida privada. Assim, no caso *A. S. c. Suíça*<sup>2945</sup>, afirmou que um estrangeiro que se encontrasse à espera de um título de residência temporário não podia invocar uma expectativa legítima para obter o mesmo, não obstante ter, entretanto, desenvolvido laços com a comunidade. O TEDH afirmou, contudo, que estas situações deviam ser distinguidas das dos estrangeiros «integrados» no país de acolhimento.

Podemos afirmar que o TEDH protege hoje a existência de direitos derivados de imigração, na modalidade de direito *a permanecer no território*, ou mesmo de obtenção de um título estável, por força da proteção da vida privada do estrangeiro. No entanto, o TEDH ainda não foi ao ponto de considerar que determinados estrangeiros, por força da sua especial integração no território, não podem ser expulsos do mesmo. Tal interdição de expulsão é defendida pela Recomendação 1504 (2001) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre não-expulsão de imigrantes de longa duração, que recomenda que os estrangeiros nascidos ou que cresceram no país de acolhimento não possam ser expulsos em caso algum<sup>2946</sup>.

De facto, o TEDH não desenvolveu qualquer princípio geral no que respeita à proteção dos estrangeiros integrados, tendo optado, ao invés, por estender a abordagem concreta e casuística desenvolvida nos casos de proteção da vida familiar. Nestes casos, o TEDH aceita a possibilidade de expulsão de estrangeiros integrados, usando os mesmos fatores de decisão das decisões respeitantes à *vida familiar, subtraindo-se critérios respeitantes à vida familiar*<sup>2947</sup>.

2944. A este caso seguiu-se o caso *Aristimuno Mendizabal c. França*, com contornos semelhantes. Cfr. Dec. de 17/01/2006, *Aristimuno Mendizabal c. França*, queixa n.º 51431/99.

2945. Dec. de 30/06/2015, *A. S. c. Suíça*, queixa n.º 39350/13.

2946. Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Recomendação 1504 (2001), sobre não-expulsão de imigrantes de longa duração, de 14/03/2001. Importa ainda mencionar a Recomendação do Comité de Ministros, 15 (2000), sobre o estatuto de residentes de longa duração, de 13/09/2000, que sugere a concessão de um estatuto de residente de longa duração após o período de cinco anos de residência legal e habitual no território, bem como a adoção de restrições em relação à aplicação de medidas de expulsão a estas pessoas.

2947. V., neste contexto, a recente dec. de 23/04/2015, *Khan c. Alemanha*, cit., em que o TEDH reafirmou, para avaliar da necessidade numa sociedade democrática da medida de ingerência na vida privada, os critérios Boultif e Üner. Nessa decisão, analisou a expulsão de

### 3.5. PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Apesar de a CEDH não mencionar a garantia da proteção do melhor interesse da criança, nem tão pouco de um direito da criança à proteção do Estado, os órgãos de garantia têm usado esse critério de decisão em várias matérias, nomeadamente em questões de imigração.

No caso *Jakupovic*, o TEDH afirmou que eram necessárias razões muito fortes para justificar a expulsão de um jovem de 16 anos, sozinho, para um país onde existia um conflito armado e onde o mesmo não possuía familiares próximos<sup>2948</sup>. Neste caso foi determinante para a decisão a idade do expulsando. No mesmo sentido, importa referir o caso *Maslov*<sup>2949</sup>, em que estava em causa também a aplicação de uma medida expulsão a um menor do país onde o mesmo residia desde os seis anos de idade, acrescida de uma interdição de entrada por dez anos. O TEDH sublinhou a importância da tomada em consideração da idade do recorrente, que funcionaria como um critério primordial nestes casos. Neste contexto, o TEDH referiu a necessidade de se ter em consideração o interesse superior da criança, tal como consagrado no art. 3.º da CDC, nos seguintes termos: «pour la Cour, lorsque les infractions commises par un mineur sont à l'origine d'une interdiction de séjour, il y a lieu de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant». A obrigação de facilitar a reintegração dos menores estrangeiros, em atenção ao seu superior interesse, foi eleito o critério de decisão primordial do TEDH. Nesse sentido, referiu que apenas razões muito fortes poderiam justificar a expulsão de um menor<sup>2950</sup>.

Note-se, porém, que nestes casos, o interesse superior da criança funcionou como um critério de decisão, e não como um direito garantido a se. Na falta de uma disposição específica na CEDH que garanta um direito da criança à proteção do Estado, esse direito nunca poderá ser considerado de forma isolada, já que o TEDH tem sempre de alicerçar o seu juízo na violação de uma disposição concreta da CEDH, o que tem sido feito sobretudo através do art. 8.º da CEDH.

## 4. CONCLUSÃO

Procurou-se, neste capítulo, dar uma breve panorâmica sobre a importância da jurisprudência do TEDH em matéria de migrações. A mesma tem sido incontornável no que toca à afirmação de direitos humanos dos migrantes, na dupla perspetiva analisada: quer no que toca à salvaguarda de direitos de todas as pessoas que se

---

uma paquistanesa, que vivia há vinte anos na Alemanha e havia praticado o crime de homicídio, embora tenha sido considerada inimputável por sofrer de psicose. Apesar de a sua condição de saúde ter melhorado e de não ter reincidido, o TEDH considerou que, devido à gravidade do crime cometido, aliada ao facto de a recorrente ter chegado à Alemanha já em idade adulta, a medida de expulsão não havia sido desproporcionada.

2948. Dec. de 06/02/2003, *Jakupovic c. Áustria*, queixa n.º 36757/97.

2949. Dec. de 23/06/2008, *Maslov c. Áustria*, queixa n.º 1638/03.

2950. Esta jurisprudência foi posteriormente seguida na dec. de 23/09/2010, *Bousarra c. França*, queixa n.º 25672/07 e a dec. de 20/09/2011, *AA. c. Reino Unido*, queixa n.º 8000/08.

encontrem em processo migratório, quer ainda no que toca ao reconhecimento de que a proteção de determinados direitos humanos pode reclamar o reconhecimento de verdadeiros direitos a imigrar – a entrar ou permanecer num território. Isto, muito embora o TEDH continue a reconhecer e afirmar derivar do Direito Internacional o princípio de que os Estados são soberanos no que toca a decidir quem entrar e permanece nos seus territórios. O reconhecimento de direitos derivados de imigração mais não é, assim, que afirmação de exceções à regra geral de que inexiste um direito humano *tout court* a imigrar.

O TEDH tem sabido, por outro lado, manter um equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses estaduais e bens públicos que podem ser postos em causa num contexto de imigração, e os direitos humanos que incumbe sempre aos Estados salvaguardar. Por outro lado, tem demonstrado que a proteção de direitos humanos não diminui em contextos de «crises migratórias», como o demonstram vários acórdãos analisados. É, aliás, nestes contextos que a proteção de direitos humanos se afirma com mais premência, por se poder ser mais tentador aos Estados adotar medidas mais restritivas ou mesmos massificadas<sup>2951</sup>.

A afirmação de direitos humanos dos migrantes, nas duas dimensões referidas, tem sido por demais importante, já que as condenações que tem implicado têm levado a que vários Estados tenham passado a prever, nas suas leis de imigração, diversas cláusulas destinadas a acautelar os mesmos. Esta jurisprudência tem ainda servido de inspiração para outros organismos internacionais, como é o caso dos diversos Comités das Nações Unidas, como o Comité de Direitos Humanos, que tem aplicado juízos semelhantes ao verificar da conformidade de algumas medidas estaduais em matéria de imigração em relação aos direitos humanos protegidos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A própria União Europeia tem codificado muitas das soluções jurisprudenciais analisadas, nos instrumentos jurídicos destinados ao desenvolvimento de uma política comum de asilo e imigração<sup>2952</sup>.

---

2951. Sobre este ponto, v. GIL, A. R., «A Crise Migratória de 2015 e os Direitos Humanos das Pessoas carecidas de proteção internacional: o Direito Europeu posto à prova», in AA. VV., Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, Volume I, Tribunal Constitucional, Almedina, (2016), pp. 955-983.

2952. V., a este propósito, GIL, A. R., «A Política Europeia de combate à Imigração Ilegal», in AA. VV., Liber Amicorum em Homenagem a Prof. Doutor João Mota de Campos, PINTO PEREIRA, A., SOUSA ANTUNES, H *et al.* (coord.), Coimbra Editora, (2013), pp. 17-48.

## *Capítulo 44*

# Estándares interamericanos en la protección de los derechos humanos de las personas migrantes

ELIZABETH NATALY ROSAS RÁBAGO<sup>2953</sup>  
LAURA ALICIA CAMARILLO GOVEA<sup>2954</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD: VULNERABILIDADES. 3. LA MIGRACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS. 4. TRABAJADORES MIGRATORIOS. 5. EL DERECHO AL ASILO Y LA NO DEVOLUCIÓN. 5.1. *El derecho a solicitar y recibir asilo*. 5.2. *El derecho a la no devolución*. 6. CONCLUSIONES.

### **1. INTRODUCCIÓN**

El fenómeno migratorio ha ido cambiando con el paso de los años, particularmente desde los Estados del Continente Americano se han observado importantes movimientos de personas migrantes, potencializado por ubicación geográfica, situación socioeconómica y hasta desastres naturales. Por ello, la interpretación y reparaciones que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), se ha convertido fundamental para entender los límites y obligaciones estatales para la protección de los derechos humanos de las personas migrantes. Aunado a ello, en los últimos años se ha constatado la creciente migración de grupos en situación de vulnerabilidad: niñas, niños y adolescentes; mujeres; comunidad LGBTI; personas que requieren protección internacional; personas con discapacidad; comunidad indígena, entre otros, y que por sus características hacen aún más complejo este fenómeno.

---

2953. Profesora de la Facultad de Derecho Tijuana en Universidad Autónoma de Baja California (Méjico). Doctora en Derecho con mención honorífica por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

2954. Profesora y Directora de la Facultad de Derecho Tijuana en Universidad Autónoma de Baja California (Méjico). Doctora en Derecho *cum laude* por la Universidad de Castilla-La Mancha en España.

La migración es un fenómeno de gran impacto y actualidad, ha ido adquiriendo cada vez más relevancia en las agendas de los diversos Estados. La migración se ha desarrollado como un aspecto inherente de los seres humanos, debido a que han realizado esta movilidad humana en aras de buscar mejores condiciones de vida o alejarse de condiciones que impiden su pleno desarrollo, en este sentido, Mario Vallejo Hinojosa<sup>2955</sup> expone que ligada a la naturaleza humana la migración ha sido una constante milenaria.

En ese sentido, la Corte IDH a través de los últimos años ha construido un andamiaje sólido a través de su función consultiva y contenciosa, y mediante estas interpretaciones se favorece la aplicación por parte de los Estados, y por ende el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes.

La migración constituye en la actualidad uno de los temas centrales de la jurisprudencia de la Corte IDH, a través de la cual se han fijado estándares mínimos en la protección de las personas en contexto de movilidad. A través de esta investigación se buscará resaltar aspectos torales en la jurisprudencia interamericana sobre migrantes: niñas y niños, trabajadores migratorios, el derecho al asilo y la no devolución.

De acuerdo con la Corte IDH, emigrar o migrar es «dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él». Por un lado, el emigrante es la persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él, mientras que el inmigrante es la persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él<sup>2956</sup>.

## **2. PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD: VULNERABILIDADES**

Ciertamente, resulta fundamental señalar que en el marco de la migración la exclusión es un elemento característico, que sin lugar a dudas tiene un impacto en la vulnerabilidad de los migrantes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre estos temas en diversas ocasiones, respecto a la vulnerabilidad de los migrantes, ha establecido que:

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (des-

---

2955. VALLEJO, M., «Derechos humanos e instituciones nacionales», in Seminario Internacional: Tráfico Ilícito de Migrantes, México, CNDH (2008).

2956. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 69.

igualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado<sup>2957</sup>.

Debido a las circunstancias particulares que atraviesan los migrantes, como lo ha referido la Corte Interamericana, debe persistir la garantía del principio de igualdad y no discriminación, así como la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas migrantes irregulares.

En relación a las políticas migratorias, la Corte IDH establece que los objetivos deben tener presente el respeto por los derechos humanos, además de ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos, considerando las distinciones adoptadas como objetivas, proporcionales y razonables.

De igual manera, la Corte IDH señala que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados:

*«...establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas»*<sup>2958</sup>.

No ha pasado desapercibido para la Corte IDH a través de las sentencias y de sus opiniones consultivas, que, si bien señala un margen de discrecionalidad para los Estados en el establecimiento de políticas migratorias, es menester que ello se realice acorde a la protección de los derechos humanos de todas las personas.

En cuanto a los derechos de las personas migrantes, la Corte IDH ha establecido que es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes con ingreso regular en relación con los migrantes de ingreso irregular, o bien entre migrantes y nacionales «siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado»<sup>2959</sup>. Por lo que, en todas las medidas adoptadas por el Estado, debe imperar la no discriminación por su ingreso regular o irregular, o su nacionalidad.

En el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), se reconoce el derecho de circulación y de residencia. Se establece en el numeral 5 «nadie puede ser expulsado del territorio del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo». Mientras que el numeral 6 establece

2957. *Ibidem*, párr. 112.

2958. *Ibidem*, párrs. 168 y 169.

2959. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C No. 282, párr. 402.

que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte de la presente Convención, «sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley». Al respecto, la Corte ha señalado que:

«...en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto de las personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. Es decir, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes»<sup>2960</sup>.

En cuanto a la protección igualitaria y la no discriminación, la Corte IDH ha señalado que los Estados al regular los mecanismos para otorgar la nacionalidad, deben abstenerse de producir situaciones discriminatorias, así como combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, y adoptar medidas afirmativas para asegurar una efectiva igualdad ante la ley. En cuanto a la facultad de determinación de quiénes son nacionales, es una competencia interna de los Estados, sin embargo, se encuentra restringida por el deber de brindar protección igualdad y efectiva de la ley y sin discriminación, así como prevenir, evitar y reducir la apatridia<sup>2961</sup>.

La Corte IDH ha establecido que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y la no discriminación, constituyen normas *ius cogens*, por lo que, por ningún motivo los Estados pueden discriminar o permitir actos discriminatorios en contra de las personas migrantes; y cuando se realice un trato diferenciado, debe ser razonable, objetivo y proporcional. De igual manera, los Estados asumen el compromiso de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas<sup>2962</sup>.

En virtud de lo anterior, aunque los Estados pueden determinar sus políticas migratorias, no se contrapone con el deber de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de las personas migrantes sin discriminación alguna, debido a que el reconocimiento de los derechos humanos no se genera de ser nacional de determinado Estado.

La Corte IDH considera que «una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas...que produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables».

- 
2960. Corte IDH. Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022, Serie C No. 463, párr. 58.
2961. Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párrs. 140 y 141.
2962. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párrs. 248 y 287.

En relación a la nacionalidad ha establecido que «Los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos»<sup>2963</sup>.

En ese sentido, resulta imperante que las autoridades del Estado ajusten sus protocolos de actuación en la medida de que se respete el principio de no discriminación por los criterios fijados por la legislación interna y los tratados internacionales, y que a su vez se adopten las medidas necesarias para evitar la discriminación de las personas migrantes.

### 3. LA MIGRACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS

En las fronteras de los Estados del continente americano se reciben altos números de niñas y niños migrantes, en su mayor parte centroamericanos, que cruzan la frontera entre Guatemala y México, por lo que, el Estado debe asumir compromisos que permitan garantizar y proteger los derechos humanos de todas las niñas, niños y adolescentes.

En el marco de la Conferencia Regional sobre Migración se destacó el aumento en el número de niñas y niños migrantes no acompañados en la región, además del crecimiento de flujos cada vez más jóvenes, y el aumento del número de niñas<sup>2964</sup>. En la ardua tarea de hacer frente a las obligaciones estatales para la adopción de normas y prácticas que garanticen el respeto a los derechos humanos de las niñas y niños, acordes para una adecuada integración de la niñez migrante y la implementación del interés superior de la niñez.

Las principales causas de las niñas y niños centroamericanos para migrar se centran en motivos económicos, la búsqueda de mejores condiciones de vida en cuanto a trabajo, educación, empleo del progenitor, salud, protegerse de desastres socioambientales, son las principales causas del desplazamiento<sup>2965</sup>.

A partir de 1990, se empezaron a evidenciar con mayor intensidad los flujos migratorios integrados por niñas y niños, y la Corte IDH establecido parámetros fundamentales para su protección a través de una opinión consultiva específica en la materia y en diversos casos contenciosos.

La Corte Interamericana ha determinado en casos como *Bulacio Vs. Argentina, Mendoza y otros Vs. Argentina*, que se entiende por «niño» a toda persona que no ha

- 
2963. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C No. 282, párrs. 263-264.
2964. La Conferencia Regional sobre Migración, Menores migrantes: derechos humanos, protección y servicios en los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración, 2002.
2965. RIVERA, C. (coord.), Trabajo y vida cotidiana de centroamericanos en la frontera suroccidental de México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 2014, p. 85.

cumplido los 18 años de edad, misma a la que arriba en la Opinión Consultiva 17, derivado de la normatividad internacional y los criterios de la Corte<sup>2966</sup>.

En lo concerniente a la determinación de la edad para cumplir con la implementación de medidas especiales tratándose de niñas y niños, la Corte ha indicado que el Estado, a través de sus autoridades competentes para realizar las acciones pertinentes para acreditar fehacientemente la minoría de edad mediante una evaluación con criterios científicos, teniendo en cuenta la apariencia física, tomando en cuenta las características somáticas y morfológicas y la madurez psicológica, realizada de forma segura, respetuosa y en consideraciones de género e impactos diferenciados. De forma fundamental la Corte determina que en los casos en que no se pueda llegar a una determinación de la edad, se debe otorgar el beneficio de la duda, de manera que se le dé el trato de menor<sup>2967</sup>.

En cuanto a la opinión consultiva, la solicitud se realiza por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, justamente por la preocupación acerca de sus obligaciones estatales para la protección de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes migrantes. Los Estados solicitantes de la Opinión Consultiva 21, señalaron que:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos defina con mayor precisión cuales son los estándares, principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplimentar en materia de derechos humanos de las personas migrantes, en particular en lo que respecta a los derechos de las niñas y niños migrantes e hijos/as de migrantes [...] en los siguientes temas: 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes. 2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran a niños, niñas y adolescentes migrantes. 3. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes. 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal. 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niñas y niños por motivos migratorios. 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de libertad de niñas y niños en el marco de procedimientos migratorios. 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes. 8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas, eventuales solicitantes de asilo o refugio. 9. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en caso de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres (subrayado propio).

La Corte IDH ha hecho énfasis en que las «niñas y los niños son titulares de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y gozan, además, de derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes

2966. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 39.

2967. Corte IDH, Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 27 de agosto de 2014, Serie C No. 281, párr. 173.

específicos de la familia, la sociedad y el Estado»<sup>2968</sup>. Por lo que, no solo les corresponde la protección de todos los derechos humanos, si no que obliga a una visión que contemple su condición de niña o niño, y, por lo tanto, una protección más amplia.

Además, la Corte IDH ha acentuado que, como sujetos de derechos, se deben considerar sus características propias, por lo que poseen derechos adicionales, por lo que el artículo 19 de la CAD debe entenderse como complementario de los demás derechos, específico para seres que por su «desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial». En consecuencia, a las niñas y niños debe brindarse un trato preferente en razón de su peculiar situación de vulnerabilidad<sup>2969</sup>.

Acorde a lo anterior, la Corte IDH ha retomado el principio de interés, criterio rector, debe considerarse en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, así como la aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño<sup>2970</sup>.

En ese sentido, la Corte IDH estableció que la evaluación inicial debe realizarse en un ambiente amigable, con garantías de seguridad y privacidad, por profesionales competentes que pueda considerar las características de edad y género. Además, como etapa de identificación y evaluación, el procedimiento debe ofrecer garantías mínimas:

- i. Tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma;
- ii. Determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado;
- iii. Determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida;
- iv. Obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y
- v. Adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información.

Es importante señalar que la Corte IDH ha establecido que en relación a las niñas y niños no acompañados o que son separados de su familia y que además se

---

2968. Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21, párr. 56.

2969. *Ibidem*, párr. 66.

2970. *Ibidem*, párr. 70.

encuentran fuera de su Estado de origen «son particularmente vulnerables, debido a que se expone a diversos riesgos que afectan su vida, supervivencia y desarrollo; por ello es necesario el establecimiento de medidas necesarias para su protección, particularmente respecto a la trata infantil, la explotación y los malos tratos»<sup>2971</sup>. La condición de las niñas y niños en contexto de migración irregular los sitúa en una zona de vulnerabilidad, pero cuando se trata de no acompañados, esa vulneración se agrava, porque se vuelve susceptible a violaciones a derechos humanos, como la falta de representación jurídica, al tutor, las afectaciones psicológicas, entre otras.

#### **4. TRABAJADORES MIGRATORIOS**

La Corte IDH con el propósito de coadyuvar con los Estados para la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se ha pronunciado sobre los derechos de los trabajadores migratorios a través de su opinión consultiva En relación a trabajador migrante, ha establecido que es la «Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional. Mientras que el trabajador migrante documentado o en situación regular es la «Persona que se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte». Por último, se establece que el trabajador migrante indocumentado o en situación irregular es la «Persona que no se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte, y que, sin embargo, realiza dicha actividad»<sup>2972</sup>.

Las preguntas formuladas por el Estado mexicano en la solicitud de opinión consultiva se concentra en cuatro aspectos fundamentales: *a)* sobre el trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales; *b)* la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano como condición necesaria para que un Estado respete y garantice los derechos y libertades; *c)* subordinación o condición de cualquier forma para la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación; y *d)* el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva como norma *ius cogens*.

En ese sentido, la Corte IDH estableció que los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados, concibiéndolos como atributos inherentes a la dignidad humana e inviolables, que no se pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado. De acuerdo con el artículo

2971. *Ibidem*, párrs. 90 y 91.

2972. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 14, párr. 18.

1.1 de la CADH, es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención, por lo cualquier órgano o funcionario del Estado que lesione indebidamente uno de tales derechos, está ante el supuesto de inobservancia del deber de respeto. Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental<sup>2973</sup>.

La Corte señaló que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. En Opinión Consultiva se hace una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. Distinción se emplea para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utiliza para hacer referencia a lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación la Corte IDH ha entendido que:

*«[I]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduza a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza»<sup>2974</sup>.*

De igual manera, en la Opinión Consultiva 21, sostuvo que no habrá discriminación si:

la distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana<sup>2975</sup>.

En relación a este punto, la Corte ha establecido que la situación regular de una persona en un Estado «no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben

2973. *Ibidem*, párrs. 73, 76 y 81.

2974. *Ibidem*, párr. 87.

2975. Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21.

garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio», por lo que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes, aunque sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos<sup>2976</sup>.

En relación a la naturaleza del principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, la Corte IDH señaló que pertenece al *ius cogens*, debido a que sobre «él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico»<sup>2977</sup>, y no se admite que ningún acto jurídico entre en conflicto con dicho principio fundamental, y forma parte del derecho internacional general.

## 5. EL DERECHO AL ASILO Y LA NO DEVOLUCIÓN

### 5.1. EL DERECHO A SOLICITAR Y RECIBIR ASILO

La Corte ha considerado que el derecho a «buscar y recibir asilo», en el marco del sistema interamericano, se encuentra configurado como «un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia»<sup>2978</sup>.

La Corte IDH ha sostenido que uno de los aspectos de la soberanía de cada Estado, como una cuestión de derecho internacional, es su facultad para controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros<sup>2979</sup>, incluyendo la concesión de asilo a las personas que lo ameriten pues, como estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), el derecho a solicitar y recibir asilo «no implica garantía alguna de que éste será otorgado»<sup>2980</sup>.

2976. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, cit., párrs. 118 y 119.

2977. *Ibidem*, párr. 101.

2978. Corte IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección*, Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Serie A No. 25, párr. 132.

2979. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas, *supra*, párr. 350; ACNUR, Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados, *supra*, p. 44, TEDH, Kurić y otros c. Eslovenia, 2012, párr. 355.

2980. CIDH. Informe No. 78/11 Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, Caso

En virtud de ello, se establece como primera dimensión que es una potestad de los Estados la adopción de normatividad interna en materia de asilo y el reconocimiento de la condición de refugiado, de acuerdo a un margen discrecional.

Por otra parte, como segunda dimensión, se aborda el derecho que tiene toda persona que cumpla con la definición de refugiado o asilado, de ser protegida internacionalmente. Además, la CIDH estableció que el derecho de asilo exige que el peticionario sea oído al presentar su solicitud ante una instancia competente y que los Estados garanticen a los individuos acceso a los procedimientos tan pronto como sea posible y de manera efectiva<sup>2981</sup>.

En consecuencia, la obligación estatal en materia de asilo consiste en proporcionar un marco procesal adecuado para el trámite de las solicitudes, que ofrezca las garantías mínimas del debido proceso.

Atendiendo a los eventos más recientes de movilidad de las personas migrantes, las denominadas –caravanas–, los procedimientos de registro son la principal forma para canalizar a quienes puedan requerir exámenes individualizados y para evaluar adecuadamente temas como credibilidad o exclusión, por lo que debe realizarse lo más pronto posible<sup>2982</sup>, lo que permita identificar personas en situación de vulnerabilidad.

## 5.2. EL DERECHO A LA NO DEVOLUCIÓN

De acuerdo con el art 22.8 los Estados tienen la obligación de no devolver o expulsar a quien solicite asilo a un país donde exista la posibilidad de que sufren algún riesgo de persecución o donde puedan ser retornados al país en el que sufren dicho riesgo, es decir, «devolución indirecta»<sup>2983</sup>.

La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 establecen en el artículo 33.1 establece que «ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas»<sup>2984</sup>.

La Corte IDH ha señalado que una vez identificadas personas en situación migratoria irregular o excluidas del reconocimiento como refugiadas, antes de llevar

---

12.586, 2011, párr. 60.

2981. ACNUR, Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados, *supra*, p. 47; CIDH, Informe No. 78/11, *supra*, párr. 68; Directiva sobre procedimientos de asilo, *supra*, art. 6.2; ACNUR, «La Protección Internacional de Refugiados en las Américas», Ecuador, 2011, p. 57, y TEDH, Bader y Kanbor c. Suecia, 2005, párr. 89.
2982. ACNUR, Directrices Sobre Protección Internacional No. 11, párrs. 34 y 35, y TEDH, M. S. S. c. Bélgica y Grecia, 2011, párr. 293.
2983. Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 272, párr. 153.
2984. *Ibidem*, párr. 152.

a cabo su devolución o reubicarlas a otro país, incluso si es en el marco de cooperación internacional, debe asegurarse de que la persona solicitante haya tenido la oportunidad de argumentar su caso ante la autoridad judicial competente<sup>2985</sup> y que pueda acceder a una protección internacional acorde a su situación, mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando<sup>2986</sup>.

Por otra parte, y sobre este derecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), examina estos casos a la luz de los derechos a la vida e integridad personal dependiendo de las circunstancias particulares y del trato al que la persona corra el riesgo de enfrentarse si es deportada o extraditada. La diferencia fundamental entre estos dos derechos radica en que la perspectiva de muerte en caso de retorno debe ser prácticamente segura, mientras que en los relacionados con la integridad personal deben existir motivos fundados para creer que la persona correría un riesgo real de ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>2987</sup>. Algunos de los principios aplicables en la protección de las personas migrantes son los de no discriminación, igualdad y el principio de no devolución, y los Estados deben realizar la adopción de medidas que garanticen su cumplimiento para todas las personas.

## 6. CONCLUSIONES

A través de la jurisprudencia de la Corte IDH se ha construido un sólido andamiaje para la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y sobre las obligaciones estatales para garantizar un acceso real y efectivo a la protección de sus derechos y la justicia.

Uno de los principales desafíos para los Estados del continente es la implementación de mecanismos que garanticen el respeto de los derechos humanos de las personas en contexto de movilidad, y de acuerdo a la exigencia de los principios y estándares internacionales.

La Corte IDH ha sentado precedentes fundamentales para el cumplimiento y respeto de los derechos humanos de los migrantes, en relación a su situación de vulnerabilidad, en materia de niñas y niños, trabajadores migratorios, sobre solicitantes de asilo o refugio, lo que ha permitido no solo adoptar medidas de reparación en casos concretos de violaciones a derechos humanos, si no formar sólidos estándares para que los Estados adopten en sus prácticas y ordenamientos jurídicos internos con el objetivo de prevenir violaciones a derechos humanos.

---

2985. Corte IDH, OC-18/03, *supra*, párr. 119, y Africcan Commision of Human and People's Rights, Communication 159/96, 1997, párr. 20.

2986. Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo, *cit.*, párr. 153.

2987. Manual de Derecho europeo, *supra*, p. 74.

## *Capítulo 45*

# A proteção do recluso na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

ANA COSTA DE ALMEIDA<sup>2988</sup>

**SUMÁRIO:** 1. A PRIVAÇÃO DO BEM ESSENCIAL DA LIBERDADE: EXCECIONALIDADE, LIMITES E FINALIDADES, E A CONDIÇÃO VULNERÁVEL DO RECLUSO. 2. A TUTELA DO RECLUSO À LUZ DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS EUROPEUS E INTERNACIONAIS. 3. O ARTIGO 6.º DA CEDH: O DIREITO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS E À JUSTIÇA EM RECLUSÃO. 4. O ARTIGO 3.º DA CEDH: A PROIBIÇÃO DE TORTURAS, E DE PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Nas palavras avisadas e mesmo emblemáticas de Nelson Mandela, «Diz-se que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro das suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pela forma como trata os seus cidadãos mais elevados, mas como trata os mais rebaixados»<sup>2989</sup>.

### **1. A PRIVAÇÃO DO BEM ESSENCIAL DA LIBERDADE: EXCECIONALIDADE, LIMITES E FINALIDADES, E A CONDIÇÃO VULNERÁVEL DO RECLUSO**

A privação e a restrição do direito fundamental à liberdade – «essa cobrança jurídica de um bem ideal»<sup>2936</sup> – assumem natureza excepcional nas respetivas aplica-

2988. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Advogada. Vocal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados Portugueses (triénios 2008-2010 e 2014-2016). Membro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados Portugueses (triénio 2011-2013). Representante da Ordem dos Advogados Portugueses na Comissão de Proteção às Vítimas de Crimes (2008-2011). Representante da Ordem dos Advogados Portugueses no Conselho Consultivo do Tribunal Universitário Judicial Europeu (2010-2017). Membro do Conselho Consultivo do Provedor de Justiça enquanto Mecanismo Nacional de Prevenção, no quadro do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (2014-2017). Membro fundador do Observatório Especializado de Direitos Humanos do Conselho Regional de Coimbra da Ordem dos Advogados Portugueses (2017-2020).

2989. MANDELA, N., *Long Walk to Freedom*, Londres, Little Brown, 1994.

ção e manutenção, precisamente pela forma como contendem com o que representa princípio e valor de maior relevo num Estado de direito democrático.

Tanto a detenção, como a privação da liberdade e medidas que a esta restrinjam pautam-se e são condicionadas por pressupostos e propósitos cujos cumprimento e verificação, caso a caso, se exige sejam muito rigorosos, à luz do que, a par do direito à vida e, por inerência a este, também do direito à saúde, se sobreleva como primacial princípio e garantia que a qualquer pessoa plenamente assiste.

Já no artigo 3.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a que foi *beber* a Constituição da República Portuguesa (CRP), se proclamava, em conjuntura histórica especialmente marcante, o direito de todo o ser humano à liberdade, como igualmente consagrado no artigo 5.º da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e vincando-se a excepcionalidade da sua privação ou do que a possa coartar.

Também no artigo 9.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) se estatui que «todo o indivíduo tem direito à liberdade», como princípio basilar e apenas ressalvados motivos excepcionais e muito estritos para que se admita a privação daquele direito.

Como constante do respetivo preâmbulo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDF) «reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem». Consignando-se que o gozo desses direitos «implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras», o direito de toda a pessoa à liberdade mereceu reconhecimento e o intencionado reforço no artigo 6.º da Carta.

Espelhando também o consagrado e acautelado nos enunciados instrumentos normativos europeus e internacionais de relevo, no artigo 27.º da CRP é acolhido o direito elementar à liberdade que a todos assiste, sem que se possa olvidar que, para além do estabelecido naquele preceito constitucional, também no artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental se sublinha que «A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

Os preceitos legais relativos à privação e à restrição do direito elementar à liberdade devem conformar-se no que concretizam, bem como em sede de inter-

---

2990. FOUCAULT, M., Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão, Lisboa, Edições 70, 2021, p. 284.

interpretação e integração, não só com o que se consagra na nossa Constituição, como também com as regras europeias e internacionais de exigidos respeito e aplicação em (e por) Portugal.

A importância maior do direito à liberdade que se vem de realçar, e sendo a sua derrogação excepcional mesmo que temporariamente, é indissociável da proteção que se exige seja assegurada ao detido, cuja dignidade enquanto pessoa humana não pode, de forma alguma, ser arredada pela condição a que esteja votado de privação da sua liberdade.

No artigo 30.º, n.os 4 e 5, da CRP consigna-se que nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, e que os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) vem sublinhando que a Convenção «não fica à porta da prisão», tão pouco o fica «a justiça», sendo entendido por Estrasburgo que limitações ou restrições dos direitos dos detidos, bem como as repercussões que elas podem implicar, devem ser analisadas como fazendo parte da noção de «direitos de caráter civil»<sup>2991</sup>. Como já dizia Decazes, «A lei deve seguir o culpado na prisão para aonde ela o conduziu»<sup>2992</sup>.

Não se concebe que a detenção e a privação da liberdade possam representar uma destituição ou perda de direitos substantivos e processuais de relevo, como se num intuito de desumanização *do outro*, subversivo e *a contrario* dos princípios mais elementares em que se baseia um Estado de direito democrático.

Pelo contrário, a sujeição a detenção e a reclusão têm sido justificadamente alvo de atenção e, desde logo, porque bem se podendo apreender como *meios fechados*, longínquos de olhares e de censura, mais propiciam a violação de direitos humanos.

2991. Vide, como exemplos, o Ac. Hirst c. Reino Unido, de 6 de outubro de 2005, §§ 69-70 (tendo o TEDH considerado que a restrição do direito de voto dos presos viola o art. 3.º do Protocolo Adicional à CEDH); o Ac. Dickson c. Reino Unido, de 4 de dezembro de 2007, §§ 66-68 (tendo o TEDH concluído por que houve violação do art. 8.º da CEDH, por preterição aos requerentes, reclusos, do direito a se tornarem pais genéticos, e, assim, à realização da sua vida privada e familiar, e não valendo como justificação para a restrição a tais direitos a invocação de ofensa à opinião pública); o Ac. Enea c. Itália, de 17 de setembro de 2009, §§ 105-107 (em que o TEDH confirma e reitera, na senda de jurisprudência anterior, que «a justiça não fica à porta das prisões e [que] nada (...) pode privar os detidos da proteção do artigo 6.º»); o Ac. Stegarescu e Bahrain c. Portugal, de 6 de abril de 2010, §§ 35-39 e §§ 52 a 55 (condenatório de Portugal por violação do art. 6.º, n.º 1, da CEDH e analisada também, de forma conjugada, as apontadas violações do art. 5.º e dos n.os 2 e 3 do art. 6.º da Convenção, por preterição do direito de acesso a um tribunal aos dois requerentes, em reclusão); o Ac. Kiblisz c. Polónia, de 4 de outubro de 2016, § 354 (em que, mais uma vez, o TEDH vinca que «a Convenção não fica à porta da prisão»).

2992. DECAZES, E., «Rapport au Roi sur les prisons», Le Moniteur, (11 de abril de 1819).

Realidades, estas, de que tantos cidadãos se alheiam e, não raro, como decorrência de uma presunção sua de imunidade ao erro, pese embora este seja inerente à natureza e à condição humanas.

Longínquos que são, há muito, os horrores por que se caracterizavam os «suplícios» a que cidadãos condenados eram submetidos, a «punição pública»<sup>2993</sup> continua presente num sentimento de desprezo e intuito de castigar, senão mesmo de vingar ou retaliar, com que muitos ainda encaram o erro de outrem e a sua segregação, sem que tenham ainda logrado compreender que a prisão – «perigosa quando não é inútil» e «a solução detestável, que não sabemos como abandonar»<sup>2994</sup> – antes deverá primacialmente servir, na sua existência, a recuperação ou dita «transformação» do indivíduo, na sua humanidade e enquanto elemento útil para a sociedade, para além da prevenção geral da criminalidade.

Referia Foucault que a «necessidade de um castigo sem suplício começa por se formular como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, pelo menos uma coisa deve ser respeitada quando se pune: a sua «humanidade». Virá o dia, no século XIX, em que esse «homem» descoberto no criminoso se tornará o alvo da intervenção penal, o objeto que esta pretende corrigir e transformar, o domínio de toda uma série de ciências e práticas estranhas – «penitenciárias», «criminológicas»<sup>2995</sup>.

Nada de positivo adviria de um alheamento do que se passa para além do «muro cuidadosamente fechado, intransponível em todos os sentidos, e fechado sobre o trabalho agora misterioso da punição»<sup>2996</sup>. Para mais, quando a humanização do indivíduo, a sua consciencialização, a sua reintegração na sociedade se sobrepuiseram, enquanto princípios e objetivos a respeitar e prosseguir, ao que se reconduzisse o exercício do «poder punitivo».

Na verdade, a detenção e a vivência em reclusão mais justificam medidas, regras e decisões tendentes e adequadas a prevenir e reprimir afrontas a princípios, direitos e garantias fundamentais tendo o recluso como vítima, à revelia e mesmo em prejuízo sério do que, em caso de cumprimento de uma pena efetiva de prisão, se intencionaria alcançar enquanto propósitos de prevenção geral e especial.

---

2993. «Considerai os primeiros momentos em que a notícia de alguma ação atroz se difunde pelas nossas cidades e pelos nossos campos; os cidadãos parecem homens que veem um raio cair perto deles; todos sentem indignação e horror (...). Chega o momento de castigar o crime: não o deixai escapar; apressai-vos a prová-lo e a julgá-lo. Erguei cadasfalsos, fogueiras, arrastai o culpado pelas praças públicas, chamai o povo em altos gritos; ouvi-lo-eis então a aplaudir a proclamação dos vossos julgamentos, como se fosse a proclamação da paz ou da liberdade;vê-los-eis a acorrer a esses terríveis espetáculos como se fossem o triunfo das leis». (SERVAN, J., «Discours sur l'administration de la justice criminelle», Genebra (1767), pp. 35-36).

2994. FOUCAULT, M., *op. cit.*, p. 264.

2995. *Ibidem*, p. 86.

2996. *Ibidem*, p. 134.

## 2. A TUTELA DO RECLUSO À LUZ DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS EUROPEUS E INTERNACIONAIS

Da CEDH e dos seus Protocolos não constam direitos específicos para as pessoas encarceradas, enquanto regras estabelecidas para essa condição e essa vivência pelo ser humano, diversas e especiais que são no que as caracteriza do que sejam um *status* e um contexto de «normalidade».

O mesmo se pode constatar na CDF, ainda que lhe subjaja um reforço em sede e para efeitos de efetivo respeito por direitos humanos, e consignando-se, a início do respetivo preâmbulo, que «a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação».

Já mediante uma atenção específica, textualmente, para com a submissão à privação da liberdade, no artigo 10.º do PIDCP determina-se que «Toda a pessoa privada da liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inherente ao ser humano». Estabelece-se que «Os arguidos ficam separados dos condenados, salvo em circunstâncias excecionais e serão submetidos a um tratamento diferente, adequado à sua condição de pessoas não condenadas»,<sup>2997/2998</sup> e, ainda, que «Os arguidos menores ficam separados dos adultos e deverão ser levados a julgamento nos tribunais de justiça com a maior brevidade possível». Enquanto princípios, propósitos e regras essenciais, sublinha-se neste preceito do Pacto que «O regime penitenciário terá como finalidade o melhoramento e a readaptação social dos detidos. Os delinquentes menores estarão separados dos adultos e serão submetidos a um tratamento adequado à sua idade e condição jurídica».

- 
2997. A respeito da diferenciação entre quem esteja sujeito à medida de coação de prisão preventiva e quem já tenha sido condenado por sentença transitada em julgado, e mesmo entre quem cumpra penas ditas mais leves e mais graves, já também Foucault a defendia. Partindo de uma distinção entre «o encarceramento» e «a mera privação de liberdade», aquele mecanismo deveria ser diferenciado na respetiva forma, em atenção para com as inerentes finalidades, «consoante se trate de um suspeito ou de um condenado, de um culpado por um pequeno delito ou de um criminoso: a cadeia, casa de correção, penitenciária devem, em princípio, corresponder mais ou menos a essas diferenças» (FOUCAULT, M., *op. cit.*, p. 266). Também a este propósito: «A lei que inflige penas de diferente gravidade não pode permitir que o indivíduo condenado a penas leves seja encarcerado no mesmo local que o criminoso condenado a penas mais graves; (...) embora a pena infligida pela lei tenha como principal finalidade a reparação do crime, deseja também a correção do culpado» («Motifs du Code d'instruction criminelle», Relatório de RÉAL, G. A., p. 244).
2998. «As regras e os regulamentos prisionais são direcionados principalmente para a gestão de presos condenados. Presos preventivos presumem-se inocentes e, portanto, não devem estar sujeitos às mesmas regras e regulamentos que os presos condenados». (COYLE, A., *A Human Rights Approach to Prisons Management*, 2.ª Edição, International Centre for Prison Studies, London, 2009).

No Comentário Geral do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas n.º 21<sup>2999</sup>, de 1992, que substituiu o Comentário Geral n.º 9 do Comité adotado de 30 de julho de 1982<sup>3000</sup>, refletindo-o e mais o desenvolvendo, veio afirmar-se, em atenção para com o disposto no artigo 10.º § 3 do Pacto, que «Nenhum sistema penitenciário deve ser apenas punitivo; deve visar essencialmente a regeneração e a reinserção social do preso».

Enquanto instrumento normativo internacional de relevo, mereciam também já a atenção que lhes foi efetivamente dispensada pelo TEDH<sup>3001</sup> as *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos*, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV) de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984, foram aprovados, pela resolução 1984/47 do Conselho Económico e Social da Organização das Nações Unidas, treze procedimentos para a aplicação efetiva daquelas *Regras Mínimas*, focadas no tratamento em meio penitenciário de pessoas condenadas<sup>3002</sup>.

Em 17 de dezembro de 2015, viriam a ser adotadas (alteradas), pela resolução 70/175 da Assembleia Geral das Nações Unidas, as *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos*, também apelidadas de «Regras de Nelson Mandela». Como primeiro princípio básico, realça-se que «Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano. Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância». (Regra 1). E mais se consignou, enquanto regra e princípio

2999. «Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies», HRI/GEN/1/Rev.9. Vol. I, 27 de maio de 2008, p. 202.

3000. *Ibidem*, p. 180.

3001. Como exemplos, o *supra* mencionado Ac. Dickson c. Reino Unido, de 4 de dezembro de 2007, § 30; e o Ac. Khoroshenko c. Rússia, de 30 de junho de 2015, § 73.

3002. A título de recomendações internacionais, não deverá também deixar de se atentar nas *Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados da Liberdade*, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/113, de 14 de dezembro de 1990, que, como consignado no ponto 3 do respetivo preâmbulo, «têm como objetivo estabelecer um conjunto de normas mínimas aceites pelas Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade sob qualquer forma, compatíveis com os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e destinadas a combater os efeitos nocivos de todos os tipos de detenção e a promover a integração na sociedade», e realçando-se, logo *ab initio*, que «A prisão só deve ser utilizada como medida de último recurso». E, ainda, nas *Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Reclusas e Medidas não Privativas da Liberdade para Mulheres Delinquentes* («Regras de Banguecoque»), que, por resolução 2010/16, de 22 de julho de 2010, o Conselho Económico e Social recomendou à Assembleia Geral das Nações Unidas, e que complementam as *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos* e as *Regras mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade* («Regras de Tóquio»), adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990.

elementares a efetivamente considerar, que «A detenção e quaisquer outras medidas que excluem uma pessoa do contacto com o mundo exterior são penosas pelo facto de, ao ser privada da sua liberdade, lhe ser retirado o direito à autodeterminação. Assim, o sistema prisional não deve agravar o sofrimento inerente a esta situação, exceto em casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos casos em que seja necessário manter a disciplina». (Regra 3). Estabelece-se também expressamente que, em sede e para efeitos de aplicação das *Regras Mínimas*, devem vingar a imparcialidade, bem como o princípio da igualdade nas suas diversas vertentes (Regra 2).

Assumi, e assume, também indubitável relevância o Protocolo de Istambul das Nações Unidas: *Manual para a Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos*. Submetidos ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos a 9 de agosto de 1999, os «Princípios de Istambul» vieram a ser acolhidos em resoluções da Comissão para os Direitos Humanos e da Assembleia Geral das Nações Unidas. Trata-se do primeiro conjunto de diretrizes internacionais para a investigação e a documentação da tortura, suas consequências físicas e psicológicas, e em que também o TEDH atenta<sup>3003</sup>.

Ainda que da CEDH e dos seus Protocolos adicionais não constem direitos e garantias especificamente para quem seja ou esteja privado da liberdade, a Convenção fornece orientações para a prossecução e efetivação de princípios direcionados para a posição interna do recluso e para o que deve merecer especial atenção face ao que caracteriza a realidade e o meio penitenciário.

A proibição de submissão a torturas, a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes é indissociável do respeito basilar pela dignidade da pessoa humana, bem como da própria excepcionalidade da condição de privação do direito fundamental à liberdade. Proibição, essa, com consagração expressa no artigo 3.º da CEDH, sendo que já também nos artigos 5.º e 6.º da DUDH se proclamava que «Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante» e que «Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei».

No mesmo sentido do acautelado no aludido artigo 3.º da Convenção, sob a forma de veemente proibição e atenta a dignidade que assiste a toda a pessoa humana, também o que se expressa no artigo 7.º do PIDCP e o que se reafirmou no artigo 4.º da CDF.

Acrescem as muitas Recomendações, Resoluções e Diretivas que se foram e vêm sucedendo, bem como Tratados com indubitável relevância em sede e para efeitos de proteção da pessoa privada da liberdade, como o foram, e são, a *Convenção relativa à Transferência de Pessoas Condenadas*, de 21 de março de 1983; o *Protocolo Adicional da Convenção relativa à Transferência de Pessoas Condenadas*, de 18 de dezembro de 1997; a *Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes*, de 26 de novembro de 1987; e, também com alguma importância neste

---

3003. Vide, como exemplo, o Ac. Bati e Outros c. Turquia, de 3 de junho de 2004, § 100.

âmbito, a Carta Social Europeia adotada em 1961 e revista em 1996, nomeadamente, no que respeita ao «direito ao trabalho» do recluso e em contexto prisional, visto o se se estabelece no artigo 1.º deste tratado.

Enquanto instrumentos normativos criados pelo Conselho da Europa e pela União Europeia para possibilitar e facilitar, no âmbito de um processo necessariamente equitativo e atualmente *judicializado*, que os condenados cumpram as suas penas nos respetivos países de origem, próximos das suas famílias, da sua cultura, de afetos, de lugares e de meio que lhes são conhecidos, pelo que também de forma mais profícua e tendente à sua plena reintegração social, não se deverá olvidar, para além da *Convenção relativa à Transferência de Pessoas Condenadas*<sup>3004</sup> e do *Protocolo Adicional à Convenção*<sup>3005</sup> a que *supra* se aludiu, a Decisão-Quadro 2008/909/JAI do Conselho, de 27 de novembro de 2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia<sup>3006</sup>, com a redação que lhe foi dada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009<sup>3007</sup>, mediante a qual se reforçam também os direitos processuais das pessoas<sup>3008</sup>.

As *Regras Penitenciárias Europeias* adotadas em 12 de fevereiro de 1987 (Recomendação No. R (87) 3 – «as Regras de 1987»)<sup>3009</sup> e a sua nova versão adotada pelo Comité de Ministros em 11 de janeiro de 2006 (Recomendação Rec(2006)2 – «as Regras de 2006»), têm também merecido, amiúde, consideração e alusão expressas na jurisprudência do TEDH<sup>3010</sup>, enquanto recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros quanto ao que são normas e padrões mínimos a aplicar em sede de tratamento penitenciário, por que deverão orientar a sua legislação e política nacionais nessa área. E mais se intencionando que cada Estado-Membro pugne por uma ampla divulgação das «Regras» junto das suas autoridades judiciárias, de funcionários dos serviços prisionais e de reclusos.

---

3004. Conselho da Europa, STCE n.º 112, de 1983.

3005. Conselho da Europa, STCE n.º 167, de 1997.

3006. JO L 327 de 5.12.2008.

3007. JO L 81 de 27.3.2009.

3008. Veja-se também, nomeadamente, o Ac. Somogyi c. Hungria, de 11 de janeiro de 2011 (em que o requerente passou mais tempo preso na Hungria do que deveria em sede de execução da pena que lhe tinha sido aplicada em Itália, após a sua transferência para aquele seu país de origem).

3009. Uma primeira tentativa de introduzir, a nível europeu, regras e padrões mínimos para o tratamento de reclusos remonta ao ano de 1973, através da Resolução No. R(73)5 do Comité de Ministros, numa intencionada *adaptação* das *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos*, inicialmente formuladas em 1955 e aprovadas 1955, e aprovadas pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas através da sua resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957.

3010. Vide, a título exemplificativo e elucidativo, o já acima mencionado Ac. Dickson c. Reino Unido, de 4 de dezembro de 2007, §§ 31-36; e o Ac. Stummer c. Áustria, de 7 de julho de 2011, §§ 49-58.

Como destacava o TEDH, por alusão ao Comentário do Comité Europeu sobre Problemas Criminais (CDPC)<sup>3011</sup> sobre a Recomendação Rec(2006)2 («as Regras de 2006»), «a Regra 2 enfatiza que a perda do direito à liberdade não deve levar a uma suposição de que os presos perdem automaticamente outros direitos políticos, civis, sociais, económicos e culturais: na verdade as restrições devem ser tão poucas quanto possível. A Regra 5, observa o comentário, sublinha os aspetos positivos na normalização, reconhecendo que, embora a vida na prisão nunca possa ser igual à vida numa sociedade livre, medidas ativas devem ser tomadas para tornar as condições na prisão o mais próximas possível da vida normal». E, também por referência ao Comentário, na Regra 6 reconhece-se que «os reclusos, tanto preventivos como condenados, eventualmente regressarão à comunidade e que a vida na prisão deve ser organizada tendo isto em mente»<sup>3012</sup>.

A revisão das *Regras Penitenciárias Europeias* operada em 1 de julho de 2020 (Recomendação Rec(2006)2-rev) acolheu e amparou as normas contidas nas recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros respeitantes a aspetos específicos da política e da prática penitenciárias, e, em particular, as Recomendações Rec(89)12, sobre a educação na prisão; Rec(93)6, sobre os aspetos prisionais e criminológicos do controlo de doenças transmissíveis, incluindo a SIDA e problemas de saúde conexos na prisão; Rec(97)12, sobre o pessoal envolvido na aplicação de sanções e medidas; Rec(98)7, sobre os aspetos éticos e organizacionais dos cuidados de saúde em meio prisional; Rec(99)22, referente à sobrelotação e à inflação da população prisional; Rec(2003)22, sobre a liberdade condicional (liberdade condicional); e Rec(2003)23, sobre a gestão pela administração prisional da pena de prisão perpétua e de outras penas de longa duração.

E foram, também então, aprovadas as seguintes Recomendações do Comité de Ministros aos Estados-Membros: Rec(2006)13, relativa à utilização da prisão preventiva, às condições em que esta tem lugar e à previsão de salvaguardas contra abusos; CM/Rec(2008)11, sobre as Regras Europeias para delinquentes juvenis sujeitos a sanções ou medidas; CM/Rec(2010)1, sobre as Regras de Liberdade Condicional do Conselho da Europa; CM/Rec(2012)5, sobre o Código Europeu de Ética para o Pessoal Prisional; CM/Rec(2012)12, sobre reclusos estrangeiros; CM/Rec(2014)3, sobre delinquentes perigosos; CM/Rec(2014)4, sobre vigilância eletrónica; CM/Rec(2017)3, sobre as Regras Europeias referentes a sanções e medidas comunitárias; e CM/Rec(2018)5, sobre crianças com pais presos.

Para além disso, foram, então, igualmente aprovadas as Diretrizes para os serviços prisionais e de liberdade condicional sobre radicalização e extremismo violento adotadas pelo Comité de Ministros em 2016.

A título de medidas que vêm sendo adotadas a nível europeu para salvaguarda e efetivação dos direitos que assistem à pessoa privada da sua liberdade, em atenção

3011. Criado em 1958 e encarregado pelo Comité de Ministros de supervisionar e coordenar as atividades do Conselho da Europa nos campos de prevenção e repressão da criminalidade.

3012. Cfr. Ac. Dickson c. Reino Unido, de 4 de dezembro de 2007, § 31.

para o que seja a exigida equidade processual, e consideradas as evidentes limitações e maior fragilidade decorrentes daquela condição, importa também mencionar a Resolução de 30 de Novembro de 2009 do Conselho da União Europeia (2009/C 295/01), por que se estabeleceu um «Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais» («Road Map»), bem como as Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho que vieram a ser aprovadas em conformidade.

Reforçando direitos e garantias do suspeito e do acusado no âmbito do processo penal, e também em sede de execução de Mandado de Detenção Europeu (MDE)<sup>3013</sup>, merecem aqui menção a Diretiva 2010/64/UE de 20 de outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal<sup>3014</sup>; a Diretiva 2012/13/UE de 12 maio de 2012, relativa ao direito à informação em processo penal<sup>3015</sup>; a Diretiva (UE) 2016/1919 de 26 de outubro de 2016, relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus<sup>3016</sup>; a Diretiva 2013/48/UE de 22 de outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares<sup>3017</sup>; a Diretiva (UE) 2016/800 de 11 de maio de 2016, relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal<sup>3018</sup>; e ainda a Diretiva (UE) 2016/ /343, de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, sobretudo, quanto ao que estabelece a respeito da própria forma de *exibição* de pessoa detida em diligências e da coação física sobre a mesma<sup>3019</sup>.

É de assinalar que as Medidas do «Roteiro», como concretizadas nas elencadas diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho, visam que sejam efetivamente assegurados, em consonância com a própria jurisprudência do TEDH, o que são garantias e direitos mínimos de cujo respeito depende o direito elementar a um processo equitativo, e sempre mediante justificada atenção para com a situação de coartação ou privação da liberdade, sem que as inerentes limitações possam levar a preclusão ou violação dos próprios direitos processuais fundamentais que assistem à pessoa detida.

---

3013. Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (JO L 190 de 18.7.2002, p. 1).

3014. JO L 280 de 26.10.2010.

3015. JO L 142 de 1.6.2012.

3016. JO L 297 de 4.11.2016.

3017. JO L 294 de 6.11.2013.

3018. JO L 132 de 21.5.2016.

3019. JO L 65 de 11.3.2016.

### 3. O ARTIGO 6.º DA CEDH: O DIREITO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS E À JUSTIÇA EM RECLUSÃO

Foi, precisamente, nos direitos relacionados com o acesso aos tribunais e à justiça que se focou, primeiramente, Estrasburgo nas queixas que lhe eram submetidas, e não sobre as condições das prisões (ou que fossem vivenciadas sob detenção ou em reclusão). O que, de acordo com Dirk van Zyl Smit<sup>3020</sup>, ter-se-á devido ao facto de, nos primeiros trinta anos, apenas quinze casos relacionados com as prisões terem sido apresentados ao TEDH<sup>3021</sup>. Entendimento, este, que também perfilhamos e que, de resto, se mostra consistente atenta a subsequente e atual jurisprudência do Tribunal Europeu, com condenações (também) de Portugal por violação do próprio artigo 3.º da Convenção.

O caso *Golder c. Reino Unido* (queixa n.º 4451/70), primeiro a ser levado a Estrasburgo, é elucidativo do enfoque inicial do Tribunal Europeu em matérias relacionadas com os tribunais e, nomeadamente, no âmbito do que era, e é, o direito fulcral a um processo justo e equitativo, como consagrado no artigo 6.º da Convenção, muito em função também do objeto das queixas que lhe eram submetidas para apreciação e decisão.

Sidney Elmer Golder, em cumprimento de uma pena de quinze anos de prisão no Estabelecimento Prisional de Parkhurst, na Ilha de Wight, pretendia propor uma ação civil contra um funcionário dos serviços penitenciários que o acusara de ter participado em distúrbios graves ocorridos no dia 24 de outubro de 1969 na área de recreação do estabelecimento prisional. Foi-lhe negada autorização para consultar um advogado, ou seja, o direito a assistência jurídica, assim tendo sido também impedido de aceder aos tribunais e à justiça. No seu relatório, a então ainda existente Comissão Europeia de Direitos Humanos<sup>3022</sup> emitiu parecer em que, por unanimidade, considerava estar-se perante uma violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, e no qual consignava que não existem «limitações ao direito de um preso condenado a instaurar um processo e de ter, para o efeito, acesso irrestrito a um advogado»<sup>3023</sup>. Ainda que já não unanimemente, considerou também a Comissão que teria havido uma violação do artigo 8.º da Convenção,

3020. Enquanto orador sobre o subtema «Visão geral das questões de detenção na Europa e do nível de proteção acordado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem», no âmbito do Seminário Internacional subordinado ao tema «Melhorar as condições de detenção», cuja realização em Estrasburgo, em 20 e 21 de junho de 2013, foi promovida pela Academia de Direito Europeu (ERA), em cooperação com a *Fair Trials International* (FIT) e com o Conselho da Europa.

3021. Cf. Relatório sobre o Seminário Internacional «Melhorar as condições de detenção», Estrasburgo, 20 e 21 de junho de 2013 (Relat-102/2013, tendo como instrutor Correia, Paulo A.), in Coletânea «Melhorar as condições de detenção», I Volume, Inspeção-Geral da Administração Interna, p. 8.

3022. Extinta em 1998 pelo Protocolo n.º 11 à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), relativo à reestruturação do mecanismo de controlo estabelecido pela Convenção.

3023. Cf. Ac. *Golder c. Reino Unido*, de 21 de fevereiro de 1975, § 21.

de forma conjugada com o artigo 6.º, pela forma como o recluso foi impedido de sequer contactar um advogado por meio de correspondência.

O TEDH considerou, por maioria (nove votos a favor), que o Reino Unido incorreu em violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, em que são definidas garantias processuais colocadas à disposição das partes de um litígio e sendo o direito de acesso aos tribunais inerente ao direito elementar a um processo equitativo. Afirma-se no acórdão em causa que «Esta não é uma interpretação extensiva que impõe novas obrigações aos Estados-Partes: baseia-se nos próprios termos da primeira frase do artigo 6 parágrafo 1 (art. 6-1) lido no seu contexto e tendo em conta o objeto e a finalidade da Convenção, um tratado legislativo (veja-se o julgamento de Wemhoff de 27 de junho de 1968, Série A, n.º 7, p. 23, parágrafo 8), e os princípios gerais de direito»<sup>3024</sup>.

Para além disso e já por unanimidade, o Tribunal Europeu decidiu que houve violação do artigo 8.º da Convenção, ainda que de forma ponderada e conjugada com o acautelado no artigo 6.º, «na medida em que a correspondência do requerente com o advogado teria sido uma etapa preparatória para a instauração de um processo judicial civil e, portanto, para o exercício de um direito consagrado num outro artigo da Convenção, ou seja, o artigo 6.º (art. 6.º)»<sup>3025</sup>.

Lê-se ainda no mesmo acórdão condenatório do Reino Unido que «O princípio segundo o qual uma ação civil deve poder ser submetida a um juiz é um dos princípios fundamentais do direito universalmente «reconhecidos»; o mesmo se aplica ao princípio do direito internacional que proíbe a denegação de justiça. O artigo 6.º, parágrafo 1 (art. 6-1) deve ser lido à luz destes princípios». Já neste primeiro caso *Golden c. Reino Unido, Estrasburgo* considerava que o artigo 6.º da CEDH «assegura a todos o direito de qualquer reclamação relacionada com os seus direitos civis e obrigações perante um tribunal»<sup>3026</sup>.

Por Acórdão do TEDH de 6 de abril de 2010 (caso *Stegarescu e Bahrain c. Portugal*), o Estado Português foi condenado por violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, numa apreciação conjunta de quanto também consagram os artigos 5.º e 6.º, n.os 2 e 3, daquele instrumento normativo fundamental. Os dois requerentes, em cumprimento de penas de prisão, foram sujeitos a regime máximo de segurança durante mais de meio ano e dele foram liberados sempre sem explicitação de motivo concreto, sem acesso às decisões da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais<sup>3027</sup>, sem possibilidade de exercício de um direito próprio de defesa e de contestação do isolamento a que foram forçados. O encarceramento em celas de segurança máxima, fechados e isolados 23 horas por dia, a que os requerentes foram votados por decisão proferida ao abrigo do artigo 115.º do então ainda vigente Decreto-Lei 265/79, de 1 de agosto, sem possibilidade de acesso aos tribunais, implicava, enquanto forma mais penosa

3024. *Ibidem*, § 35.

3025. *Ibidem*, § 45.

3026. *Ibidem*, § 36.

3027. Então, Direção-Geral dos Serviços Prisionais.

de cumprimento de pena de prisão, uma indubitável restrição de direitos civis<sup>3028</sup>. Também quanto a este caso, o Tribunal Europeu enfatizou que «a justiça não fica à porta das prisões e [que] nada (...) pode privar os detidos da proteção do artigo 6.º».

Como constatado e consignado por Estrasburgo no Acórdão de 6 de abril de 2010, por referência à legislação interna então em vigor, «O Decreto-Lei n.º 265/79 não prevê nenhuma via de recurso para as decisões em matéria de segurança. O detido dispõe, no entanto, da possibilidade de apresentar «exposições» ao diretor e aos funcionários do estabelecimento prisional bem como aos inspetores dos serviços prisionais (artigo 138.º) e ao juiz do tribunal de execução das penas (artigo 139.º)»<sup>3029</sup>. O que, de resto, foi feito por ambos os reclusos<sup>3030</sup> e, inclusivamente, dirigindo também exposições ao Tribunal de Execução das Penas, com competência especializada para o exercício de jurisdição em matéria de execução de penas de prisão, velando por adequada e eficaz prossecução dos propósitos por que se rege o seu cumprimento<sup>3031</sup>. Mas sem que estivesse previsto e fosse admitido aos próprios visados recorrer da decisão dos Serviços Prisionais de colocação em regime máximo de segurança ao abrigo do artigo 115.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de agosto, à revelia do direito a um processo equitativo como consagrado no artigo 6.º da Convenção e também consideradas, em especial, as passagens e orientações pertinentes da já acima mencionada Recomendação Rec(2006)2 sobre as Regras Penitenciárias Europeias, adotada em 11 de Janeiro de 2006 pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, aquando da sua 952.ª reunião dos Delegados dos Ministros<sup>3032</sup>.

No caso *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, o TEDH sublinhou, mais uma vez, que «a Convenção tem o objetivo de proteger direitos não teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos, o que vale, em particular, para o direito de acesso aos tribunais, tendo em conta a posição eminentemente que o direito a um processo equitativo ocupa numa sociedade democrática (*Airey c. Irlanda*, 9 de outubro de 1979, § 24, série A n.º 32)»<sup>3033</sup>. E que «a existência de um processo judicial que permita impugnar atos que tenham repercussões importantes sobre os direitos civis dos detidos é necessária para obter o justo equilíbrio entre, por um lado, a consideração pelos constrangimentos do

3028. «37. Debruçando-se sobre as circunstâncias do processo, o Tribunal constata, em primeiro lugar, que a colocação dos detidos em cela especial de segurança implicou que houvesse, para além do isolamento em si próprio e de acordo com as informações fornecidas pelos requerentes e não contestadas pelo Governo, a restrição das visitas a uma hora por semana – e apenas por conversação através de um vidro –, a restrição do passeio a uma hora por dia e a impossibilidade, no caso do primeiro requerente, de prosseguir os seus estudos e de realizar os seus exames. 38. Aos olhos do Tribunal, são restrições «que afetam os direitos de carácter civil do individuo». Tais limitações dos direitos dos detidos, bem como as repercussões que elas podem implicar, devem ser analisadas como fazendo parte da noção de «direitos de carácter civil» (*Enea*, acima mencionado, § 106)».

3029. Ac. *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, de 6 de abril de 2010, § 20.

3030. *Ibidem*, §§ 8-15.

3031. *Ibidem*, § 12.

3032. *Ibidem*, § 28.

3033. *Ibidem*, § 49.

mundo prisional a que o Estado deve fazer face e, por outro lado, a proteção dos direitos do detido (ver o parágrafo 36 acima e *Enea*, acima mencionado, § 106)»<sup>3034</sup>.

Não deixou o TEDH também de analisar o que, em sede de «reforma da legislação relativa à execução das penas levada a cabo pelo Governo e da intenção deste em reforçar os direitos dos detidos», se veio estabelecer no Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, cujo respetivo projeto de lei o Governo Português invocara e apresentara, ainda na pendência da queixa em Estrasburgo. Analisada a nova «lei», entretanto já publicada e entrada em vigor, bem como a própria exposição de motivos que fora submetida ao Parlamento, o Tribunal Europeu considerou que, contrariamente ao alegado e pretendido pelo Governo Português, não se prevenia ou sanava, mesmo que para o futuro, o que sustentara a queixa dos dois requerentes. O que potenciava mais violações semelhantes de direitos humanos.

Como se lê no mesmo Acórdão de 6 de abril de 2010, «O artigo 200.º do novo Código de Execução de Penas e das Medidas Privativas da Liberdade prevê que as decisões dos serviços prisionais são impugnáveis, perante o tribunal de execução das penas. (...) No que se refere à colocação do detido em regime de segurança, os artigos 15.º e 197.º a 199.º do novo código determinam a comunicação, no prazo de 24 horas, destas decisões ao Ministério Público, o qual deve proceder à verificação da sua legalidade. Se o considerar necessário, o Ministério Público remete ao tribunal de execução das penas um pedido de anulação da decisão»<sup>3035</sup>. Tal como bem concluiu e *advertisiu* o Tribunal Europeu, a «reforma» então levada a cabo e de que tomou nota «não parece prever nenhum direito de recurso pessoal do detido contra a decisão de o colocar em regime especial de segurança»<sup>3036</sup>. De facto, a «reforma» *bastou-se* com uma obrigação de comunicação da aplicação administrativa de tal medida ao Ministério Público junto do Tribunal de Execução das Penas para verificação da sua legalidade e, se assim o entendesse, impugnar decisão que ao recluso direta e pessoalmente afetava. A este poderia mesmo ser recusado acesso aos documentos que pretensamente sustentem a sujeição a regime de segurança e inerente restrição maior de direitos civis.

Por Acórdão do Tribunal Constitucional 20/2012, de 12 de janeiro de 2012<sup>3037</sup>, foi julgada «inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 20.º, n.º 1, e 30.º, n.º 5, da Constituição, a norma do artigo 200.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro), quando interpretada no sentido não ser impugnável a decisão administrativa de manutenção do recluso em regime de segurança». Em sede de fundamentação, o Tribunal Constitucional atentou no ponderado e decidido, no mesmo sentido, pelo TEDH no caso *Stegarescu e Bahrain c. Portugal*, a que alude naquele seu acórdão,

---

3034. *Ibidem*, § 50.

3035. *Ibidem*, § 27.

3036. *Ibidem*, § 51.

3037. Publicado in Diário da República, Série II, N.º 4, de 27 de fevereiro de 2012, pp. 6973-6977.

proferido em consideração também para com o que decorre do próprio estatuto constitucional do recluso<sup>3038</sup>.

#### **4. O ARTIGO 3.º DA CEDH: A PROIBIÇÃO DE TORTURAS, E DE PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES**

Pese embora a condenação de Portugal no caso *Stegarescu e Bahrin c. Portugal* tenha resultado, atento o próprio objeto da queixa dos requerentes, da violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, numa apreciação conjunta do que se prevê também nos artigos 5.º e 6.º, n.os 2 e 3, do mesmo instrumento normativo, importa referir que dificilmente se concebe como a manutenção da submissão de um recluso a regime de segurança máxima se possa coadunar com o propósito primacial de ressocialização por que é norteada a aplicação de uma pena de prisão efetiva. Ainda que sopesando-o face ao que sejam necessidades, devidamente justificadas e fundamentadas, de ordem e segurança, «evidencia-se tratar-se de regime tortuoso, profundamente desumano, potencial e efetivamente desestabilizador e perturbador a níveis psíquico, emocional e mesmo físico, gerador de danos notórios e de previsíveis sequelas, desse modo afrontando seriamente, e podendo mesmo comprometer, a intencionada reinserção

3038. «Mas a razão decisiva para o problema em apreciação decorre do próprio estatuto constitucional do recluso. Embora o citado n.º 5 do art. 30.º da Constituição não se refira expressamente à tutela judicial, pode dizer-se que «tal tutela estará sempre pressuposta em todo o seu conteúdo» (assim Damião da Cunha, *op. cit.*, 691). Na verdade, o direito de acesso ao tribunal não é mais do que a garantia adjetiva necessária à efetivação dos direitos fundamentais do recluso e, por isso, é necessariamente um dos direitos cuja titularidade o recluso mantém. No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), no caso *Stegarescu e Bahrin c. Portugal* (Ac. de 06.04.2010, Recurso n.º 46194/06), em que os requerentes invocavam, além do mais, não ter tido possibilidade de impugnar contenciosamente as decisões dos serviços prisionais que determinaram a sua transferência para unidades prisionais diferentes daquela a que estavam inicialmente afetos e a sua colocação em quartos de segurança (à data deste Acórdão ainda estava em vigor o Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de agosto, que antecedeu o atual CEPML). O TEDH decidiu ter ocorrido violação do art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ainda que salientando que o «direito a um tribunal» não é um direito absoluto e que os Estados gozam de uma certa margem de apreciação no estabelecimento de limitações no acesso aos tribunais, desde que essas restrições sejam justificadas e proporcionais e não limite de tal forma o acesso a ponto de porem em causa a substância do próprio direito. Em aplicação desse critério, e apoianto-se em jurisprudência anterior, concluiu o Tribunal que a existência de um processo judicial que permita ao recluso impugnar os atos com repercussões importantes sobre os seus direitos civis é uma exigência do justo equilíbrio entre, por um lado, as restrições necessárias à administração do meio penitenciário e, por outro, os direitos do recluso. Também o ponto 70.3. da «Recomendação REC(2006)2 do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre as Regras Penitenciárias Europeias» (adotada na 952.ª reunião de Delegados dos Ministros, de 11 de janeiro de 2006) prevê que o recluso tenha o «direito de recorrer» das decisões que o afetem para uma «entidade independente». Conclui-se, assim pela desconformidade constitucional de uma interpretação normativa do art. 200.º do CEPML no sentido de a decisão de manutenção do regime de segurança não ser impugnável».

social»<sup>3039</sup>. Indaga-se que cidadãos se pretende ou se espera que sejam *devolvidos* à Sociedade de que foram tão afastados, votados a isolamento, deixados à margem do mundo exterior, com as marcas vivenciadas e que neles persistirão, enquanto sequelas nocivas, por força da submissão, e não raro ao longo de anos, a uma forma de reclusão que se afigura verdadeiramente *tortuosa*. E, isto, mesmo quando alguns dos visados pelo regime de isolamento estão ainda presos preventivamente, presumindo-se inocentes, e até quando nunca antes tinham sido ou estado sequer detidos.

Não aprofundaremos, neste trabalho, o que muito mais importaria, e importa, referir e debater sobre o regime de isolamento, como também aplicado no Estabelecimento Prisional de Monsanto, classificado, em 15 de maio de 2007, por despacho do então Ministro da Justiça, como Estabelecimento Prisional de Segurança Máxima, único em Portugal.

Ainda assim, sempre é aqui de destacar a atenção que vem sendo dispensada pelo Comité Europeu para Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos e Degradantes (CPT) ao regime de isolamento a que sejam sujeitos reclusos, considerando também o Comité que «pode ter um efeito extremamente prejudicial na saúde mental, somática e social das pessoas em causa», pelo que, também logo por isso, enfatizando que «apenas deverá ser imposto em circunstâncias excepcionais, como último recurso e pelo menor tempo possível»<sup>3040</sup>.

O Comité remete também, a esse respeito, para o que resultou demonstrado em função do trabalho de investigação de Sharon Shalev, como por esta criminóloga e conselheira em matéria de Direitos Humanos é bem sintetizado<sup>3041</sup>. No seu website dedicado a examinar a prática do isolamento, sobressaem logo como considerações conclusivas da pesquisa a que se tem dedicado e o que mais a fomenta que: «Com exceção da pena de morte, o regime de isolamento é a sanção mais extrema que pode ser imposta a um preso. Os efeitos adversos do regime de isolamento na saúde e no bem-estar daqueles que ao mesmo são sujeitos, sobretudo por longos períodos, podem ser muito graves». E, mesmo assim, «nas últimas duas décadas assistiu-se a um aumento do uso de um severo, e muitas vezes prolongado, regime de isolamento nas prisões e outros lugares de detenção pelo mundo. Trata-se de um desenvolvimento preocupante com potenciais consequências danosas, não só para o indivíduo em questão – mas também para as comunidades em geral para as quais ele irá por fim regressar»<sup>3042</sup>.

Atendendo às especiais preocupações que a sujeição a regime de isolamento efetivamente devem suscitar, o CPT estabeleceu regras mínimas para a *utilização* do

3039. COSTA DE ALMEIDA, A., «1973 dias de isolamento», in *ETC e TAL Jornal*, Edição 152.º, Porto, (1 de novembro de 2020).

3040. Comité para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos e Degradantes (CPT), «21.º Relatório Geral», publicado em 2011 (CPT/Inf(2011)28-part2), §§ 53 e 64.

3041. SHALEV, S., *A Source on Solitary Confinement*, Mannheim Centre for Criminology, Londres, 2008.

3042. In [www.solitaryconfinement.org](http://www.solitaryconfinement.org)

regime de isolamento, e sobre o que importa dever ser assegurado e acautelado face à sua aplicação, vincadamente excepcional e pelo menor tempo possível, por forma a obviar ao que mais contenda (ainda) com instrumentos normativos europeus e internacionais, e a jurisprudência do TEDH<sup>3043</sup>.

Para além do conhecimento e da consciencialização que foram sendo adquiridos e difundidos sobre o «papel» do TEDH, com consequente aumento muito significativo de queixas, de objeto diverso e preciso nas alegadas violações dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus Protocolos, em muito contribuiu também o trabalho desenvolvido pelo CPT para que o Tribunal Europeu passasse a pronunciar-se sobre as próprias condições das prisões, e já não só sobre o que fossem, e sejam, direitos fundamentais de caráter civil dos detidos.

Os reclusos têm sido reconhecidos pelo TEDH como pessoas numa situação vulnerável<sup>3044</sup>, reiterando o Tribunal que cada Estado é responsável pela proteção das pessoas detidas, devendo as suas autoridades zelar e atuar por forma a reprimir – e prevenir – maus tratos de que aquelas possam ser vítimas no seio do meio penitenciário.

Na veemente proibição que contém, o artigo 3.º da CEDH não se cinge ou *prende* ao que sejam eventuais ofensas à integridade física e/ou psicológica e emocional do recluso, antes sendo direcionado para tudo o que represente ou consubstancie formas de tortura, e penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, causadores ou potenciadores também de danos daquelas índoles.

Nos últimos quatro anos, têm-se sucedido condenações do Estado Português por violação do artigo 3.º da CEDH, atentas as condições das prisões a que os requerentes foram votados<sup>3045</sup>. O que seria até expectável atendendo ao que já era internamente relatado e reportado sobre a situação das prisões em Portugal, e, inclusivamente, também em relatório apresentado, em 2018, à Assembleia da República pelo Provedor de Justiça, enquanto Mecanismo Nacional de Prevenção nos termos do artigo 17.º do *Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradiantes*<sup>3046</sup>.

Também os relatórios periódicos e as recomendações do CPT<sup>3047</sup> iam elucidando, desde há muito, sobre o que viria o TEDH a constatar e decidir representar efetivamente.

3043. Comité para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos e Degradiantes (CPT), «21.º Relatório Geral», publicado em 2011 (CPT/Inf(2011)28-part2), §§ 53-64.

3044. *Vide*, como exemplos, Ac. Berkay c. Turquia, de 1 de março de 2001, § 167; Ac. Algür c. Turquia, de 22 de outubro de 2002, § 44; Ac. Mikadze c. Rússia, de 7 de junho de 2007, § 109; Ac. Renolde c. França, de 16 de outubro de 2008, § 93; e Ac. Aliev c. Geórgia, de 13 de janeiro de 2009, § 97.

3045. Cf. Ac. Petrescu c. Portugal, de 3 de dezembro de 2019; Ac. Badulescu c. Portugal, de 20 de outubro de 2020; Ac. Da Silva Santos Pereira e Diamantino da Silva contra Portugal, de 9 de junho de 2022; Ac. Ribeiro dos Santos, Jevdokimovs c. Portugal, de 15 de setembro de 2022.

3046. *Vide* Ac. Petrescu c. Portugal, de 3 de dezembro de 2019, §§ 35-41.

3047. Cf. Ac. Petrescu c. Portugal, de 3 de dezembro de 2019, §§ 49-52.

vamente violação do artigo 3.º da CEDH, face às concretas queixas que lhe foram submetidas, desvendando e iluminando o que se passa, para além do «muro alto», nos estabelecimentos prisionais portugueses.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade penitenciária e o tratamento a que é votado o detido ou recluso não pode, nem deve ser indiferente à Sociedade, antes merecendo justificada atenção, sob pena de se desvirtuar ou mesmo subverter o sistema penal e as próprias finalidades que sustentam a existência, em si, da pena de prisão, as suas aplicação e execução.

Como já referímos no ano de 2010 e mais resulta reforçado pelas condenações que se vão sucedendo do Estado Português: «Propósitos de prevenção geral e especial muito dificilmente serão atingidos se o próprio sistema se mostrar desnecessária e injustamente agressivo, aplicando puros castigos, sem justificação, aceitabilidade e compreensão possíveis, mesmo pelos reclusos. Nenhum benefício advirá para a Sociedade se os direitos humanos forem desrespeitados em meio penitenciário, numa afronta aos próprios objetivos que determinam a permanência em reclusão»<sup>3048</sup>.

Recuando a inícios do século XIX, porquanto ainda se revela bem atual e pertinente, «O sentimento de injustiça que um prisioneiro sofre é uma das causas que mais lhe podem tornar indomável o caráter. Quando se vê assim vítima de sofrimentos que a lei não ordenou nem previu, entra num estado habitual de ira contra tudo aquilo que o rodeia; em todos os agentes de autoridade, só vê carrascos; já não acredita ter sido culpado: acusa a própria justiça»<sup>3049</sup>.

O sistema deverá revelar-se sensível tanto aos objetivos, como aos efeitos da privação do bem essencial da liberdade, sobrelevando a humanidade e o respeito pelo outro que se pretende sejam incutidos no condenado, e que não se percam no detido. O que apenas se logrará mediante uma atenta e efetiva proteção de direitos humanos, que mais ainda se justifica em situação e contexto de reclusão, pela inerente vulnerabilidade.

---

3048. COSTA DE ALMEIDA, A., «Direito à justiça em reclusão», in Boletim da Ordem dos Advogados Portugueses, n.º 65, (abril de 2010), Lisboa, p. 63.

3049. BIGOT DE PRÉAMENEU, F., Rapport au Conseil général de la société des prisons, Paris, 2 de junho de 1819.

## *Capítulo 46*

# Direito à educação nas Américas e na Europa

MARIA J. PAIXÃO<sup>3050</sup>

SUMÁRIO: 1. O CRESCENDO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO. 2. O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS AMÉRICAS E NA EUROPA: OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. 3. O CONTEÚDO NORMATIVO DO DIREITO À EDUCAÇÃO. 4. A PROTEÇÃO REGIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO: ENTRE O TEMPO E A CULTURA. 4.1. *O Protocolo de São Salvador e o Protocolo Adicional à CEDH.* 4.2. *O esquema dos 4 A's aplicado à CADH e à CEDH.* 5. CONCLUSÕES.

### **1. O CRESCENDO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

A afirmação dos Direitos Humanos no plano internacional foi o resultado de um longo processo de humanização do Direito Internacional, cujos primórdios podem ser encontrados nos autores clássicos, como Tomás de Aquino ou Hugo Grório, bem como na Paz de Vestefália<sup>3051</sup>. As preocupações com os direitos de liberdade, elevadas ao seu expoente máximo no quadro da construção do constitucionalismo moderno, constituem as primeiras manifestações da elevação da dignidade da pessoa humana a valor supremo.

Todavia, a afirmação definitiva dos Direitos Humanos teria lugar apenas no rescaldo da Segunda Guerra Mundial. O marco indelével neste processo foi a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 10 de dezembro 1948, cujo catálogo de direitos já incluía a educação, no art. 26.<sup>º</sup>

A segunda metade do século XX foi profícua na aprovação de novos instrumentos internacionais de tutela genérica dos direitos humanos e fundamentais. Em 1966, seriam aprovados os dois Pactos Internacionais que vieram, finalmente, conferir força jurídico-vinculativa à DUDH: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e

---

3050. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal).

3051. MACHADO, J., Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro, 5.<sup>a</sup> ed., Gestlegal, 2019, pp. 397-398.

Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC). O art. 13.º do PIDESC consagra o direito à educação em termos extensos:

- «1. Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa à educação. (...).
- 2. Com o objectivo de atingir o pleno exercício deste direito, os Estados Signatários no presente Pacto reconhecem que:
  - a) O ensino primário deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;
  - b) O ensino secundário, nas suas diferentes formas, incluindo o ensino técnico-profissional, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados, em particular, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
  - c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados, em particular, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
  - (...)
  - e) Deve prosseguir-se activamente o desenvolvimento do sistema escolar em todos os ciclos de ensino, implantar um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.
- 3. Os Estados-Signatários no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais ou dos tutores legais, se for o caso, de escolher para os seus filhos ou pupilos escolas diferentes das criadas pelas autoridades públicas (...).
- 4. O disposto neste artigo não poderá ser interpretado como uma restrição à liberdade dos articulares e entidades para estabelecer e dirigir instituições de ensino, com a condição de respeitar os princípios enunciados no parágrafo 1 e desde que a educação dada nessas instituições se ajuste às normas mínimas estabelecidas pelo Estado».

Esta foi a primeira disposição internacional vinculativa a tutelar o direito à educação, tendo inspirado variados instrumentos que se lhe seguiram.

A Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), adotada em 1989, acolhe o direito à educação nos seus arts. 28.º e 29.º. Também aqui, em linha com o disposto nos arts. 26.º DUDH e 13.º PIDESC, a educação é configurada como catalisador de uma vida plena, responsável e sem limites de ambição.

Além destes, múltiplos outros instrumentos internacionais protegem o direito à educação em contextos específicos: a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 5.º), a Convenção relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino e respetivo Protocolo Adicional, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (art. 10.º), entre outros.

## **2. O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS AMÉRICAS E NA EUROPA: OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

A par dos instrumentos internacionais, também se multiplicaram, a partir da segunda metade do séc. XX, instrumentos supranacionais e regionais de Direitos

Humanos. Destaca-se, desde logo, a aprovação, em 1950, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) pelos membros do Conselho da Europa, a qual, porém, não continha ainda uma referência expressa à educação ou ensino. Dois anos volvidos, é aprovado o primeiro Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo n.º 1), que adicionava ao catálogo da Convenção o direito à instrução (art. 2.º). Este preceito destaca-se pela sua formulação negativa, tendo exigido, ao longo do tempo, um suplementar esforço interpretativo jurisprudencial e doutrinal de que se dará conta *infra*<sup>3052</sup>. Ainda no quadro do Conselho da Europa, cabe referenciar a Carta Social Europeia, que, não tratando diretamente a educação *per se*, prevê os direitos à orientação e formação profissional (arts. 9.º e 10.º).

Ainda no âmbito geográfico europeu, cabe destacar alguns marcos legislativos da construção da União Europeia (UE). Tendo nascido como Comunidade Económica Europeia, os instrumentos que originariamente formavam o seu substrato normativo não se preocupavam com matérias sociais. O percurso no sentido do acolhimento das preocupações com os Direitos Humanos Fundamentais no âmbito da UE iniciou-se, em 1993, com a inclusão, entre os critérios de adesão à Comunidade (os designados «critérios de Copenhaga»), da exigência de garantia, nos Estados aderentes, dos Direitos Humanos e da proteção das minorias. Mais tarde, o marco capital neste processo de humanização do Direito da UE teria lugar com a aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da UE. A Carta reconhece o direito à educação (art. 14.º), embora conferindo-lhe um caráter maioritariamente negativo<sup>3053</sup>. Em virtude do princípio dos poderes atribuídos, este é um domínio em que a atuação das instituições comunitárias permanece limitada.

Simultaneamente, do outro lado do Atlântico, em 1948, era criada a Organização dos Estados Americanos (OEA) e celebrada a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem. A Carta da Organização dos Estados Americanos dedicou, desde logo, várias disposições à educação: no art. 47.º estabelece como prioridade o desenvolvimento no campo da educação; no art. 48.º prevê a cooperação para atingir objetivos educativos; e o art. 49.º consagra a responsabilidade dos Estados de garantir o exercício efetivo do direito à educação no ensino primário, secundário e superior. Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o direito à educação é reconhecido no art. 12.º. Este preceito afirma os valores da liberdade, moralidade e solidariedade humana como reitores do exercício do direito à educação e institui a gratuitade da educação primária.

Em 1969 era aprovado novo instrumento de proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também designada de

- 
3052. Uma análise detalhada do preceito e da jurisprudência produzida a seu respeito pode ser encontrada em KOCH, I., *Human Rights as Invisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden | Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 149-178.
3053. As intervenções do Tribunal de Justiça da União Europeia no domínio educativo referem-se, primordialmente, à problemática da não-discriminação – essa sim, prioridade das instituições comunitárias.

Pacto de São José. Esta Convenção não consagra direitos económicos, sociais e culturais, remetendo para a Carta da Organização dos Estados Americanos. Quase vinte anos volvidos, o Protocolo de São Salvador vem consagrar expressamente o direito à educação, no seu art. 13.º. Este é o primeiro documento juridicamente vinculativo sujeito a um mecanismo *judicial* de controlo a reconhecer o direito à educação no continente americano [os preceitos contidos na Declaração e na Carta da OEA, podendo ser convocados em sede *extrajudicial* pela Comissão Interamericana, não podem ser mobilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)]]<sup>3054</sup>.

### 3. O CONTEÚDO NORMATIVO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Katarina Tomaševski, a primeira Relatora Especial da ONU para o Direito à Educação, concebeu um célebre modelo que diserne quatro dimensões do direito à educação: 1) disponibilidade (*availability*), 2) acessibilidade (*accessibility*), 3) aceitabilidade (*acceptability*) e 4) adaptabilidade (*adaptability*) – o denominado «esquema dos 4 A's»<sup>3055</sup>. De cada dimensão são extraídas específicas obrigações estatais, que podem assumir tanto natureza negativa como positiva<sup>3056</sup>. A primeira dimensão – da disponibilidade – pressupõe a existência de uma rede de escolas do ensino elementar disponível para todos e a progressiva disponibilização dos subsequentes níveis de ensino. Daqui resultam vários tipos de obrigações para os Estados, entre os quais se destacam: a obrigação de estabelecer um sistema de ensino com capacidade para todas as crianças que a ele queiram aceder; e a obrigação de garantir que as escolas disponíveis são adequadas, operando em infraestruturas seguras e funcionais. A segunda dimensão – da acessibilidade – implica que, havendo um sistema de ensino implementado, as instituições de ensino que o integram são acessíveis a todos e a cada um individualmente. O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da ONU tem integrado nesta sede três preocupações: a não-discriminação, a acessibilidade física e a acessibilidade económica<sup>3057</sup>. A terceira dimensão – da aceitabilidade

3054. Este é um aspecto que individualiza o direito à educação (e o direito à sindicalização, previsto na al. a) do n.º 1 do art. 8.º do Protocolo) no quadro do Protocolo de São Salvador: o art. 19.º/6 parece restringir o acesso ao sistema de petições individuais junto da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos aos casos de violações do direito à sindicalização e do direito à educação. Esta compreensão literal do art. 19.º/6 tem, todavia, sido disputada por alguns setores da doutrina onde se avança com a designada «abordagem direta». Sobre a temática, *vide*: RUIZ-CHIRIBOGA, O., «The American Convention and The Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 31(2), (2013), pp. 159-186.

3055. Cf. TOMAŠEVSKI, K., *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable, Right to education primers* n.º 3, 2001, disponível em <https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/handle/1/84>

3056. *Ibidem*, p. 27. KOCH, I., *op. cit.*, pp. 2-4. COOMANS, F., «Justiciability of the Right to Education», *Erasmus Law Review*, 2(4), (2009), pp. 427-444. BALSERA, P., GARMENDIA, M., «El derecho a la educación en Europa: una lectura desde los derechos del niño», *Bordón. Revista De Pedagogía*, 61(1), (2009), pp. 62-65.

3057. Comentário Geral N.º 13 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, E/C.12/1999/10, 8 de dezembro de 1999.

– refere-se à substância da educação providenciada. As problemáticas suscitadas nesta sede têm-se relacionado, as mais das vezes, com os currículos escolares e a respetiva colisão com as convicções dos pais<sup>3058</sup>. Por fim, a quarta dimensão – da adaptabilidade – exige que a educação se centre no melhor interesse da criança, ajustando-se às necessidades particulares de cada um<sup>3059</sup>. Tomaševski destaca, a este respeito, exigências ao nível da inclusividade do ensino e da disciplina escolar (em particular, do castigo corporal).

Este «esquema» foi acolhido pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, por via do respetivo Comentário Geral ao PIDESC N.º 13<sup>3060</sup>.

A este respeito, é comum a doutrina descrever o direito à educação como «multidimensional»: é um «direito de liberdade» e, simultaneamente, um «direito de igualdade (socioeconómico)», podendo apresentar-se mais ou menos abrangente e protetivo consoante a formulação e configuração que lhe são atribuídas nos vários instrumentos jurídicos<sup>3061</sup>. Da ótica dos Estados, esta dupla natureza traduzir-se-á em deveres de omissão e deveres de ação – ao Estado cabe garantir a liberdade educativa, mas também a criação das condições para o exercício dessa liberdade, quer do ponto de vista socioeconómico, quer do ponto de vista cultural.

#### **4. A PROTEÇÃO REGIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO: ENTRE O TEMPO E A CULTURA**

##### **4.1. O PROTOCOLO DE SÃO SALVADOR E O PROTOCOLO ADICIONAL À CEDH**

O ponto de partida da análise comparativa dos preceitos europeu e interamericano não pode deixar de ser o elemento textual, sobretudo porque, no particular domínio sobre que versamos, o impacto inicial daí resultante é significativo:

Artigo 13.º do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de direitos económicos, sociais e culturais

###### *Direito à educação*

1. Toda a pessoa tem direito à educação.
2. Os Estados Partes neste Protocolo concordam que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e no sentido

3058. FREDMAN, S., Comparative Human Rights Law, Oxford University Press, 2018, p. 356. VERIAVA, F., PATERSON, K., «The Right to Education», in DUGARD, J., *et al.*, Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, Edward Elgar (2020), p. 131.

3059. TOMAŠEVSKI, K., *op. cit.*, pp. 31.

3060. Cescr, General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13), Adopted at the Twenty-first Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 8 December 1999 (E/C.12/1999/10).

3061. VERIAVA, F., PATERSON, K., *op. cit.*, pp. 113.

da sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Concordam, também, que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente numa sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.

3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:
  - a. O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;
  - b. O ensino de segundo grau, nas suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
  - c. O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
  - d. Deve promover-se ou intensificar-se, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;
  - e. Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.
4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima.
5. Nada do disposto neste Protocolo poderá ser interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes.

Artigo 2.º do Protocolo adicional à Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

#### *Direito à instrução*

A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.

Como facilmente se conclui, a diferença de dimensão e ambição do teor literal dos preceitos é abismal. Esta é uma diferença que poderá justificar-se numa miríade de motivos. Desde logo, a negociação do Protocolo Adicional à CEDH esteve envolta em dificuldades que se manifestaram com particular acuidade no domínio da educação: as divergências religiosas, filosóficas e ideológicas entre os Estados negociadores terão conduzido à adoção da fórmula que constituía o mínimo denominador comum<sup>3062</sup>. As preocupações dos Estados negociadores reconduziam-se, sobretudo, ao direito dos pais de escolher a educação dos filhos e às consequências orçamentais associadas a uma obrigação estatal de providenciar múltiplos sistemas de ensino – em suma, o nó górdio da questão consistia na possibilidade do preceito vir a ser interpretado no sentido de que os Estados estão obrigados a adotar as medidas necessárias para que cada um possa ter o tipo de educação que deseja, o que, obviamente, constituiria um encargo orçamental incomportável. Ademais, os autores salientam que, à época da elaboração do Protocolo, todos os Estados que integravam o Conselho da Europa dispunham de robustos sistemas educativos que disponibilizavam, pelo menos, o ensino primário/elementar gratuito. Por conseguinte, não se colocava a necessidade de vincular os Estados a tal obrigação<sup>3063</sup>.

Olhando agora para a disposição do Protocolo Adicional à CADH, esta parece ter-se inspirado no art. 13.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, entretanto aprovado. A doutrina tem destacado a semelhança entre os dois preceitos<sup>3064</sup>, o que permite concluir que a evolução da compreensão do direito à educação no plano internacional após a elaboração do CEDH teve um impacto direto na redação dos instrumentos regionais que se lhe seguiram.

Não obstante a sua maior completude e abrangência, o art. 13.º do Protocolo de São Salvador não é tão robusto quanto parece *prima facie*. De facto, a densidade é contrabalançada pela permissividade da linguagem utilizada: o preceito não utiliza, em momento algum, o verbo «dever», optando por dispor que os Estados «concordam» e «reconhecem», em alternativa a afirmar perentoriamente que os Estados «devem»<sup>3065</sup>.

Compreendida a origem da discrepância literal entre os dois preceitos, cabe agora apreciar em que termos tal diferença se repercuta no respetivo conteúdo substancial e, por conseguinte, no grau de proteção concedido. Tal análise haverá de ser enquadrada pelo binómio *supra* mencionado, que reflete o potencial do direito à

3062. *Cfr.* KOCH, I., *op. cit.*, pp. 155-157. A autora apresenta uma interessante análise aos trabalhos preparatórios da Convenção.

3063. *Ibidem*, p. 57; HODGSON, D., *The Human Right to Education*, Aldershot, Ashgate Publishing, 1998, p. 56; PILLAI, S., «Right to Education under European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950», *Christ University Law Journal*, 1, (2012), p. 103.

3064. BEITER, K., *The Protection of the Right to Education by International Law: Including a Systematic Analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2006, p. 208.

3065. *Ibidem*, p. 209.

educação: este será, por um lado, um «direito de liberdade», gerador de obrigações negativas para os Estados; e, por outro lado, um «direito de igualdade», exigindo ação positiva dos Estados.

No art. 13.º do Protocolo de São Salvador discernem-se com facilidade as duas referidas dimensões do direito à educação: o n.º 3 concretiza a sua vertente positiva, ao passo que os n.os 4 e 5 dão forma à vertente negativa.

O direito à educação é, portanto, tratado enquanto direito social no n.º 3 do art. 13.º do Protocolo de São Salvador. O tratamento que aí lhe é conferido está perfeitamente alinhado com o entendimento generalizado que brota dos múltiplos instrumentos internacionais. Desde logo, são considerados autonomamente os vários ciclos de ensino (elementar, secundário e superior), verificando-se uma correspetiva graduação da exigência das obrigações impostas. O ensino elementar, em primeiro lugar, haverá de ser obrigatório e gratuito para todos. O ensino secundário, em segundo lugar, deverá ser generalizado, extraíndo-se uma clara intenção de vincular os Estados a implementar as medidas necessária ao paulatino alargamento da sua abrangência, de modo a cobrir uma porção cada vez mais da população. O ensino superior, em terceiro lugar, haverá de estar acessível a todos, de acordo com a respetiva capacidade. Quanto a este último grau do sistema de ensino, o preceito reconhece que o alargamento da sua disponibilidade terá de ser compatibilizado com o condicionamento do acesso com base em critérios de mérito. Tanto a respeito do ensino secundário como a respeito do ensino superior, o Protocolo estabelece, quanto à gratuitidade, um princípio da progressividade. Em suma, no sistema interamericano o direito à educação é configurado enquanto direito social nos termos comumente aceites pela doutrina e consagrados em múltiplos instrumentos internacionais: gera para os Estados o dever de instituir um sistema de ensino básico gratuito e universal, o dever de promover o alargamento da frequência do ensino secundário, no sentido da sua generalização, o dever de garantir o acesso não discriminatório ao ensino superior e o dever de progressivamente tornar gratuitos os graus de ensino pós-primários.

Nos n.os 3 e 4 do art. 13.º estão consagradas as duas liberdades usualmente integradas na dimensão negativa do direito à educação: a liberdade dos pais de escolher a educação dos filhos e a liberdade de estabelecimento de instituições de ensino privadas. Aquela primeira tem como destinatários os pais de crianças em idade escolar e pretende garantir o respeito, por parte do Estados, pelas suas opções e convicções filosóficas e religiosas. Esta liberdade encontra limite, todavia, no respeito pelos princípios e finalidades fundamentais subjacentes ao direito à educação, elencados no n.º 2 do art. 13.º: a educação deverá orientar-se pelo «respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz» e pelo favorecimento da «compreensão, [d]a tolerância e [d]a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos» e deverá ter como finalidades primordiais «capacitar todas as pessoas para participar efetivamente numa sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência

digna». As opções educativas dos pais não poderão, portanto, pôr em causa estas diretrizes; bem como, evidentemente, não poderão resultar na anulação do próprio direito à educação (consistindo, porventura, na opção de recusar qualquer tipo de educação escolar). A segunda liberdade apontada tem como beneficiários quer os indivíduos em geral, quer as entidades privadas, fazendo recair sobre os Estados o dever de não eliminar nem restringir arbitaria ou desproporcionadamente a faculdade de estabelecimento e (auto)gestão de instituições privadas de ensino.

Conforme tem sido repetidamente afirmado, o art. 2.º do Protocolo Adicional à CEDH não permite, à partida, fazer uma leitura substantiva com semelhante riqueza. Não obstante, quer a doutrina, quer a Comissão Europeia dos Direitos Humanos (entretanto, extinta) e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), têm interpretado o preceito em termos que vão algo além do seu teor literal. Está bem sedimentada na doutrina e jurisprudência a estruturação do art. 2.º do Protocolo Adicional em duas partes autónomas: a primeira frase do preceito consagra o direito individual à educação; a segunda frase garante o direito dos pais a escolher a educação dos filhos. Numa decisão de 1989 (*Campbell e Cosans c. Reino Unido*), o TEDH estipulou o princípio estrutural nesta matéria: pese embora a bidimensionalidade do art. 2.º, este constitui um todo coeso, dominado pela primeira parte – o direito configurado na segunda parte do preceito constitui um complemento daqueloutro garantido na primeira parte<sup>3066</sup>. Portanto, o direito à educação *stricto sensu* precede o direito dos pais de escolher a educação dos filhos, não podendo este último prejudicar a plena realização daquele primeiro. Pese embora esta determinação do Tribunal, a doutrina tem notado que a definição de «educação» adotada se foca demasiado nos interesses dos pais, dando aso, em certos termos, a uma inversão da hierarquia propugnada pelo Tribunal<sup>3067</sup>.

O art. 2.º do Protocolo Adicional não especifica os níveis de ensino incluídos no direito à educação contidos na sua primeira parte. Não obstante, os autores têm procurado efetuar uma interpretação do preceito à luz do princípio do «efeito útil» dos direitos humanos: os sistemas educativos da maioria dos países da Europa instituem já a obrigatoriedade do ensino básico e secundário, pelo que interpretar o dispositivo em apreço no sentido de não exigir ou exigir apenas a obrigatoriedade do ensino primário esvaziaria o direito à educação de conteúdo, porquanto retiraria lhe qualquer efeito prático<sup>3068</sup>. Mais recentemente, no Guião produzido sobre o

- 
3066. Na decisão mencionada o Tribunal esclareceu também o que entende por «educação» e por «instrução»: a educação consiste em «(...) todo o processo pelo qual, em qualquer sociedade, adultos procuram transmitir as suas crenças, cultura e outros valores a jovens (...)» e a instrução consubstancia-se na «(...) transmissão de conhecimento e [no] desenvolvimento intelectual» (tradução nossa). Ac. *Campbell e Cosans c. Reino Unido*, 25 de fevereiro de 1982.
3067. WILDHABER, L., «Artikel 2: Europäische Menschenrechtskonvention/Erstes Zusatzprotokoll», in GOLSONG, H., et al. (eds.), Internationaler Kommentar zur Menschenrechtskonvention, Cologne/Berlin/Bonn/Munich: Carl Heymanns Verlag KG. Loose-leaf publication (2000), p. 9 *apud* BEITER, K., *op. cit.*
3068. BEITER, K., *op. cit.*, p. 161.

art. 2.º, o próprio Tribunal reconheceu que o preceito se reporta tanto à educação básica quanto à educação secundária e superior, bem como a vias alternativas de especialização<sup>3069</sup>.

No caso «relativo a certos aspectos da legislação sobre o uso das línguas na educação na Bélgica» (conhecido como caso «Belgian linguistics»), de 1968, o Tribunal asseverou que a formulação negativa do preceito exclui, indiscutivelmente, a vinculação dos Estados a uma obrigação de estabelecer ou subsidiar qualquer tipo ou grau particulares de ensino<sup>3070</sup>. No entanto, afirmou também que, apesar da ausência de semelhante obrigação, o direito à educação previsto no art. 2.º não poderia deixar de compreender o dever de garantir que as pessoas sob jurisdição dos Estados conseguem aceder aos meios de instrução disponíveis. Ademais, esclareceu que, para assumir qualquer significado prático, o direito à educação não pode prescindir de que os respetivos beneficiários possam, *de facto*, tirar proveito da instrução recebida. Assim, tal direito haverá de compreender o direito a obter reconhecimento oficial da instrução concluída. Desta decisão resultam, portanto, duas componentes do direito à educação consagrado na parte inicial do art. 2.º: o direito de acesso não discriminatório às instituições educativas existentes; e o direito ao reconhecimento oficial da instrução concluída<sup>3071</sup>.

Esta interpretação que configura o direito vertido na primeira parte do art. 2.º como liberdade de acesso igualitário às instituições de ensino poderia conduzir à conclusão de que o Protocolo Adicional à CEDH consagra o direito à educação unicamente na sua vertente negativa, de direito de liberdade. Contudo, dado o grau de desenvolvimento dos sistemas educativos na Europa, tal equivaleria a esvaziar de sentido o dispositivo. Atribuir verdadeiro significado ao art. 2.º do Protocolo exige que dele se extraiam obrigações estaduais positivas. Com efeito, o exercício do direito à educação, mesmo enquanto pura liberdade de acesso, pressupõe a existência de um mínimo de educação garantida pelo Estado. Num cenário em que o Estado não assume qualquer tipo de obrigação de *facere*, a liberdade educativa tornar-se-ia insusceptível de exercício para os cidadãos impossibilitados de aceder às instituições de ensino privadas. Por conseguinte, a liberdade educativa reconhecida pelo Tribunal só se materializará na prática se um mínimo de educação for prestado e/ou assegurado pelo Estado. Os autores tendem a concordar que, nas sociedades europeias contemporâneas, outro entendimento é absolutamente desligado da realidade e das estruturas socioculturais instituídas<sup>3072</sup>. No sentido deste entendimento vai ainda a própria formulação da decisão de 1968: parece estar implícito que os

- 
3069. ECHR, Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Council of Europe, atualizado a 20 de abril de 2022.
3070. Dec. «*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*» c. Bélgica, de 23 de julho de 1968.
3071. Dado o objeto do processo, o Tribunal reconheceu ainda o direito a receber educação na língua nacional como componente do direito à educação.
3072. FROWEIN, J., PEUKERT, W., Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, Kehl am Rhein/Straßburg/Arlington, N. P. Engel Verlag, 1996, p. 829 apud BEITER, K., *op. cit.*

Estados não assumem uma obrigação positiva de estabelecer um sistema de ensino na medida em que tal sistema já se encontre estabelecido. Ademais, ao afirmar que os Estados não estão obrigados a instituir ou subsidiar qualquer tipo *particular* ou grau *particular* de ensino, o Tribunal não recusa uma obrigação genérica de instituir um *qualquer* sistema de ensino – parece poder concluir-se que apenas se pretendeu excluir a vinculação dos Estados a providenciar *todos* os *específicos* tipos ou níveis de ensino de que os beneficiários do direito à educação pretendam usufruir<sup>3073</sup>.

A segunda parte do art. 2.º consagra, em termos similares ao n.º 4 do art. 13.º do Protocolo de São Salvador, a vertente de liberdade do direito à educação comumente atribuída aos pais de crianças em idade escolar: o direito de escolher a educação dos filhos. Nesta sede, sublinha-se que o respeito devido pelas convicções dos pais tem aplicação tanto no ensino privado como no ensino público, porquanto o oposto equivaleria a abrir porta a tratamentos discriminatórios (os pais sem possibilidade de colocar os filhos em escolas privadas ver-se-iam impossibilitados de exercer o seu direito)<sup>3074</sup>.

A este respeito, impõe-se ainda indagar se, do âmbito do direito à educação tal qual se encontra acolhido no Protocolo Adicional à CEDH, será possível inferir também a liberdade de estabelecimento de instituições de ensino privadas. A questão coloca-se porquanto se se entender que o Estado, só por si e com os seus meios, pode não dispor de capacidade para fornecer todos os tipos de ensino pretendidos pelos pais, então a liberdade de escolha da educação dos filhos pressuporá a liberdade de estabelecimento de instituições de ensino privadas. Convém recordar que este era, aliás, um receio dos Estados Parte patente nos trabalhos preparatórios do Protocolo Adicional – o receio de lhes ser exigível fornecer múltiplos tipos de ensino. Além disso, coloca-se ainda a questão de saber se a liberdade de instituição de escolas privadas não é também condição do pleno respeito pelas convicções religiosas e filosóficas dos pais. Ora, poderia ser arguido que o monopólio público na educação, contando com uma organização do sistema de ensino em termos pluralistas e tolerantes, seria capaz de garantir o respeito pelas convicções dos pais. Contudo, esta parece ser uma possibilidade mais teórica do que prática: a flexibilidade e abertura impostas pelo princípio democrático dependem, em certa medida, da possibilidade de existência de escolas privadas. Em suma, parece ser de concluir que a garantia do ensino privado está necessariamente implícita no art. 2.º do Protocolo

- 
3073. Este entendimento é, aliás, conforme com os trabalhos preparatórios: o receio subjacente à escolha da formulação negativa do preceito em detrimento de uma formulação positiva reportava-se à eventualidade de os cidadãos (nomeadamente os pais, que dispõem da liberdade de escolher o tipo de ensino frequentado pelos respetivos filhos) exigirem dos Estados a instituição, por meios públicos, de múltiplos sistemas diferentes de ensino, o que representaria um custo orçamental incompatível.
3074. Uma questão delicada que se coloca a esta respeito é a de saber o que se entende por «respeitar as convicções» dos pais. O Tribunal já se debruçou sobre esta matéria nos casos *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de dezembro de 1976, e *Campbell e Cosans c. Reino Unido*, de 25 de fevereiro de 1982, entre outros. Por motivos de limitação de espaço, não mergulharemos nesta problemática.

Adicional<sup>3075</sup>. De todo modo, sempre caberá aos Estados determinar as condições de cuja observância depende o reconhecimento oficial das escolas privadas<sup>3076</sup>.

#### 4.2. O ESQUEMA DOS 4 A'S APLICADO À CADH E À CEDH

Considerando o teor apontado aos dois dispositivos em análise, cabe agora aferir o respetivo potencial para dar guarida a um direito à educação configurado à luz do esquema dos 4 A's acima explorado.

No que concerne a dimensão da disponibilidade (*availability*), discernem-se, conforme visto, as obrigações de instituição de um sistema de ensino e de garantir a adequação das infraestruturas de ensino. Dado o seu teor negativo, o art. 2.º do Protocolo Adicional à CEDH não parece gerar para os Estados uma obrigação positiva de instituir um sistema *público* de ensino<sup>3077</sup>. Não obstante, dado o nível de evolução dos sistemas de ensino europeus e considerando que a universalidade do direito não pode ser assegurada, na prática, sem intervenção pública, conclui-se que os Estados estão, pelo menos, vinculados a assegurar a *subsistência* de um sistema de ensino (público ou privado)<sup>3078</sup>. No sistema interamericano, diferentemente, a obrigação resultante do Protocolo de São Salvador a este respeito vai bem mais longe: os Estados estão obrigados a instituir o ensino básico universal, obrigatório e gratuito e a progressivamente tornar gratuitos os graus de ensino posteriores. Portanto, ao passo que os Estados europeus não estão obrigados a disponibilizar um sistema de ensino (mas tão-só a garantir a sua existência<sup>3079</sup>), os Estados americanos estão positivamente vinculados a implementar tal sistema, com notas de universalidade e progressiva gratuitidade.

No que concerne a adequação das infraestruturas de ensino, nenhum dos instrumentos regionais parece versar diretamente sobre a questão; bem como nenhum dos tribunais regionais se debruçou até à data sobre uma controvérsia envolvendo o tópico. Ora, no sistema europeu, não parece ser previsível que o Tribunal venha

3075. Este entendimento foi já sufragado pelo Tribunal, no Guião sobre o Art. 2.º, em particular na passagem que esclarece que, não tendo a obrigação de subsidiar nenhum tipo de ensino em particular, os Estados devem respeitar a liberdade de estabelecimento de instituições de ensino privadas.

3076. A Comissão Europeia de Direitos Humanos debruçou-se sobre a regulação estadual das escolas privadas na Dec. *Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo c. Sweden*, de 6 de março de 1987. A supervisão e regulamentação do ensino privado pelo Estado foi considerada legítima enquanto meio de controlo da qualidade do ensino e de garantia da igualdade entre alunos a frequentar diversos tipos de ensino (público e privado).

3077. Nesse sentido vai, aliás, a decisão do caso «*Belgian linguistics*», nos termos acima explanados.

3078. As obrigações positivas que o TEDH tem extraído do art. 2.º, de acordo com o exposto em 3.2., são, sobretudo, obrigações de garantir a acessibilidade, e não de disponibilização. Recordem-se, mais uma vez, as conclusões retiradas pelo Tribunal na decisão «*Belgian linguistics*».

3079. Significa isto que os Estados poderão simplesmente regular um sistema de ensino privado, não disponibilizando serviços educativos públicos.

a extrair do art. 2.º do Protocolo Adicional uma obrigação estadual nesta sede. Diferentemente, e tendo em conta a proximidade entre o art. 13.º do Protocolo de São Salvador e o art. 13.º do PIDESC, será mais expectável que tal obrigação seja reconhecida no contexto do sistema interamericano<sup>3080</sup>. Neste sentido concorre, aliás, o estádio atual de muitas infraestruturas educativas dos Estados Parte do Protocolo – assegurar o direito à educação nesses países passa necessariamente por criar condições infraestruturais para a aprendizagem. Fornece algumas indicações interessantes, nesta sede, a decisão da Corte Interamericana o caso *Instituto de Reeducação do Menor v. Paraguai*, que, embora tendo como objeto principal a integridade e liberdade pessoais no contexto do sistema penal, se debruçou também, *ex officio*, sobre a educação no contexto prisional<sup>3081</sup>. O Tribunal entendeu que as condições em que era disponibilizado o ensino aos jovens detidos, a par da violência e tratamento degradante a que estavam submetidos, equivalia à violação do direito à educação.

A dimensão da acessibilidade (*accessibility*) engloba, conforme enunciado, três vertentes: a não discriminação, a acessibilidade física e a acessibilidade económica. A obrigação de não-discriminação é, porventura, a menos controversa entre os Estados, devido ao seu caráter negativo<sup>3082</sup>. No sistema europeu de proteção de direitos humanos, este é o quesito que tem recebido maior atenção. O TEDH tem interpretado o art. 2.º do Protocolo Adicional em conjunto com a proibição de discriminação imposta pelo art. 14.º da CEDH. Da significativa jurisprudência neste âmbito resulta que o tratamento diferenciado só será considerado conforme com a Convenção se o Estado demonstrar a legitimidade dos objetivos prosseguidos e a proporcionalidade das medidas. Não obstante, a discriminação baseada unicamente em certas características, como a etnia ou a nacionalidade, não será, em circunstância alguma, justificável<sup>3083</sup>. No seu Guião sobre o Art. 13.º, o TEDH debruça-se, em

3080. Recorde-se que o Comentário Geral ao Art. 13.º do PIDESC, produzido pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas, acolhe o esquema dos 4 A's, determinando expressamente que as instituições de ensino disponíveis devem ser funcionais.

3081. Dec. Instituto de Reeducação do Menor v. Paraguai, de 2 de setembro de 2004. O caso Adolescentes sob custódia do FEBEM v. Brasil, ainda não decidido, apresenta contornos similares. A violência, a falta de condições higiênicas, a sobrelocação e o reduzido espaço físico foram apontados como fatores que conduzem à violação, entre outros, do direito à educação dos detidos.

3082. A não discriminação é objeto de uma panóplia considerável de instrumentos internacionais, pelo que o dever de não discriminar no acesso à educação sempre resultaria como obrigação estadual internacional. Ademais, este é o reduto mínimo do princípio da igualdade, que encontra acolhimento, em termos mais ou menos latos, na maioria dos textos constitucionais modernos ou pós-modernos. Dada a longa e extensa prática estadual, os autores propugnam que a obrigação de não discriminação constitui, inclusive, costume internacional, vinculando mesmo os Estados não signatários de qualquer instrumento vinculativo que a reconheça. Cf. Beiter, Klaus D., *op. cit.*, pp. 35; Veriava, F., Paterson, K., *op. cit.*, pp. 121.

3083. Uma significativa parcela das decisões do TEDH em matéria de educação debruçou-se, exatamente, sobre a discriminação étnica no sistema de ensino, em particular relativamente a crianças Roma. Vide as decisões do TEDH nos casos *D. H. e outros c. República Checa*, de 13 de novembro de 2007, *Sampanis e outros c. Grécia*, de 5 de junho de 2008, *Orsus e outros c.*

particular, sobre a discriminação no acesso à educação baseada em deficiência, estatuto administrativo e nacionalidade e origem étnica. No quadro do sistema interamericano, a Comissão e o Tribunal têm incluído a educação entre outros direitos quando apreciam, a título principal, casos de discriminação estrutural, sobretudo de minorias ou grupos especialmente vulneráveis<sup>3084</sup>. Numa decisão emblemática de 2015, foi judicialmente declarada, pela primeira vez, a título principal, a violação do direito à educação consagrado no Protocolo de São Salvador, pela discriminação no acesso a estabelecimentos de ensino<sup>3085/3086</sup>. O Tribunal sublinhou que a restrição do direito à educação só poderá fundar-se em motivos considerados legítimos, os quais nunca poderão reconduzir-se às «categorias proibidas» (entre as quais se inclui a «discriminação baseada em preconceitos, estereótipos ou especulações»)<sup>3087</sup>.

A acessibilidade física refere-se à capacidade dos indivíduos acederem às instalações de ensino, o que envolve, sobretudo, considerações relacionadas com a proximidade das escolas em relação às comunidades e a disponibilização de transporte para as crianças afastadas das instituições de ensino disponíveis. Até à data, inexiste qualquer precedente jurisdicional regional neste domínio<sup>3088</sup>. Uma vez que as questões de acessibilidade física das escolas se relacionam, as mais das vezes, com discriminações geoespaciais, parece ser previsível que tanto o TEDH como a Corte IDH pudessem reconhecer esta vertente da acessibilidade do direito à educação, relacionando a falta de acessibilidade com a desigualdade entre classes socioeconómicas. Fora deste âmbito (por ex., a respeito do ensino à distância para crianças distantes das instituições de ensino oficiais), poderá supor-se que o TEDH seguiria a sua contida linha decisória: no caso *«Belgian linguistic»* supramencionado, o Tribunal

---

*Croácia*, de 16 de maio de 2010, *Sampani c. Grécia*, de 11 de dezembro de 2012, *Horváth e Kiss c. Hungria*, de 29 de janeiro de 2013, *Lavida c. Grécia*, de 30 de agosto de 2013 e *X e outros c. Albânia*, de 31 de maio de 2022.

- 3084. No caso *Testemunhas de Jeová v. Argentina* (2137) a Comissão concluiu que impedir o acesso de crianças que professessem aquela religião às escolas constituía uma violação da Declaração. Mais tarde, no processo *Yean & Bosica v. República Dominicana* (12189) a Comissão concluiu que a condição de apátrida não constitui motivo legítimo de impedir o acesso ao sistema de ensino. A Corte Interamericana também se debruçou sobre a discriminação educativa no caso *Comunidade Índigena Xákrok Kásek v. Paraguai*, de 24 de agosto de 2010, embora apenas ponderando a educação enquanto elemento do direito à vida digna.
- 3085. Dec. *Gonzales Lluy et al v. Equador*, de 1 de setembro de 2015.
- 3086. Para uma análise mais detalhada à decisão cf. González, I. de Paz, *The Social Rights Jurisprudence in the Inter-American Court of Human Rights*, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 133-136.
- 3087. A decisão apresenta um interessante diálogo entre jurisdições: o Tribunal cita, no § 259, a decisão do TEDH no caso *Kiyutin c. Rússia*, em que, similarmente, se considerou discriminatório o tratamento diferenciado de pessoas portadoras de HIV.
- 3088. O TEDH teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão no caso *Kósa c. Hungria*, em que Amanda Kósa, nacional húngara de etnia Roma, alegava a violação do seu direito à educação em virtude da supressão do meio de transporte que lhe permitia atender uma escola integrada (não segregada). Porém, a queixa foi considerada inadmissível, por falta de esgotamento dos recursos internos.

incluiu no direito à educação o direito a ver oficialmente reconhecida a educação concluída com sucesso, pelo que é concebível que venha a reconhecer aos Estados o dever de reconhecer o ensino à distância recebido por crianças impossibilitadas de frequentar as escolas existentes pela distância, pelo menos quando assegurado o cumprimento dos *standards* educativos transversalmente impostos ao ensino público e privado. Uma abordagem mais protetiva não parece coadunar-se com o teor negativo do art. 2.º do Protocolo Adicional, nem com a jurisprudência do Tribunal (que, recorde-se, tem sido cauteloso em atribuir obrigações positivas aos Estados). Tal abordagem poderá ser mais facilmente extraída do Protocolo de São Salvador, dada a redação do preceito e a sua teleologia. Neste quadro, não parece descabido conceber uma decisão da Corte IDH reconhecendo o dever dos Estados Parte de instituir e assumir pelos seus próprios meios o ensino à distância para as crianças sem possibilidade de acesso físico às escolas.

Por fim, a acessibilidade económica da educação é tratada pelo Protocolo de São Salvador, à semelhança do que sucede com a maioria dos instrumentos internacionais, por via da gratuitidade obrigatória do ensino primário e da gratuitidade progressiva dos demais níveis de ensino. Conforme mencionado, o Protocolo Adicional à CEDH é uma exceção, não garantindo expressamente a educação primária gratuita. No entanto, o TEDH afirmou, no caso *Ponomaryovi c. Bulgária*, de 26 de junho de 2011, que a aplicação de propinas não poderá constituir uma forma de discriminação no acesso à educação, dispondo os Estados de discricionariedade nesta matéria em termos inversamente proporcionais à importância do nível e tipo de ensino em causa (quanto mais básico o nível de ensino, menor a liberdade para imposição de propinas impeditivas).

No que concerne a dimensão da aceitabilidade (*acceptability*), o TEDH tem um historial relativamente longo de decisões sobre a incompatibilidade entre os programas e opções escolares e as convicções dos pais. Os tópicos suscitados vão desde a educação sexual e a educação religiosa e moral obrigatórias até ao uso de símbolos culturais e religiosos (sobretudo, véus islâmicos e crucifixos católicos)<sup>3089</sup>. Destas decisões resulta, em primeiro lugar, que os Estados gozam de margem de discricionariedade para elaborar os respetivos currículos, desde que a informação seja transmitida de forma objetiva, crítica e plural, sem objetivo de doutrinação; e, em segundo lugar, que o uso de símbolos religiosos pode ser proibido contra as convicções dos pais se a proibição se basear em motivos de segurança<sup>3090</sup>. Inexiste jurisprudência semelhante no âmbito do sistema interamericano. Contudo, da leitura conjunta dos nºs 2, 4 e 5 do art. 13.º do Protocolo de São Salvador parece

3089. Dec. *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de dezembro de 1976, *Leyla Sahin c. Turquia*, de 10 de novembro de 2005, *Folgerø c Noruega*, de 29 de junho de 2007, *Dogru c. França*, 4 de dezembro de 2008, *Lautsi c. Itália*, de 18 de março de 2011, *SAS c. França*, 1 de julho de 2014, *Dakir c. Bélgica*, de 11 de julho de 2017, *Belcacemi e Oussar c. Bélgica*, de 11 de julho de 2017.

3090. As sucessivas decisões de admissibilidade das proibições nacionais de uso de véus islâmicos têm, todavia, suscitado acesa polémica e debate público.

resultar que as convicções do país deverão ser respeitadas pelos Estados desde que não colidam com os valores democráticos, de proteção dos direitos humanos, de tolerância e pluralismo ideológico, religioso, étnico e racial. *A contrario*, conclui-se também que a liberdade de construção dos currículos escolares tem como limite esses mesmos valores, donde resulta que o ensino público deverá garantir a objetividade e o pluralismo.

A compreensão apontada da aceitabilidade da educação só estará plenamente garantida se a liberdade de estabelecimento de instituições de ensino privado, com grau de autonomia bastante, for assegurada. Como visto, tanto o Protocolo de São Salvador como o Protocolo Adicional à CEDH reconhecem expressamente essa liberdade.

A última dimensão do direito à educação – a adaptabilidade (*adaptability*) – pressupõe um ensino centrado no melhor interesse da criança. Ora, tal abordagem exige um sistema de ensino inclusivo, que se molda às necessidades de cada criança, em vez de exigir que crianças com necessidades específicas se integrem num ambiente que lhes é hostil<sup>3091</sup>. Antes da instituição do sistema de petições individuais ao TEDH, a Comissão Europeia de Direitos Humanos considerou inadmissível uma petição apresentada por parte de uma criança surda que tinha visto ser-lhe vedada a frequência de uma escola «normal», em virtude da sua incapacidade. A Comissão entendeu que havendo escolas especiais disponíveis para acolher Martin, não era exigível que o Estado neerlandês lhe permitisse frequentar as demais escolas quando tal constituía um custo adicional<sup>3092</sup>. Ainda a propósito da adaptabilidade, o TEDH considerou verificar-se violação do direito à educação em caso de aplicação de castigo corporal nas escolas sem isenção dos alunos cujos pais recusam esse tipo de disciplina. O Tribunal entendeu estar em causa uma violação da liberdade dos pais de escolher a educação dos filhos<sup>3093</sup>. Do outro lado do Atlântico, a al. e) do n.º 3 do art. 13.º do Protocolo de São Salvador dá um passo em frente em matéria de adaptabilidade, exigindo o estabelecimento de programas de ensino diferenciados que proporcionem instrução especial e formação a pessoas com incapacidades físicas ou mentais. Significa isto, portanto, que os Estados estão obrigados a, pelos seus próprios meios, instituir formas de ensino adaptadas e especiais. Havendo uma clara preocupação com a inclusividade do sistema de ensino na sua globalidade, fica, todavia, por esclarecer se o ensino especial deverá integrar-se dentro da rede de escolas «normal», possibilitando às crianças com necessidades especiais a frequência das escolas frequentadas pelas demais crianças da mesma idade.

## 5. CONCLUSÕES

O direito à educação é um direito multidimensional e complexo, cuja plena concretização depende de uma multiplicidade de fatores sociais, culturais, econó-

3091. VERIAVA, F., PATERSON, K., *op. cit.*, p. 134.

3092. Dec. *Martin Klerks c. Países Baixos*, de 4 de julho de 1995.

3093. Dec. *Cambell e Cosans c. Reino Unido*, de 25 de fevereiro de 1982.

micos e políticos. Sendo um direito social, o surgimento de obrigações positivas para os Estados é incontornável. No entanto, a extensão e profundidade de tais obrigações será variável.

A contraposição entre a proteção do direito à educação no sistema interamericano e no sistema europeu denota a diferença do tempo da redação dos preceitos e das principais preocupações que marcam cada região.

O sistema europeu, quer pela antiguidade da proteção jurídico-vinculativa do direito à educação, quer pelo desenvolvimento dos sistemas educativos integrados no âmbito geográfico abrangido pelo Conselho da Europa, parte de um preceito simplista, que dá prevalência à natureza negativa da liberdade educativa. Não obstante, a jurisprudência do Tribunal Europeu (e da entretanto extinta Comissão Europeia dos Direitos Humanos) tem vindo a conferir alguma elasticidade ao preceito, dele destrinçando obrigações estaduais positivas. O principal foco de atenção mantém-se, todavia, na interligação entre o direito à educação e o princípio da não-discriminação, mormente no que diz respeito às tradicionais categorias suspeitas da etnia e religião.

O sistema interamericano, por seu lado, inclui um preceito jurídico-vinculativo extenso, que segue de perto o dispositivo gémeo do sistema das Nações Unidas. Verifica-se, portanto, uma mais aguda preocupação em vincular expressamente os Estados a obrigações de teor positivo, tendentes a viabilizar o efetivo desenvolvimento dos sistemas educativos nacionais. Apesar da jurisprudência não ser extensa, o direito à educação surge em várias decisões da Corte Interamericana a título complementar. De facto, denota-se uma tendência para compreender a educação em conexão com os demais direitos e liberdades, tendo como pano de fundo a proteção e emancipação das minorias, em particular os jovens presos, as comunidades indígenas e os grupos marginalizados.



## *Capítulo 47*

# **El discurso de odio *on line* y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión: ¿diferentes vías, mismos límites?**

CARMEN QUESADA ALCALÁ<sup>3094</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CARACTERIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO ON LINE. 3. EL DISCURSO DE ODIO POR MEDIOS CIBERNÉTICOS Y LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA Y LA UNIÓN EUROPEA. 4. LAS POSTURAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS AL ENFRENTARSE AL DISCURSO DE ODIO: ¿EXISTEN VARIACIONES PARA EL DISCURSO DE ODIO ON LINE? 4.1. *Una aproximación general al TEDH y su jurisprudencia sobre discurso de odio versus libertad de expresión.* 4.2. *Una aproximación específica al discurso de odio on line y la jurisprudencia del TEDH más reciente en conexión con la libertad de expresión.* 5. PRINCIPALES CONCLUSIONES ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO AL DILEMA LIBERTAD DE EXPRESIÓN VERSUS DELITO DE ODIO ON LINE.

### **1. INTRODUCCIÓN**

Internet se ha convertido en un modo expeditivo de lograr la comunicación, al tiempo que ha posibilitado la expansión y difusión del denominado «hate speech» o discurso de odio. Ya en 2015, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en su Recomendación de ese mismo año, instaba a los Estados a que utilizarán sus facultades reguladoras en relación con los medios de comunicación. En dichos medios de comunicación, la Comisión incluía a los prestadores de servicios

3094. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED, España). Ha sido miembro suplente de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI), durante el período relativo a 2013-2017. Las opiniones vertidas en este capítulo de libro son personales.

de internet, los intermediarios *on line* y las redes sociales. El objetivo era claro: promover la lucha contra el discurso de odio y combatir su aceptación, al tiempo que se vela porque las medidas adoptadas en dicha lucha no vulneren la sacrosanta libertad de expresión y opinión<sup>3095</sup>.

En este sentido, conviene analizar si las posturas adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el discurso de odio en general se pueden aplicar directamente al discurso de odio cuando éste es realizado a través de medios *on line*. O si, por el contrario, las especificidades relativas a la utilización de los medios cibernéticos hacen que los estándares utilizados por el Tribunal Europeo sean diferentes, o presentan alguna especificidad.

En primer lugar, analizaremos los perfiles caracterizadores del discurso de odio *on line*. En segunda instancia, nos ocuparemos de cómo el Consejo de Europa y la Unión Europea han tratado el uso de medios cibernéticos con el fin de perpetrar el discurso de odio. En tercer lugar, nos centraremos en el examen de cuáles son los criterios generales utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de valorar el discurso de odio en relación con la libertad de expresión. Con posterioridad, realizaremos un examen más concreto de las sentencias más recientes de la instancia europea en torno al discurso de odio *on line* y la libertad de expresión. Finalmente, abordaremos las principales aportaciones realizadas por el TEDH en relación con el discurso de odio *on line* y su controvertido vínculo con la libertad de expresión, para llegar a conclusiones claras sobre si existe un tratamiento diferenciado o no del discurso de odio cuando se perpetra a través de internet.

## 2. LA CARACTERIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO ON LINE

Comenzando por la definición general del discurso de odio, hemos de señalar que uno de los instrumentos básicos al respecto fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en el año 1997 (la Recomendación N.<sup>o</sup> R (97) del Comité de Ministros del Consejo de Europa)<sup>3096</sup>, y constituye un referente importante en la mate-

3095. ECRI, Recomendación General n.<sup>o</sup> 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, párr. 7. ECRI, Recomendación General n.<sup>o</sup> 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015. La Recomendación contiene diez disposiciones, pero es muy interesante consultar el Memorándum explicativo, que es muy amplio. Traducción al español de la Recomendación General n.<sup>o</sup> 15: Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Traducción al español del Memorándum explicativo: Asociación de Intérpretes Madrid (AIM). Ambos documentos están disponibles en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>. Los elementos esenciales descritos vienen recogidos en el párr. 10.<sup>o</sup> del Memorándum explicativo.

3096. En efecto, en la Recomendación N.<sup>o</sup> R (97) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se define el discurso de odio como aquel que «aboga todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas

ria<sup>3097</sup>. En 2015 se adopta la Recomendación General de la ECRI N.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, de 8 de diciembre<sup>3098</sup>. Dicha Recomendación sigue la misma línea que la Recomendación del Comité de Ministros de 1997, aunque amplia los actos que se incluyen en la categorización de discurso de odio.

A efectos de dicha Recomendación General n.º15, debe entenderse como discurso de odio «la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menoscenso de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones – basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual».

Establecidos los elementos esenciales del discurso de odio, la ECRI identifica las formas que puede revestir dicho discurso. De este modo, especifica que el mismo puede adoptar forma oral o escrita o cualquier otra forma como pinturas, señales, símbolos, dibujos, música, obras de teatro o videos. Igualmente, dicho discurso puede expresarse por cualquier medio, resultando internet la vía más habitual al tiempo que peligrosa.

De este modo, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia se alinea con el Programa de Acción y la Declaración de Durban de 2001, que instaba a los Estados a que, de conformidad con el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos pertinente, aplicaran sanciones legales contra la incitación al odio racial mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, inclusive Internet<sup>3099</sup>. Sin embargo, la ECRI nos recuerda que todas las acciones reguladoras que se refieren a los medios de comunicación e internet, incluidas las dedicadas al discurso de odio, han de ser compatibles con el derecho a la libertad de expresión<sup>3100</sup>, y aquí es donde nos encontramos con el dilema más difícil de resolver.

---

de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante» (la traducción es propia). Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on «hate speech» (adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers Deputies), p. 107.

- 3097. Siempre teniendo en cuenta que dichas Recomendaciones sobre el discurso de odio por parte del Comité de Ministros y de la ECRI, del Consejo de Europa, se adoptan en coherencia con los instrumentos adoptados al respecto por la UE, en particular: la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (DOUE n.º L328, de 6 de diciembre de 2008); y el Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet, en [ec.europa.eu/newsroom/document](http://ec.europa.eu/newsroom/document).
- 3098. Recomendación núm. 15 de política general de la ECRI relativa a la lucha contra el discurso de odio, en <http://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-15-2016-015-ESP>
- 3099. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción y Declaración de Durban de 2001, apartado 145.
- 3100. Recomendación núm. 15 de política general de la ECRI relativa a la lucha contra el discurso de odio, en <http://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-15-2016-015-ESP>, párr. 7.

### 3. EL DISCURSO DE ODIO POR MEDIOS CIBERNÉTICOS Y LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA Y LA UNIÓN EUROPEA

Dentro de las formas que puede adoptar el discurso de odio, existe una que adquiere especial relevancia por su capacidad expansiva: la realizada a través de medios cibernéticos. Consciente de esa realidad, en el Consejo de Europa se adoptó, ya en el año 2001, la Convención contra la Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, y el Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medios informáticos, de 28 de enero de 2003<sup>3101</sup>.

Amén de los instrumentos normativos adoptados, los órganos del Consejo de Europa, ECRI y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se han ocupado del tema del discurso de odio *on line* de modo eficaz. En este sentido, opinamos como Bakalis, cuando afirma que la ECRI debe jugar un papel importante a la hora de establecer una serie de estándares para Europa, que garantizar una aproximación más uniforme al ciberodio, puesto que, en la actualidad, aún existen marcadas diferencias legales entre los Estados miembros del Consejo de Europa<sup>3102</sup>. Las distintas regulaciones legales existentes en torno al discurso de odio *on line* no son sino un reflejo de las diferentes normativas referentes al discurso de odio en general en los Estados miembros del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

La importancia de este tema viene reforzada por las actuaciones de la propia Unión Europea. Así, en mayo de 2016, la Comisión Europea y cuatro grandes empresas del sector de las TI (Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube) presentaron un «Código de conducta para combatir la incitación ilegal al odio en Internet en línea». Por otro lado, el 1 de marzo de 2018, se publicó una Recomendación de la Comisión sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea<sup>3103</sup>.

Vemos cómo tanto el Consejo de Europa como la UE son conscientes de las dificultades que genera la lucha contra el discurso de odio en internet y están intentando adoptar medidas eficaces. En el marco del Consejo de Europa, la ECRI realiza recomendaciones a los Estados en la línea de armonizar legislaciones, mien-

---

3101. Es de destacar que dicho Protocolo ha definido como «material racista y xenófobo»: «todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores» (art. 2). Ver: Bakalis, Chara, *Ciberodio: Un tema de preocupación constante para la Comisión contra el Racismo del Consejo de Europa*, Consejo de Europa, 2015. Sobre la responsabilidad de los portales de internet en relación también con el discurso de odio, ver: SIDLAUSKIENĖ, J. & JURKEVIČIUS, V., «Website Operator's Liability for offensive comments: a comparative analysis of Delfi as v. Estonia and Mte & Index v. Hungary», en *Baltic Journal of Law & Politics*, Vol. 10, n.º 2, pp. 46-75.

3102. BAKALIS, C., *Ciberodio: Un tema de preocupación constante para la Comisión contra el Racismo del Consejo de Europa*, Consejo de Europa, 2015, p. 23.

3103. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_19\\_805](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_805)

tras que en la UE también utilizan instrumentos como los Códigos de conducta y las Recomendaciones, con el fin de lograr el mismo resultado.

Los desarrollos conseguidos por el Consejo de Europa y la Unión Europea en torno al discurso de odio están en consonancia con la propia jurisprudencia del TEDH al respecto. Aunque dedicaremos un epígrafe específico al tema, nos gustaría anticipar que la jurisprudencia del TEDH ha tomado en consideración que el medio utilizado para realizar el discurso de odio podría magnificar el impacto de este, y para ello, hemos tomado en consideración dos sentencias.

Así, coincidimos con Elosegui<sup>3104</sup> cuando afirma que en el asunto *Stomakhin v. Rusia*, el TEDH destacó, de manera clara, que la forma de transmisión al realizarse en papel no realza el mensaje<sup>3105</sup>. Hubiera supuesto, en cambio, un claro reforzamiento del mensaje el hecho de haber optado por la difusión a través de redes sociales o internet.

En esta misma línea, en el asunto *Williamson v. Alemania*, se tuvo en cuenta que la información constitutiva de discurso de odio estuvo disponible en internet por un período de 30 días<sup>3106</sup>. En este último asunto, finalmente se inadmitió la demanda. No obstante, la disponibilidad en internet durante ese período es tenida en cuenta a efectos de aplicar brevemente el test de proporcionalidad en relación con el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>3107</sup>.

#### **4. LAS POSTURAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS AL ENFRENTARSE AL DISCURSO DE ODIO: ¿EXISTEN VARIACIONES PARA EL DISCURSO DE ODIO ON LINE?**

##### **4.1. UNA APROXIMACIÓN GENERAL AL TEDH Y SU JURISPRUDENCIA SOBRE DISCURSO DE ODIO VERSUS LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al enfrentarse al dilema discurso de odio *versus* libertad de expresión<sup>3108</sup>, ha adoptado tres posturas básicas. Una primera posición del TEDH consiste en aplicar la doctrina del abuso del derecho, conforme al art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>3109</sup>. Según dicha postura,

3104. ELOSEGUI, M., «El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos *Stomakhin v. Rusia*, *Williamson* y *Pastörs v. Alemania*», en Revista General de Derecho Europeo Justel, N.º 51, (2020), p. 15.

3105. STEDH, *Stomakhin v. Russia*, (n.º 52273/07), Judgment, Section 3, 08/10/2018.

3106. STEDH, *Williamson v. Alemania* (dec.) (n.º 64496/17), Section 5, de 31 de enero de 2019.

3107. *Ibidem* (10), p. 18.

3108. GARCÍA SAN JOSÉ, D., *Libertad de expresión 4.0 en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

3109. El art. 17 dispone que: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los

los discursos de odio no gozan de la protección de la libertad de expresión (art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH). De este modo, la invocación de la vulneración de la libertad de expresión en relación con los discursos de odio sería considerada abuso del derecho.

Otra de las posturas adoptadas por el Tribunal Europeo sería entrar a conocer del fondo del asunto, y dictar una sentencia desestimatoria o estimatoria. Así, el TEDH, en algunos casos, afirma que el art. 10 CEDH ampara determinados discursos para los que la sanción penal es desproporcionada, y en otros no. Para llegar a dicha evaluación relativa a la aplicación de la libertad de expresión, los discursos en cuestión son valorados a la luz de un triple test (legalidad, finalidad, y necesidad/proporcionalidad)<sup>3110</sup>.

Finalmente, una tercera posición, más reciente, sería la de aplicar el *test* de proporcionalidad, y concluir la inadmisibilidad del caso *ratione materia*, tras examinar conjuntamente los arts. 10 y 17 antes mencionados<sup>3111</sup>.

En relación con la primera postura y la tercera referentes a la invocación del art. 17 del CEDH, no podemos olvidar que dicho artículo se debe aplicar sólo en casos muy excepcionales. Así nos lo recuerda el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Perincek v. Suiza*, cuando declara que el artículo 17 sólo debe ser aplicable «sobre bases excepcionales y en casos extremos»<sup>3112</sup>.

En cuanto a la segunda postura relativa a la aplicación del mencionado triple *test*, sólo conviene recordar que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, el *test* de legalidad consiste en examinar si la sanción adoptada está «prevista por la ley». Este primer test lleva aparejado consigo el segundo, el *test* de finalidad. En efecto, dicha injerencia o sanción ha de responder a uno de los fines en el art. 10.2 de la CEDH: seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o la moral, protección de la reputación o derechos de terceros, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o,

---

derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo». (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, 10 octubre 1979)).

- 3110. European Court of Human Rights, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression*, Updated – 30 April 2021, pp. 19-24.
- 3111. Así ha ocurrido en algunos casos más recientes, como: STEDH, *Stomakhin v. Russia*, (n.º 52273/07), Judgment, Section 3, 08/10/2018; STEDH, *Asunto Williamson v. Alemania* (dec.) (n.º 64496/17), Section 5. Ver Elosegui, M., «El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos *Stomakhin v. Rusia*, *Williamson y Pastörs v. Alemania*», en Revista General de Derecho Europeo Iustel, N.º 51, (2020), p. 16.
- 3112. STEDH, *Perincek v. Suiza*, Gran Sala (n.º 27510/08), de 15 de octubre de 2015, p. 220. En la misma línea, ver: ECHR, *Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of abuse of rights*, updated on 31 August 2020, párr. 69.

por último, la autoridad e imparcialidad del poder judicial. La tercera vertiente del *test* examina si la restricción o sanción es necesaria en una sociedad democrática. Para valorar dicha necesidad, se hace preciso un análisis de la proporcionalidad de la injerencia o sanción en relación con el fin perseguido.

Dicha evaluación merecería un examen de los medios disponibles para lograr el fin, y el recurso a aquellas medidas que limitaran menos la libertad de expresión (*test* de necesidad y proporcionalidad). Aquí es donde la utilización de los medios cibernéticos cobraría una especial relevancia, puesto que son medios que permiten lograr el fin previsto de un modo rápido y expansivo. En este sentido, hemos de destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha valorado también el soporte comunicativo utilizado, «y la capacidad real del discurso pronunciado para, dadas las circunstancias de tiempo y lugar, generar el efecto de violencia aparejado a tales expresiones»<sup>3113</sup>.

En todo caso, detectamos que no existen una serie de estándares uniformes aplicables a todos los casos en que se enfrenten el discurso de odio y la libertad de expresión. De este modo, en algunos asuntos, el Tribunal examina uno por uno cada uno de los textos en litigio y las motivaciones de los tribunales internos para sancionar los mismos llegando a conclusiones diferentes para cada uno de los textos. A pesar de dicha fragmentación, sí es interesante constatar que el elemento del contexto y de la incitación a la violencia son, en definitiva, los más profusamente utilizados para determinar la existencia del discurso de odio cuya penalización es correcta. En este sentido, el medio utilizado tendría especial relevancia a la luz del impacto que el mismo puede tener en relación con la incitación a la violencia.

#### 4.2. UNA APROXIMACIÓN ESPECÍFICA AL DISCURSO DE ODIO ON LINE Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH MÁS RECIENTE EN CONEXIÓN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Nos interesa llamar la atención sobre una serie de casos más recientes, que demuestran la línea jurisprudencial que sigue el TEDH en la materia, cuando se enfrenta al discurso de odio *on line*. Así, en la Decisión de admisibilidad *Smajić v. Bosnia and Herzegovina*<sup>3114</sup> se planteaba la vulneración de la libertad de expresión de un hombre condenado por incitación al odio tras una serie de publicaciones en un foro de internet. En dicho foro se llegaron a describir acciones militares que se pudieran emprender contra pueblos serbios en el distrito de Brčko, en caso de que se produjera otra guerra. A juicio del demandante, éste había sido condenado sólo por ejercer su libertad de expresión, manifestando su opinión sobre un asunto de interés público.

3113. EGUILUREN PRAELI, F., BUSTOS GISBERT, R. y TORRES MURO, I., *Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo*, Pamplona, Civitas-Thompson Reuters, 2012, p. 192.

3114. STEDH, *Smajić v. Bosnia and Herzegovina* (n.º 48657/16), de 18 de enero de 2018 (decision on the admissibility).

El Tribunal declaró inadmisible la denuncia del demandante en virtud del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por ser manifiestamente infundada, lo que demuestra que la instancia europea tiene muy clara cuál es la línea a seguir. En concreto, en este asunto, el Tribunal estimó que las instancias judiciales nacionales habían examinado cuidadosamente el caso, habían justificado suficientemente su condena. Igualmente, tomó en consideración, en el mismo sentido de su jurisprudencia anterior, el contexto. En este caso, las sensibles relaciones étnicas de la sociedad bosnia posterior al conflicto, de modo que las expresiones insultantes hacia los serbios cobraban particular relevancia.

También entró a valorar las penas, considerando que no habían sido excesivas. En consecuencia, concluyó que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante había sido correcta de acuerdo al triple *test* ya mencionado. En efecto, dicha injerencia estaba prevista por la ley, había perseguido el objetivo legítimo de proteger la reputación y derechos de los demás, y había sido proporcional. No existiendo apariencia alguna de posible vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, declaró el caso inadmisible.

Una decisión similar, de inadmisibilidad por constituir una demanda mal fundada se da en el asunto *Nix v. Germany*<sup>3115</sup>. También se daba un supuesto de publicación en un blog en internet, pero la condena al demandante se refería a la publicación por dicho medio de una imagen de un líder nazi y una esvástica. En este caso, la cuestión estribaba en averiguar la verdadera intención del demandante, puesto que éste alegó que los tribunales nacionales no habían tomado en consideración que dicha publicación intentaba ser una protesta contra la discriminación de los niños de origen migrante. El Sr. Nix convenció al TEDH de que su intención no era incitar a la violencia o pronunciar un discurso de odio. No obstante, la instancia europea avala la posición de los tribunales alemanes de que la utilización de la imagen del exjefe de las SS Heinrich Himmler y de la esvástica constituye un delito a la luz de la legislación alemana.

Por otro lado, el TEDH se amparó en la propia jurisprudencia interna alemana que estima que el uso crítico de tales símbolos no es suficiente para eximir a alguien de responsabilidad penal, sino que lo que se requiere es una oposición clara y evidente a la ideología nazi. En el caso del demandante, el TEDH valoró positivamente la acción de los tribunales internos, puesto que éste no había rechazado clara y obviamente la ideología nazi en su blog. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que las autoridades nacionales habían realizado una interferencia en la libertad de expresión legítima, y no se habían excedido de su margen de apreciación.

En la misma línea, y también en relación con materiales extremistas y neonazis, se halla el asunto *Kilin v. Rusia*<sup>3116</sup>. Este caso se refería a la condena del demandante

---

3115. STEDH, *Nix v. Germany* (dec.), no. 35285/16), de 13 de marzo de 2018.

3116. STEDH, *Kilin v. Rusia* (n.º 10271/12), de 11 de mayo de 2021.

por difundir materiales extremistas en una popular red social *on line*. En particular, se trataba de archivos de audio y video supuestamente racistas que involucraban a neonazis y a personas de ascendencia aparentemente caucásica. La presunta vulneración de su libertad de expresión no fue estimada por el Tribunal Europeo. El Tribunal Europeo volvió a avalar el margen de apreciación de los tribunales internos, al estimar las circunstancias del caso, la naturaleza racista del material y la ausencia de cualquier comentario sobre dicho contenido. A su juicio, los tribunales nacionales habían demostrado de manera convincente que el material impugnado había incitado a la discordia étnica y, sobre todo, había quedado probada la intención del demandante de incitar a la comisión de actos de odio e intolerancia. También fueron estimadas apropiadas y proporcionales las condenas impuestas por los tribunales internos.

Con todo, no siempre el Tribunal Europeo estima que la actuación de los tribunales nacionales es legítima. Resulta llamativo otro de los casos referente a la utilización de un blog en internet. Se trata del asunto *Savva Terentyev v. Rusia*<sup>3117</sup>. Este caso se refería a la condena por tribunales internos al demandante, por un delito de incitación al odio. En su blog había realizado comentarios insultantes sobre los agentes de policía rusos. A diferencia de los casos anteriores, la instancia europea sí consideró que había existido una vulneración de la libertad de expresión del demandante por parte de las autoridades judiciales rusas. Consideró que, si bien el lenguaje del demandante había sido ofensivo e impactante, esto no justificaba por sí solo la injerencia en su libertad de expresión. Se tomó en consideración el contexto general de sus comentarios en internet, que no eran más que un intento, quizás provocador, de expresar su ira por lo que percibía como una interferencia policial. Faltaba, una vez más, el llamamiento real a la violencia física contra la policía, para que fuera constitutivo de discurso de odio.

Aunque se trata de un caso pendiente ante la Gran Sala, conviene mencionar el asunto *Sanchez v. France*<sup>3118</sup>. El demandante era un concejal que se presentaba a las elecciones al Parlamento. Este señor no adoptó medidas para eliminar comentarios colgados en su muro de Facebook por terceras personas, y que eran constitutivos de incitación al odio o la violencia contra un grupo de individuos por motivos religiosos. En su sentencia de Sala de 2 de septiembre de 2021, el Tribunal sostuvo, por seis votos contra uno, que no había habido violación del artículo 10 (libertad de expresión) del Convenio con respecto al demandante, puesto que la injerencia realizada había sido «necesaria en una sociedad democrática». El 17 de enero de 2022, el Panel de la Gran Sala aceptó la solicitud del demandante de que el caso se remitiera a la Gran Sala. Este asunto resulta más espinoso puesto que se trata de los comentarios de terceras personas en el muro de Facebook del demandante, y uno se puede llegar a plantear hasta qué punto uno es responsable de dichos comentarios o si existe la obligación de eliminarlos en tanto en cuanto constituyan

3117. STEDH, *Savva Terentyev v. Rusia* (n.º 10692/09), de 28 de agosto de 2018.

3118. STEDH, *Sanchez v. France* (n.º 45581/15), de 2 de septiembre de 2021.

incitaciones a la violencia. Habremos de esperar a la sentencia de la Gran Sala para llegar a conclusiones clarificadoras al respecto.

A este respecto, y en una línea similar, conviene recordar el asunto *Delfi AS v. Estonia*<sup>3119</sup>. Éste fue el primer asunto en que el TEDH se tuvo que pronunciar sobre la responsabilidad acerca de los comentarios generales de usuarios en un portal de noticias de internet. No se trataba de comentarios en un muro de una página personal de Facebook, sino que se encontraba comprometida la empresa responsable de dichas noticias *on line*. De este modo, la empresa demandó a Estonia porque los tribunales internos la habían considerado responsable por los comentarios ofensivos publicados por sus lectores en uno de sus artículos de noticias en línea sobre una compañía naviera.

De este modo, y a petición de los abogados del propietario de la naviera, la empresa demandante eliminó los comentarios ofensivos unas seis semanas después de su publicación. La Corte europea mantuvo que no había habido violación de la libertad de expresión, puesto que la mayoría de los comentarios eran constitutivos de incitación al odio o la violencia contra el propietario de la compañía naviera. En casos como éste, el TEDH considera que los derechos de las personas y de la sociedad en su conjunto deben prevalecer.

Igualmente, el TEDH menciona que los Estados están legitimados para imponer sanciones a los portales de noticias de internet si éstos no toman medidas para suprimir rápidamente comentarios manifiestamente ilícitos. En este sentido, no sería necesario siquiera la notificación de la presunta víctima o de terceros. En consecuencia, el Tribunal consideró que la declaración de responsabilidad de los tribunales estonios contra la empresa demandante había sido una injerencia justificada y proporcionada en la libertad de expresión del portal<sup>3120</sup>.

En consecuencia, podemos deducir que, a juicio del TEDH, existen una serie de deberes de los portales de noticias en internet en los términos del artículo 10 párr. 2 de la Convención. Tal y como manifestó el Tribunal en el asunto *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*<sup>3121</sup>, no hay duda de que «Internet news portals had to, in principle, assume duties and responsibilities». Habrá que esperar a la Sentencia de la Gran Sala para saber si esta interpretación puede hacerse extensiva a la responsabilidad del Sr. Sánchez en relación con los comentarios ajenos publicados en su muro de Facebook.

---

3119. STEDH, *Delfi AS v. Estonia*, Grand Chamber (n.º 64569/0), de 16 de junio de 2015.

3120. Tomó en consideración aspectos tales como: el carácter extremo de los comentarios en cuestión, el hecho de que se hubieran publicado como reacción a un artículo a su vez publicado por la empresa solicitante en su portal de noticias, la insuficiencia de las medidas adoptadas por la empresa para eliminar sin demora después de la publicación los comentarios constitutivos de discurso de odio, y la sanción moderada (320 euros) impuesta a la empresa.

3121. STEDH, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary* (n.º 22947/13), de 2 de febrero de 2016.

## 5. PRINCIPALES CONCLUSIONES ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO AL DILEMA LIBERTAD DE EXPRESIÓN VERSUS DELITO DE ODIO ON LINE

En definitiva, y a la luz de los casos más recientes ante el TEDH relativos al discurso de odio *on line*, vemos cómo se aplican exactamente los mismos parámetros que para el discurso de odio por otras vías. El contexto, la intención de incitar a la violencia y el impacto real son los elementos más ampliamente tomados en consideración a la hora de examinar el margen de apreciación de los tribunales internos cuando realizan una injerencia en la libertad de expresión. No obstante, la vía utilizada, en este caso internet, puede tener repercusiones decisivas a la hora de aplicar el triple *test*, ya que puede acentuar el impacto y la gravedad de los hechos evaluados.

El Tribunal se ha referido, en repetidas ocasiones, a la capacidad de expansión que tiene internet, debido a su accesibilidad y a su capacidad para almacenar y comunicar gran cantidad de información<sup>3122</sup>. Por otro lado, el TEDH es consciente de que algunos contenidos se comparten exclusivamente a través de internet<sup>3123</sup>, como ha ocurrido en algún caso conocido por la instancia europea en relación con YouTube<sup>3124</sup>.

Es de destacar que las especificidades del ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito de internet han conducido al Tribunal Europeo a examinar cómo lograr el equilibrio entre la libertad de expresión y otros derechos humanos. Como punto de partida, la instancia europea considera que los riesgos para los derechos y libertades fundamentales que implica la comunicación a través de internet son claramente superiores a los que plantea la prensa convencional escrita<sup>3125</sup>. En consecuencia, y a juicio de la Corte europea, se deben mantener los recursos efectivos a nivel interno para hacer valer la responsabilidad de los agentes implicados en expresiones difamatorias, incluidos los discursos de odio<sup>3126</sup>.

Para la instancia europea, las normas que rigen el uso de internet habrán de garantizar la promoción y protección de los derechos humanos<sup>3127</sup>. De este modo, un

3122. STEDH, *Delfi AS v. Estonia*, Grand Chamber (n.º 64569/0), de 16 de junio de 2015, párr. 133; STEDH, *Times Newspapers Ltd v. Reino Unido* (n.º 23676/03 and 3002/03), párr. 27.

3123. STEDH, *Jankovskis v. Lituania* (n.º 5716/94), de 12 de octubre de 2007, párr. 49; STEDH, *Kalda c. Estonia* (n.º 17429/10), de 19 de enero de 2016, párr. 52.

3124. STEH, *Cengiz y otros v. Turquía* (n.º 48226/10 and 14027/11), de 12 de diciembre de 2015, párr. 52

3125. STEDH, *Delfi AS v. Estonia*, Grand Chamber (n.º 64569/0), de 16 de junio de 2015, párr. 133; STEDH, *Consejo editorial de Pravoye Delo y Shtekel v. Ucrania* (n.º 33014/05), de 5 de mayo de 2011, párr. 63; STEDH, *Węgrzynowski y Smolczewski v. Polonia* (n.º 33846/07), de 16 de julio de 2013, párr. 98.

3126. STEDH, *Delfi AS v. Estonia*, Grand Chamber (n.º 64569/0), de 16 de junio de 2015, párr. 110.

3127. STEDH, *Consejo editorial de Pravoye Delo y Shtekel v. Ucrania* (n.º 33014/05), de 5 de mayo de 2011, párr. 63.

discurso de odio o un discurso difamatorio, vía internet, podrá difundirse por todo el mundo y, en ocasiones, permanece disponible de forma persistente<sup>3128</sup>. A estos efectos, será esencial determinar el alcance público de una determinada información, difundida *on line*, y posiblemente constitutiva de discurso de odio<sup>3129</sup>.

En este sentido, conviene resaltar que a la hora de determinar que una información de internet ha de ser retirada, el Tribunal Europeo ha identificado cuatro criterios, que pretenden lograr el equilibrio entre la libertad de expresión y otros derechos humanos: el contexto y el contenido de los comentarios; la responsabilidad de los autores de los comentarios; las medidas adoptadas por los demandantes y la conducta de la parte agraviada; y las consecuencias para la parte agraviada y para los demandantes. Dichos criterios son de plena aplicación a los casos de discurso de odio<sup>3130</sup>.

De hecho, el Tribunal sostuvo, en el asunto *Delfi AS v. Estonia* ante la Gran Sala, que estaba justificado en virtud del artículo 10 del Convenio ordenar a un portal de noticias de Internet el pago de daños y perjuicios por comentarios anónimos insultantes publicados en el mismo. La base para dicha orden de pago se hallaba en la propia naturaleza extrema de los comentarios, que constituían expresiones de odio e incitaban a la violencia.

En definitiva, cualquiera que sea el medio utilizado, aquellas declaraciones que inciten a la discriminación racial y al odio no pueden ampararse en el artículo 10 párr. 2. En particular, el TEDH ha mantenido que la condena del propietario de un sitio web, que también era político, por difundir comentarios xenófobos era necesaria, legítima y proporcional con vistas a la protección de los derechos de la comunidad inmigrante<sup>3131</sup>. Lo mismo ocurrió en el asunto *Willem v. Francia*<sup>3132</sup>, sobre la condena de un representante electo por comentarios que incitaban a la discriminación, que fueron repetidos en el sitio web del municipio.

En sentido contrario, en el asunto *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index. hu Zrt v. Hungría*<sup>3133</sup>, a la luz de la ausencia de discurso de odio e incitación a la violencia en los comentarios de los usuarios en cuestión, el TEDH consideró que la responsabilidad objetiva de los portales de Internet por los comentarios de terceros no era compatible con el artículo 10 de la Convención.

En todo caso, parece obvio que las características específicas de cualquier discurso realizado a través de internet pueden tenerse en cuenta para decidir sobre el

- 3128. STEDH, *Delfi AS v. Estonia*, Grand Chamber (n.º 64569/0), de 16 de junio de 2015, párr. 110; STEDH, *Annen v. Alemania* (n.º no. 3690/10), 26 de noviembre de 2015, párr. 67.
- 3129. STEDH, *Savva Terentyev v. Rusia* (n.º 10692/09), de 28 de agosto de 2018, párr. 79; STEDH, *Delfi AS v. Estonia*, Grand Chamber (n.º 64569/0), de 16 de junio de 2015, párr. 133.
- 3130. ECHR, *Guide to Article 10 of the Convention-Freedom of expression*, last update 31.08.2022, en particular p. 111.
- 3131. STEDH, *Féret v. Bélgica* (n.º 15615/07), de 16 de julio de 2009, párr. 78.
- 3132. STEDH, *Willem v. France* (no. 10883/05), de 16 de julio de 2009.
- 3133. STEDH, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary* (n.º 22947/13), de 2 de febrero de 2016, párr. 91.

nivel de gravedad y el impacto que tiene un ataque a una persona, en el ámbito de aplicación del artículo 8<sup>3134</sup>. De hecho, en el asunto *Cicad v. Suiza*, el TEDH habló del llamado «efecto amplificador» de las redes sociales<sup>3135</sup>. Este caso trataba de acusaciones de antisemitismo, en relación con unas publicaciones que se realizaron en la página web de una asociación. Suiza ordenó la retirada de la información en cuestión. Al llegar el asunto ante el TEDH, éste consideró que el impacto de la acusación de antisemitismo era considerable, ya que la publicación había sido visible para un gran número de personas simplemente introduciendo el nombre de la persona afectada en un motor de búsqueda.

Con todo, dicho efecto amplificador tampoco puede presumirse siempre<sup>3136</sup>, ya que existen espacios con cierta dosis de privacidad en internet, con lo que el impacto será menor<sup>3137</sup>. En esta línea, y haciendo referencia al margen de apreciación de los Estados miembros del Consejo de Europa, el TEDH reconoce que éste es más amplio en aquellos supuestos en que se involucra solo a ciertos particulares en portales privados de internet o con acceso limitado<sup>3138</sup>.

Finalmente, estimamos que los principios generales aplicables a las publicaciones fuera de línea también se aplican en línea, y que el art. 10.2 CEDH, tal y como se ha señalado con antelación, no ampararía el discurso de odio en todas sus formas, tampoco el realizado *on line*. El discurso de odio no puede encontrar, así, refugio en el anonimato o en la amplia difusión de internet, lo que constituye una esperanza a la par que se conserva la protección de la sacrosanta libertad de expresión.

---

3134. STEDH, *Arnarson v. Iceland*, (n.º 58781/13), de 13 de junio de 2017, párr. 37.

3135. STEDH, *Cicad v. Suiza* (no. 17676/09), de 7 de junio de 2016, párr. 60.

3136. FRESNO LINERA, M., «La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial», Revista Catalana de Dret Public, n.º 61, (2020).

3137. *Wrona v. Poland* (dec.) [committee], no. 68561/13, de 12 de diciembre de 2017, párr. 21.

3138. *Wrona v. Poland* (dec.) [committee], no. 68561/13, de 12 de diciembre de 2017, párr. 21; véase también *Kucharczyk v. Poland* (dec.) [committee], no. 72966/13, de 24 de noviembre de 2015.



## *Capítulo 48*

# O discurso de ódio no sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

RENATO LOPES MILITÃO<sup>3139</sup>

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE DISCURSO DE ÓDIO. 3. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 4. REGIME DAS INGERÊNCIAS NO EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 5. PROIBIÇÃO DO ABUSO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 6. TRATAMENTO DOS DISCURSOS DE ÓDIO PELO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. 7. CONCLUSÕES.

## 1. INTRODUÇÃO

O discurso de ódio, que *prima facie* se traduz nas condutas expressivas que discriminam ou fomentam a discriminação, o ódio ou a violência, em virtude de os visados serem diferentes, não é um fenômeno recente. Todavia, nas últimas três/quatro décadas, fruto de realidades várias, que não cumpre abordar aqui, não só têm alastrado condutas desse jaez, como a sua visibilidade é agora superlativa, designadamente em face da expansão das redes sociais, palcos privilegiados de tais condutas. Consequentemente, para além de o tema ter (re)adquirido centralidade, surgiram também fortíssimas reações de sentido contrário.

Neste quadro, os Estados têm intensificado as restrições a discursos de ódio, em nome da defesa de plúrimos interesses, quer *objetivos*, quer *subjetivos*. Porém, ao limitarem de algum modo a livre comunicação do pensamento e de informação, tais restrições envolvem o perigo de os Estados, ainda que porventura alguns não intencionalmente, comprimirem excessivamente a individualidade das pessoas, o que é dizer, a dignidade da pessoa humana, bem como a existência de uma esfera de discurso público pluralista, aberta, desinibida e robusta, sem temas tabu, a qual é requisito, além do mais, do princípio democrático e do princípio do Estado de Direito, com consequências profundamente nefastas, sobretudo a longo prazo<sup>3140</sup>.

3139. Doutor em Direito – Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado (Portugal).

3140. Acresce que a adoção de medidas desse jaez por parte de Estados democráticos é suscetível de inspirar e legitimar leis censórias de Estados autoritários. Jacob Mchangama e Joelle Fiss

Ora, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>3141</sup> (CEDH)<sup>3142</sup>, de que fazem parte integrante os Protocolos Adicionais à mesma aprovados posteriormente, consagra um catálogo de direitos dos particulares frente aos Estados-partes, entre os quais se surpreende o *direito à liberdade de expressão*. Concomitantemente, tal Convenção prevê a tutela supraestadual desses direitos, que atualmente é assegurada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), frequentemente designado por Tribunal de Estrasburgo, dado que se encontra sediado nesta cidade francesa<sup>3143</sup>. Acresce que, em virtude de a CEDH (art. 32.º, n.º 1) atribuir ao TEDH competência relativamente a todas as questões respeitantes à *interpretação* e à *aplicação* dessa Convenção e dos respetivos Protocolos, os Arrestos desse Tribunal servem não apenas para decidir os casos concretos neles em causa, mas também para determinar o conteúdo e o sentido das normas dos referidos instrumentos. Deste modo, a interpretação da CEDH e dos seus Protocolos feita pelo Tribunal de Estrasburgo deve considerar-se parte integrante do corpo de tais diplomas, como se de uma *interpretação autêntica* dos mesmos se tratasse. Assim, a CEDH e os seus Protocolos devem ser assumidos no plano interno dos Estados-partes<sup>3144</sup>, designadamente pelos respetivos tribunais, com o conteúdo e o sentido que lhes são conferidos

---

evidenciam como a lei alemã *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (*NetzDG*), de 1 de setembro de 2017, tendente a combater a publicação de conteúdos criminosos, designadamente discursos de ódio, através das redes sociais, a qual, além do mais, impõe às empresas que gerem essas redes obrigações de fiscalização e remoção de tais conteúdos, tem influenciado fortemente a legislação de Estados autoritários, dirigida à propaganda, controle e censura na Internet. De acordo os referidos autores, a *NetzDG* «forneceu um plano para a censura na Internet que está a ser usado para atingir a dissidência e o pluralismo», tendo criado «uma corrida regulatória para baixo, que mina a liberdade de expressão tal como é garantida pelos standards internacionais de direitos humanos e cujas inadvertidas consequências negativas superam os seus benefícios incertos, num momento em que a liberdade na Internet se encontra em declínio há nove anos consecutivos» (cf. MCHANGAMA, J., FISS, J., *The Digital Berlin Wall: How Germany (Accidentally) Created a Prototype for Global Online Censorship – Act Two*, Copenhagen, Justitia (2020), disponível na Internet, in <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu>).

- 3141. Utilizamos a expressão direitos humanos em substituição da expressão *direitos do homem*, conforme recomendado pela Resolução da Assembleia da República n.º 39/2013, de 3 de abril, mantendo, no entanto, a segunda destas expressões nas citações de textos que a utilizam.
- 3142. Na verdade, a designação oficial da CEDH é Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.
- 3143. O acesso *direto* ao TEDH apenas se tornou admissível a partir de 1 de novembro de 1994, quando esse Tribunal, por força do Protocolo n.º 11, de 11 de maio de 1994, passou a funcionar em permanência. Até aí, as petições tinham de ser dirigidas à Comissão Europeia dos Direitos Humanos (CoEDH), a qual verificava a admissibilidade das mesmas, tentava alcançar uma resolução amigável do litígio e só posteriormente remetia as partes para o Tribunal, o que poucas vezes sucedia.
- 3144. Portugal é um dos Estados-partes da CEDH, vigorando esta Convenção na nossa ordem jurídica *ex vi* do n.º 2 do art. 8.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), pelo que possui entre nós valor *infraconstitucional*, mas *supralegalitivo*, como entende a doutrina largamente maioritária, que seguimos.

pela jurisprudência de Estrasburgo. Pretendemos, por isso, identificar aqui, numa perspetiva crítica, o tratamento que a CEDH, tal como é lida pelo TEDH, dispensa às restrições estaduais aos discursos de ódio.

## 2. CONCEITO DE DISCURSO DE ÓDIO

O conceito de discurso de ódio está longe de ser pacífico. Contudo, aqui, atento o tema deste texto, somente nos interessa perscrutar o seu alcance no sistema da CEDH.

Nem esta Convenção, nem qualquer dos Protocolos Adicionais à mesma oferecem um conceito de discurso de ódio. E, na verdade, não lhes competia fazê-lo. Densificar conceitos jus-convencionais é tarefa do TEDH.

Sucede, porém, que o Tribunal de Estrasburgo não tem aprofundado o conceito de discurso de ódio, expressão que, aliás, ao que cremos, apenas utilizou pela primeira vez no *Ac. Sürek e Özdemir c. Turquia, de 8 de julho de 1999*<sup>3145</sup>. Esse Tribunal sublinha que o referido discurso «deve ser entendido como abrangendo todas as formas de expressão que disseminam, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, a xenofobia, o antisemitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância»<sup>3146</sup>. Aduz frequentemente que tal discurso não implica, necessariamente, apelos a atos de violência ou a outros atos criminosos, integrando igualmente ataques a pessoas cometidos por insultos, ridicularização ou calúnias a grupos específicos<sup>3147</sup>. Para além disso, cita por vezes alguns instrumentos internacionais sobre o tema que conceptualizam o discurso de ódio ou concorrem para o efeito<sup>3148</sup>.

De entre esses instrumentos, o que vai mais longe no aprofundamento do conceito de discurso de ódio é a Recomendação Rec (97)20, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 30 de outubro de 1997, justamente sobre este discurso, a qual nele comprehende «todas as formas de expressão que propaguem, incitem, promovam ou justifiquem o ódio racial, a xenofobia, o antisemitismo ou quaisquer outras formas de ódio fundadas em intolerância, incluindo intolerância expressa sob a forma de nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, migrantes e pessoas com origem imigrante»<sup>3149</sup>. Tal conceito foi entretanto reformulado pelo referido Comité, na Recomendação CM/Rec (2022)16, de 20 de maio de 2022, sobre o combate ao discurso de ódio, segundo a qual este discurso integra «todo o tipo de expressão que incite, promova, propague ou justifique violência, ódio ou discriminação contra uma pessoa ou grupo de pessoas, ou que os denigra, em razão de características pessoais, reais ou atribuídas, ou

3145. Cf. Ac. Sürek e Özdemir c. Turquia, de 8 de julho de 1999, § 63.

3146. Cf. Ac. Sterri Taulats e Roura Capellera c. Espanha, de 13 de março de 2018, § 41.

3147. Cf. Ac. Vejdeland c. Suécia, de 9 de fevereiro de 2012, § 55.

3148. Cf. v. g., Ac. Mariya Alekhina e outros c. Rússia, de 17 de julho de 2018, §§ 101-113.

3149. Transcrevendo este conceito, veja-se, por todos, Ac. Budinova e Chaprazov c. Bulgária, de 16 de fevereiro de 2021, § 35.

condição dos visados, como a «raça», cor, idioma, religião, nacionalidade, origem nacional ou étnica, idade, deficiência, sexo, identidade de género ou orientação sexual». É, pois, de admitir que também este conceito venha a ser referenciado nalguns Arestos do TEDH.

Contudo, tais conceitos de discurso de ódio contêm expressões demasiado vagas e indeterminadas. E, sobretudo, mostram-se excessivamente amplos, compreendendo diversas realidades, com diferentes graus de danosidade ou perigosidade para os bens jus-convencionais antagónicos, a exigirem respostas distintas, muitas delas extrajurídicas, como ações de formação, campanhas informativas e contradiscursos.

Estes problemas não são superados, sequer substancialmente minimizados, pelas soluções que o Tribunal de Estrasburgo tem dado aos casos concretos relativos a discursos de ódio que tem sido chamado a decidir. Na verdade, a metódica casuística adotada por esse Tribunal no tratamento da matéria tem mesmo levado a algumas soluções incongruentes, o que dificulta ainda mais a apreensão do conceito de discurso de ódio no sistema da CEDH. Paradigmática é a não rara subtração a esta categoria, pelo mencionado Tribunal, da defesa da implementação de regimes baseados na intolerância religiosa e na discriminação, contrários aos valores fundamentais da CEDH, por não ser acompanhada de *incitamentos* ao ódio ou à violência, quando, como vimos, esse Tribunal afirma recorrentemente que o referido discurso não implica apelos a atos de violência ou a outros atos criminosos<sup>3150</sup>.

Por conseguinte, desde logo ao nível da delimitação do conceito de discurso de ódio, a jurisprudência de Estrasburgo não oferece a necessária segurança. Impõe-se, por isso, que o TEDH densifique suficientemente esse conceito, de forma a que as pessoas possam saber, com um razoável grau de certeza, quais as condutas expressivas suscetíveis de a ele se subsumirem.

Mas vejamos se, no domínio da CEDH, tal como a lê o TEDH, pese embora não se mostre devidamente conceptualizado, o discurso de ódio obtém algum grau de proteção pelo direito à liberdade de expressão aí consagrado e, na afirmativa, qual. Para o efeito, começemos por tentar surpreender o lastro normativo deste direito no sistema da CEDH.

---

3150. Por exemplo no Ac. Gündüz c. Turquia, de 4 de dezembro de 2003, no qual estava em causa a condenação criminal interna do líder de uma seita político-religiosa islâmica, em virtude de, num programa televisivo, ter defendido a substituição do Estado laico e do regime democrático por um regime baseado na *Sharia*, o que o TEDH assumiu ser contrário aos valores fundamentais da CEDH, esse Tribunal acabou por concluir que «o simples fato de se defender a sharia, sem se apelar à violência para estabelecê-la, não pode ser considerado como “discurso de ódio”» (cf. Ac. *cit.*, §§ 42-52). Na mesma linha, no Ac. Erbakan c. Turquia, de 6 de julho de 2006, considerou o Tribunal de Estrasburgo que o discurso aí em causa beneficiava da tutela da liberdade de expressão porque «não ficou demonstrado que, no momento da instauração do processo contra o requerente, tenha gerado “um risco atual” e um “iminent” perigo para a sociedade (...) ou que tal era provável» (cf. Ac. *cit.*, § 68).

### 3. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Atento o teor do art. 10.º, n.º 1, da CEDH, o direito à liberdade de expressão compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias, em qualquer dos casos sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. Assim, aí, ao invés do que sucede na ordem jus-constitucional portuguesa<sup>3151</sup>, a liberdade de expressão é entendida em sentido amplo, integrando todos os direitos comunicacionais.

No sistema da CEDH, a liberdade de expressão assegura, pois, a transmissão/receção do *pensamento* (sentimentos, convicções, opiniões, ideias...) e de *informação* (conhecimento, saber, dados, factos...).

Por outro lado, aí, a liberdade de expressão possui aí uma *função dual*, quer *subjetiva*, quer *objetiva*. De acordo com a jurisprudência de décadas do Tribunal de Estrasburgo<sup>3152</sup>, essa liberdade constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições primordiais do progresso desta e do desenvolvimento de cada pessoa<sup>3153</sup>. Trata-se, assim, não só de um *direito subjetivo*, mas igualmente de uma *garantia institucional do regime democrático e do progresso social*.

Em sintonia, no referido sistema, a liberdade de expressão apresenta-se, antes de mais, como um direito *negativo*. Trata-se, pois, fundamentalmente, de um espaço de autonomia e imunidade perante os Estados-partes, que importa a não interferência destes. Contudo, para o TEDH, o exercício real e efetivo dessa liberdade não depende apenas do dever do Estado de se abster de impedir ou dificultar, igualmente exigindo que os poderes públicos tomem, de direito e de facto, *medidas positivas de proteção*<sup>3154</sup>. Acresce que o Tribunal de Estrasburgo considera que da liberdade de expressão decorrem ainda para o Estado *obrigações de promoção*, de entre elas se destacando a de assegurar a existência de uma imprensa livre e pluralista, designadamente com vista à satisfação do direito dos cidadãos («do público») a serem mantidos permanente e adequadamente informados, o qual esse Tribunal tem por incluído na referida liberdade<sup>3155</sup>.

De acordo com o TEDH, a liberdade de expressão é válida não apenas para as ideias e informações que possam ser acolhidas favoravelmente ou consideradas inofensivas, mas também para aquelas que chocam, ferem ou ofendem, por a tanto exigir o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não há sociedade democrática<sup>3156</sup>. Isto é, a aludida liberdade abarca a transmissão/receção de

3151. A CRP individualiza grande parte dos direitos fundamentais da comunicação. Acresce que, em face do Diploma Fundamental português, o objeto, o conteúdo, os limites e os próprios titulares de alguns desses direitos são distintos.

3152. Assim é pelo menos desde o Ac. Handyside c. Reino Unido, de 7 de dezembro de 1976, § 44.

3153. Cf. Ac. Colaço Mestre e SIC c. Portugal, de 26 de abril de 2007, § 22.

3154. Cf. Ac. Manole e outros c. Moldova, de 17 de setembro de 2009, designadamente §§ 99-101.

3155. Cf. Ac. Centro Europa 7 S. R. L. e Di Stefano c. Itália, de 7 de junho de 2012, § 134.

3156. Cf. Ac. Colaço Mestre e SIC c. Portugal, de 26 de abril de 2007, § 22.

ideias e informações lesivas de direitos e interesses dos indivíduos, das entidades coletivas, da sociedade e do Estado.

Ainda segundo o Tribunal de Estrasburgo, a liberdade de expressão compreende o recurso a algum exagero e, mesmo, provocação<sup>3157</sup>, protegendo comunicações algo imoderadas<sup>3158</sup>. A sua tutela concede, pois, um amplo espaço à chamada *incontinência verbal*.

Especificamente no que concerne à *sátira* e à *caricatura*, o TEDH não só reconhece que se trata de formas de expressão artística e comentário social que, pelas suas características de exagero e de distorção da realidade, visam provocar e agitar, como considera que se lhe impõe examinar com particular atenção toda a ingerência no direito de um artista, ou qualquer outra pessoa, a exprimir-se assim<sup>3159</sup>.

Ademais, perante a jurisprudência de Estrasburgo, por princípio, a proteção da liberdade de expressão não depende nem dos assuntos a que se referem as ideias ou informações em causa, nem dos fins visados pelo agente<sup>3160</sup>.

Todavia, igualmente segundo a jurisprudência do TEDH, a tutela ancorada à liberdade de expressão apresenta algumas diferenças, consoante se esteja perante a comunicação do *pensamento* ou em face da transmissão de *informação*. De acordo com esse Tribunal, os juízos de valor somente serão suscetíveis de perder o resguardo da referida liberdade se não tiverem qualquer base factual, real ou em cuja veracidade o agente tenha tido fundamento para, em boa-fé, acreditar, caso em que poderão mostrar-se excessivos<sup>3161</sup>. Já no que concerne à transmissão de factos, dado que estes consubstanciam *realidades objetivas*, o arrimo da liberdade de expressão pressupõe a veracidade dos mesmos. No entanto, o Tribunal de Estrasburgo apenas exige que o agente esteja de boa-fé<sup>3162</sup>, o que vale por dizer que deve ter fundamento razoável para crer na veracidade dos factos que afirme, cumprindo-lhe para tal informar-se adequadamente, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto.

Por fim, na sua *dimensão instrumental*, o direito à liberdade de expressão tutela a utilização de quaisquer meios que se mostrem adequados à transmissão/recepção de ideias ou informações. Assim, protege a utilização, designadamente, da palavra (dita), da escrita, da imagem e do som. E igualmente assegura a própria ação pela qual o agente pretende receber ou comunicar ideias ou informações, bem como a eleição pelo mesmo do momento e do lugar para concretizar estes atos. O TEDH

3157. Cf. Ac. Lopes Gomes da Silva c. Portugal, de 28 de setembro de 2000, § 34.

3158. Cf. Ac. do Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal, de 4 de outubro de 2016, § 43.

3159. Cf. Ac. Alves da Silva c. Portugal, de 20 de outubro de 2009, § 27.

3160. O TEDH tem, inclusive, vindo a aproximar-se da orientação que sustenta que a proteção da publicidade comercial decorre em primeira linha da liberdade de expressão.

3161. Cf. Ac. do Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal, de 4 de outubro de 2016, sobretudo §§ 38-43, no qual o Tribunal de Estrasburgo elencou vários Arestos seus sobre a matéria.

3162. Cf. Ac. Bergens Tidende e outros c. Noruega, de 2 de maio de 2000, § 53.

sublinha recorrentemente que o art. 10.º da CEDH garante o *modo* pelo qual se deseja transmitir ideias ou informações<sup>3163</sup>.

#### **4. REGIME DAS INGERÊNCIAS NO EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Pese embora o que acabámos de dizer, no sistema da CEDH, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e ilimitado. Estabelece o n.º 2 do art. 10.º do referido diploma que o exercício dessa liberdade, «por quanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial»<sup>3164</sup>.

Na terminologia do TEDH, esta norma admite *ingerências* dos Estados-partes no exercício da liberdade de expressão, as quais podem assumir diferentes naturezas, designadamente, civil, administrativa, disciplinar, contraordenacional ou, mesmo, criminal. Todavia, tais ingerências devem preencher, *cumulativamente*, os seguintes requisitos: estar previstas na lei; prosseguir algum ou alguns dos fins elencados na referida norma; representar providências necessárias, numa sociedade democrática, para alcançar esses fins. A não verificação de qualquer um destes requisitos, cuja avaliação deve ser sequencial, pela mencionada ordem, importa, pois, a *inconveniencialidade* da ingerência em causa. Mas vejamo-los um pouco mais de perto, sobretudo o último deles, dado o seu maior relevo para o tema deste texto.

Como resulta do que dissemos, o n.º 2 do art. 10.º da CEDH impõe, antes de mais, o princípio da *legalidade* das *ingerências* dos Estados-partes no exercício da liberdade de expressão. Perante este princípio, qualquer *ingerência* de um Estado-partde no exercício da referida liberdade deve estar prevista na legislação desse Estado em vigor à data da conduta comunicacional em causa.

Pese embora este requisito suscite problemas complexos, atento o objeto do presente texto, não é aqui o lugar para os enfrentarmos. Assim, apenas topicamente enunciaremos aqueles que nos parecem mais relevantes para o nosso tema.

3163. Cf. Ac. Women on Waves e outras c. Portugal, de 3 de fevereiro de 2009, §§ 30, 38 e 39, no qual o Estado português foi condenado por violação do direito à liberdade de expressão das requerentes, por quanto, apesar de estas terem podido transmitir as suas ideias, não lhes foi permitido fazerem-no como e onde pretendiam.

3164. O n.º 2 do art. 10.º da CEDH deve desaplicar-se na ordem jurídica portuguesa se implicar para os direitos fundamentais da comunicação restrições mais extensas do que aquelas que resultam da CRP, por quanto este diploma é hierarquicamente superior àquele. Nesses casos, no entanto, o Estado português poderá vir a ser condenado pelo TEDH, por quanto uma coisa é a *hierarquia de fontes internas* e outra a *responsabilização internacional do Estado*.

De acordo com o TEDH, o *princípio da legalidade* das *ingerências* dos Estados-partes no exercício da liberdade de expressão compreende os *subprincípios* da *acessibilidade* e da *previsibilidade* ou *qualidade da lei*. Perante o primeiro, as normas que preveem essas *ingerências* devem ser adequadamente acessíveis às pessoas, de modo a que estas possam conhecê-las com facilidade, o que normalmente se concretiza por via da sua publicação<sup>3165</sup>. Já de acordo com o segundo, as referidas normas devem ser formuladas com clareza, de forma a permitirem que as pessoas, se necessário com aconselhamento adequado, consigam antecipar, com um grau razoável de certeza, tendo em conta as circunstâncias do caso, as consequências que determinada conduta comunicacional poderá acarretar<sup>3166</sup>. Todavia, tais normas não só não têm de permitir uma *previsibilidade absoluta*, o que aliás é inatingível<sup>3167</sup>, como podem conter *cláusulas relativamente abertas*, cuja concretização dependa das circunstâncias de cada caso, bem como da evolução social<sup>3168</sup>. Mesmo as leis que conferem poderes discricionários não são, em si mesmas, incompatíveis com a exigência de previsibilidade, mostrando-se apenas necessário que o alcance desses poderes e a forma do seu exercício se encontrem nelas indicados com suficiente clareza, tendo em conta o objetivo legítimo das medidas, para dar às pessoas proteção adequada contra *ingerências* arbitrárias<sup>3169</sup>. Acresce que, se no plano interno existir jurisprudência clara e constante sobre o sentido de uma norma menos precisa, deve considerar-se satisfeito o princípio da legalidade<sup>3170</sup>. Ademais, cumpre que se tenham em conta as específicas qualificações e conhecimentos do concreto agente, já que as pessoas têm maior ou menor compreensão do sentido e alcance das normas que importam *ingerências* no exercício da liberdade de expressão em função das suas habilitações académicas, formação profissional, etc.<sup>3171</sup>.

O art. 10.º, n.º 2, da CEDH impõe ainda o *princípio da prossecução de fins legítimos* das *ingerências* no exercício da liberdade de expressão. De acordo com este princípio, tais *ingerências* têm de perseguir algum ou alguns dos fins previstos no referido preceito, ou seja, como vimos, salvaguardar a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, defender a ordem e a prevenção do crime, garantir a saúde ou a moral, proteger a honra, *rectius*, a reputação<sup>3172</sup> ou os direitos de outrem,

---

3165. Cf. Ac. Silver e outros c. Reino Unido, de 25 de março de 1983, § 87.

3166. Cf. Ac. Olsson c. Suécia, de 24 de março de 1988, § 61.

3167. Cf. Ac. Perinçek c. Suíça, de 15 de outubro de 2015, § 131.

3168. Cf. Ac. Amihalachioae c. Moldova, de 20 de abril de 2004, §§ 25, 26 e 33.

3169. Cf. Ac. NIT S. R. L. c. Moldova, de 5 de abril de 2022, § 159. Concluindo que lei aí em causa não oferecia proteção adequada contra interferências arbitrárias do Estado no exercício da liberdade de expressão, tendo, por isso, sido violado o n.º 2 do art. 10.º da CEDH, veja-se o Ac. Karastelev e outros c. Rússia, 6 de outubro de 2020, §§ 78-109.

3170. Cf. Markt intern Verlag GmbH e Klaus Beermann c. Alemanha, de 20 de novembro de 1989, § 30.

3171. Cf. Ac. Laranjeira Marques da Silva c. Portugal, de 19 de janeiro de 2010, §§ 36-37.

3172. No texto português da CEDH, publicado pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro, o n.º 2 do art. 10.º dessa Convenção contém a expressão «proteção da honra». Todavia, a nosso ver,

impedir a divulgação de informações confidenciais ou assegurar a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. Pese embora se mostre *exaustivo*, dir-se-á mesmo *excessivamente exaustivo*, trata-se de um catálogo *taxativo*<sup>3173</sup>.

Ao procederem a uma *ingerência* no exercício da liberdade de expressão, os Estados-partes devem identificar claramente qual ou quais os fins previstos no n.º 2 do art. 10.º da CEDH que visam salvaguardar. Para além de decorrer desta norma, tal procedimento mostra-se de grande importância no caso de o TEDH vir a sindicar essa ingerência, uma vez que, ao fazê-lo, este Tribunal deve verificar se a mesma visou efetivamente a realização do fim ou fins identificados pelo Estado

---

esta expressão foi aí incorretamente traduzida. Quer na versão em francês, quer na versão em inglês da CEDH, ou seja, nas versões base deste diploma, o n.º 2, do seu art. 10.º não se refere à «proteção da honra», mas à «proteção da reputação». A expressão constante da versão em francês é «protection de la réputation». Por sua banda, a versão em inglês contém a expressão «protection of the reputation». Porém, tanto a língua francesa como a língua inglesa conhecem quer o termo reputação (*réputation / reputation*), quer o termo honra (*honneur / honour*). Assim, no n.º 2 do art. 10.º da versão em português da CEDH, onde consta «proteção da honra», deve ler-se «proteção da reputação». Na verdade, a honra não é referenciada em qualquer preceito das versões base da CEDH. Este quadro parece apontar para a conclusão de que a referida Convenção somente tutela a faceta da honra, *lato sensu*, comumente designada por *honra externa*, a qual se traduz, em brevíssima síntese, na consideração social da pessoa, decorrente das suas qualidades, capacidades e comportamentos, e ainda assim não como direito autónomo, mas apenas como fundamento legítimo de ingerências no exercício da liberdade de expressão, não dispensando qualquer proteção à *honra interna*, que se consubstancia, também em curtíssima nota, no valor pessoal do respetivo portador, inerente à sua dignidade humana. No entanto, não é exatamente este o entendimento *hodierno* da jurisprudência do TEDH. Atualmente, na maioria dos seus Arestos, este Tribunal afirma que «a reputação de uma pessoa, mesmo que seja criticada no contexto de um debate público, faz parte de sua identidade pessoal e integridade psíquica e, portanto, enquadra-se também no âmbito da sua «vida privada», encontrando-se, assim, protegida pelo art. 8.º, n.º 1, da CEDH (cf. Ac. Pfeifer c. Áustria, de 15 de novembro de 2007, § 35). Acresce que esta perspetiva parece envolver um entendimento amplo de «reputação», nele compreendendo, quer a *honra externa*, quer a *honra interna*. Na realidade, perante a jurisprudência do TEDH, por vezes, o direito ao respeito pela vida privada e familiar consagrado no art. 8.º da CEDH mais parece, servindo-nos de uma expressão utilizada na doutrina francesa, um «concept attrape-tout». E o certo é que esse Tribunal deixa as portas escancaradas para o efeito, ao dizer reiteradamente que «[v]ida privada é um termo amplo, não sendo suscetível de definição exaustiva» (cf. Ac. Peck c. Reino Unido, de 28 de janeiro de 2003, § 57). Contudo, a referida orientação não é pacífica, nem na doutrina, nem na própria jurisprudência do TEDH (cf., v. g., Ac. Karakó c. Hungria, de 28 de abril de 2009, §§ 17-28). Aliás, tal orientação não deixa de ser paradoxal, já que, em grande parte dos ordenamentos da Europa continental, o direito à privacidade proveio do direito à honra. Seja como for, não deve assumir-se perentoriamente, como faz alguma jurisprudência portuguesa, que a CEDH «não tutela, no plano geral, o direito à honra, a ele se reportando apenas como possível integrante das restrições à liberdade de expressão enunciadas no artigo 10.º, n.º 2» (cf. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de junho de 2011, Processo n.º 1272/04.TBBCL.G1.S1, disponível na Internet, in <http://www.dgsi.pt/>).

3173. Cf. Ac. Dupuis e outros c. França, de 7 de junho de 2007, § 32.

*ingerente*<sup>3174</sup>. O citado Tribunal tem mesmo considerado que não basta às autoridades nacionais afirmarem que determinada conduta comunicacional é suscetível de lesar algum dos referidos bens, cumprindo-lhes que demonstrem como é que o lesou ou pôs em perigo<sup>3175</sup>.

No entanto, bem ou mal, o TEDH não mostra grande preocupação com o aprofundamento dos fins catalogados no n.º 2 do art. 10.º da CEDH<sup>3176</sup>. Muito menos nos compete a nós fazê-lo aqui<sup>3177</sup>.

Por fim, o n.º 2 do art. 10.º da CEDH exige que as *ingerências* dos Estados-partes no exercício da liberdade de expressão representem providências necessárias, numa sociedade democrática, para alcançar algum ou alguns dos fins aí elencados.

Tomando de empréstimo as palavras do TEDH, «[u]ma ingerência será considerada necessária, numa sociedade democrática, para a prossecução de um fim legítimo se corresponder a uma «necessidade social premente» e, em particular, se for proporcional ao fim legítimo perseguido»<sup>3178</sup>.

Durante largos anos, a generalidade da jurisprudência de Estrasburgo considerou que, perante a norma do art. 10.º, n.º 2 da CEDH, «o Tribunal é confrontado, não com uma escolha entre dois princípios conflituantes, mas com um só princípio, a liberdade de expressão, a qual está sujeita a uma série de exceções que devem ser interpretadas restritivamente»<sup>3179</sup>. Porém, na grande maioria dos Arrestos mais recentes, mesmo continuando a afirmar genericamente que as ingerências no exercício da liberdade de expressão devem interpretar-se restritivamente, o TEDH tem sustentado que, no caso de se verificar uma colisão entre essa liberdade e um direito autonomamente consagrado na CEDH ou nos respetivos Protocolos, nomeadamente o direito ao respeito pela vida privada e familiar, plasmado no art. 8.º, n.º 1, dessa Convenção, no qual, como vimos, o Tribunal de Estrasburgo cada vez mais consi-

3174. Cf. Ac. Kilin c. Rússia, de 11 de maio de 2021, § 61, no qual foi afirmado que «[é] com referência às alegações do Governo e, principalmente, perante as conclusões internas quanto à necessidade da «ingerência» para prossecução de um objetivo legítimo ou, pelo menos, sobre a justificação do quadro legislativo subjacente, que o Tribunal tomará posição relativamente ao(s) objetivo(s) legítimo(s) relevante(s)». «Ao invocar um objetivo legítimo», prosseguiu aí o TEDH, «o Governo deve demonstrar que, quando sancionaram internamente o requerente, as autoridades nacionais tinham esse objetivo em mente (...).».

3175. Cf. Ac. Perinçek c. Suíça, de 15 de outubro de 2015, § 152.

3176. Cf. JONGEN, F. e STROWEL, A., Droit des Médias et de la Communication, Presse, audiovisuel et Internet – Droit européen et belge, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 321.

3177. Sobre a matéria, *vide*, v. g., CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Anotada, 6.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 322-328.

3178. Cf. Ac. Connors c. Reino Unido, de 27 de maio de 2004, § 81. Assim é entendido pelo TEDH desde o referencial Ac. Handyside c. Reino Unido, de 7 de dezembro de 1976.

3179. Cf. Ac. Sunday Times c. Reino Unido, de 26 de abril de 1979, § 65. Identificando diversos Arrestos do TEDH recentes que continuam a assumir a orientação referida no texto, veja-se DERIEUX, E., *Le droit des médias*, 6.ª ed., Paris, Dalloz (2019), p. 170.

dera incluída a própria «reputação»<sup>3180</sup>, o princípio da necessidade, numa sociedade democrática, das referidas ingerências exige a *harmonização* – um *justo equilíbrio*, nas palavras desse Tribunal – dos direitos colidentes<sup>3181</sup>. Não devendo, por princípio, o resultado dessa *concordância* variar em função de o requerente ser o titular do direito à liberdade de expressão ou o titular do direito em conflito com aquele<sup>3182</sup>. Trata-se, pois, de uma orientação que, ao menos potencialmente, diminui a proteção da liberdade de expressão, inserindo-se, porventura, numa possível tendência de degradação da tutela desta liberdade por parte do TEDH, tema a que tornaremos adiante.

Seja como for, segundo esse Tribunal, a avaliação sobre se determinada ingerência no exercício da liberdade de expressão representa uma necessidade social premente e se mostra proporcional ao fim tido em vista deve ser sempre feita à luz do caso como um todo, perante o conteúdo do ato comunicacional em causa e o contexto em que este ocorreu<sup>3183</sup>. Cumpre, pois, que sejam tidas em conta para o efeito todas as circunstâncias relevantes do caso concreto<sup>3184</sup>.

Mal ou bem, não importa aqui, a partir do princípio da *subsidiariedade do sistema da CEDH*, pelo menos desde o Ac. *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de dezembro de 1976, o Tribunal de Estrasburgo considera que os Estados-partes dispõem de uma certa *margem de apreciação* para decidirem se as respetivas *ingerências* no exercício da liberdade de expressão são necessárias, numa sociedade democrática, a qual varia em função de diversos fatores<sup>3185</sup>. E no quadro da *tese da margem de apreciação*, ainda que não expressamente, esse Tribunal tem mesmo adotado a chamada *doutrina dos tribunais internos responsáveis*, de acordo com a qual a referida margem é tanto mais vasta quanto maior for o respeito do Estado *ingerente* pela jurisprudência de Estrasburgo relativa à

3180. Assim, *v. g.*, Ac. *Cumpăna and Mazăre c. Roménia*, de 17 de dezembro de 2004, § 91.

3181. Cf. Ac. *Bédat c. Suíça*, de 29 de março de 2016, §§ 52, 53 e 74, no qual o TEDH procedeu ao balanceamento, quer entre a liberdade de expressão e o direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8.º, n.º 1, da CEDH), quer entre aquela liberdade e o direito a um processo equitativo (art. 6.º, n.º 1, da CEDH). No Ac. *Axel Springer c. Alemanha*, de 7 de fevereiro de 2012, §§ 89-95, o qual foi tirado em conjunto com o Ac. *von Hannover c. Alemanha* (Ac. «*Carolina 2*»), da mesma data, o TEDH definiu os seguintes critérios com vista a que seja alcançado um *justo equilíbrio* entre a liberdade de expressão e o direito ao respeito pela vida privada e familiar, perante colisões entre estes direitos: contribuição das ideias ou informações divulgadas para um debate de interesse geral; papel ou função social do visado e natureza do assunto abordado; conduta anterior do visado; forma como foi obtida a informação e a sua veracidade; conteúdo, forma e consequências da divulgação; severidade da sanção imposta.

3182. Cf. Ac. *Bédat c. Suíça*, de 29 de março de 2016, §§ 52-53.

3183. Cf. Ac. *Amihalachioae c. Moldova*, de 20 de abril de 2004, § 30.

3184. Cf. Ac. *do Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal*, de 4 de outubro de 2016, §§ 38-43.

3185. Na verdade, o TEDH considera que os Estados-partes dispõem de alguma *margem de apreciação* relativamente à verificação de todos os requisitos das ingerências no exercício da liberdade de expressão. No entanto, tal margem de apreciação assume maior relevância no que concerne à avaliação da necessidade dessas ingerências, numa sociedade democrática.

liberdade de expressão. Consequentemente, a proteção desta liberdade pelo TEDH é de geometria variável, envolvendo uma elevada dose de aleatoriedade.

Porém, de acordo com a jurisprudência de Estrasburgo, estando-se perante comunicações sobre questões de *interesse público*, ou que contribuam para um *debate geral*, porque fazem parte da essência de uma sociedade democrática, a margem de apreciação dos Estados-partes é muito reduzida, mostrando-se estreitíssimo o espaço para ingerências destes no exercício da liberdade de expressão. O mesmo sucede se as comunicações em referência se reportarem a *figuras públicas*, mormente a atores políticos, visadas nessa qualidade ou por causa dela<sup>3186</sup>, aqui sobretudo por razões *vitimológicas*, uma vez que estas pessoas expõem-se inevitável e conscientemente a um controlo minucioso das suas palavras e ações e devem mostrar maior tolerância politique s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif deses faits et gestes, tant par les journalistes que par la masse des citoyens, et doit montrer une plus grande tolérance, surtout lorsqu'il se livre lui-même à des déclarations publiques pouvant prêter à critique. Il a certes droit à voir<sup>3187</sup>. Reduzidíssima é também a margem de apreciação dos Estados-partes quando se trata de avaliar a divulgação de ideias ou informações através da imprensa, *lato sensu*, atento o papel desta como «cão de guarda público»<sup>3188</sup> e a sua importância para a satisfação do direito do público a receber informações e ideias<sup>3189</sup>, sendo fortíssimo o peso do interesse de uma sociedade democrática em assegurar e manter uma imprensa livre<sup>3190</sup>.

De todo o modo, igualmente segundo o TEDH, mesmo que uma conduta comunicacional seja merecedora de censura, caso as consequências concretamente impostas ao agente não representem uma necessidade social premente ou se mostrem desproporcionadas, verifica-se uma violação do art. 10.º da CEDH<sup>3191</sup>. Não sendo nunca admissível, de acordo com esse Tribunal, a aplicação de penas privativas de liberdade por delitos comunicacionais, a menos que se esteja perante um caso de abuso da liberdade de expressão, por quanto então, como melhor veremos adiante, está-se já fora do âmbito normativo desta liberdade<sup>3192</sup>. Porém, o Tribunal de Estrasburgo igualmente mostra grande preocupação com o *quantum* das penas de multa, das coimas e das indemnizações civis, uma vez que a condenação no pagamento de valores elevados por virtude de condutas comunicacionais é suscetível de gerar graves efeitos dissuasores (*chilling effect*) do exercício da liberdade de expressão e, portanto, pôr em causa a realização das superlativas funções subjetivas e objetivas inerentes a esta liberdade<sup>3193</sup>.

3186. Cf. Ac. Colombani e outros c. França, de 25 de junho de 2002, §§ 56-57.

3187. Cf. Ac. Roseiro Bento c. Portugal, de 18 de abril de 2006, § 42.

3188. Cf. Ac. Telegraaf Media e outros c. Holanda, de 22 de novembro de 2012, § 125.

3189. Cf. Ac. Dupuis e outros c. França, de 7 de junho de 2007, § 35.

3190. Cf. Ac. Dupuis e outros c. França, de 7 de junho de 2007, § 36.

3191. Cf. Ac. Fuentes Bobo c. Espanha, de 29 de fevereiro de 2000, § 50.

3192. Cf. Ac. Cumpăna e Mazăre c. Roménia, de 17 de dezembro de 2004, § 115.

3193. Cf. Ac. Público – Comunicação Social, S. A., e outros c. Portugal, de 7 de dezembro de 2010, §§ 54-55.

Em sintonia com o que se deixou dito, o Tribunal de Estrasburgo tem sublinhado que as ingerências dos Estados-partes no exercício da liberdade de expressão devem ser estabelecidas pelas autoridades internas *de forma convincente*<sup>3194</sup>. Tal fundamentação é da maior importância, porquanto, para o TEDH, a competência dos Estados-partes para estabelecerem as referidas ingerências *anda de mãos dadas* com a supervisão desse Tribunal<sup>3195</sup>. E sendo chamado a sindicar uma dessas ingerências, o TEDH analisa-a à luz do caso como um todo, incluindo o conteúdo das declarações impugnadas e o contexto em que foram feitas, verificando se a mesma representou uma necessidade social premente e foi proporcional aos objetivos legítimos perseguidos e se as razões invocadas pelas autoridades nacionais para a justificarem foram pertinentes e suficientes<sup>3196</sup>, devendo certificar-se de que essas autoridades aplicaram normas compatíveis com os princípios consagrados no art. 10.º da CEDH e procederam a uma avaliação aceitável de todos os factos relevantes do caso concreto<sup>3197</sup>.

## 5. PROIBIÇÃO DO ABUSO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O art. 17.º da CEDH proíbe que qualquer disposição deste diploma (ou dos respetivos Protocolos) seja interpretada no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo o direito de se dedicar a *atividade ou praticar atos* que impliquem a destruição dos direitos aí consagrados, ou maiores limitações de tais direitos do que as lá previstas.

No *plano adjetivo*, tal disposição deve ser conjugada com o art. 35.º, n.º 3, al. a), da referida Convenção, de acordo com o qual o TEDH declarará a inadmissibilidade das petições individuais que considerar incompatíveis com o disposto nesse diploma ou nos seus Protocolos, manifestamente mal fundadas ou abusivas.

O art. 17.º da CEDH dirige-se quer aos Estados-partes, quer aos particulares. O seu primeiro segmento é direcionado em primeira linha aos particulares, ao passo que o segundo é-o aos Estados-partes.

O sistema da CEDH acolhe, em grande medida, a tese *loewensteiniana* da *democracia militante*, de acordo com a qual, com vista à sua preservação, as democracias devem adotar medidas, desde logo no plano jus-constitucional, tendentes a impedir a progressão das ideologias que põem em causa esse regime<sup>3198</sup>, designadamente proibindo a respetiva propaganda. Como resulta, desde logo, do Preâmbulo da CEDH, o referido sistema foi implementado justamente com vista à preservação da democracia e do Estado de Direito. O que se comprehende, se tivermos em conta

3194. Cf. Ac. Colaço Mestre e SIC c. Portugal, de 26 de abril de 2007, § 22.

3195. Cf. Ac. Amihalachioae c. Moldova, de 20 de abril de 2004, § 29.

3196. Cf. Ac. Sanchez c. França, de 2 de setembro de 2021, § 78.

3197. Cf. Ac. Telegraaf Media e outros c. Holanda, de 22 de novembro de 2012, § 124.

3198. Porém, nem a CEDH, nem o TEDH explicitam o alcance do princípio democrático.

que esse sistema foi instituído na Europa Ocidental, quando ainda estava bem presente o drama das experiências *nazi/fascistas* e acabara de se iniciar a *guerra fria*<sup>3199</sup>. Enquadramento-se a norma do art. 17.º da CEDH, que ainda assim apenas na sua fase final foi incluída no projeto deste diploma, precisamente nesse objetivo, consubstanciando um instrumento para o satisfazer<sup>3200</sup>. No entanto, o TEDH tem afirmado repetidamente que tal disposição assume *caráter excepcional*, somente devendo ser aplicada em *casos extremos*<sup>3201</sup>.

Porém, a verdade é que não são raros os Arrestos nos quais o Tribunal de Estrasburgo, procedendo a uma interpretação extensiva das expressões «atividade» e «praticar atos» insertas no art. 17.º da CEDH, o que é dizer, indo para além da *ratio* histórica deste preceito, considerou, servindo-nos das suas próprias palavras, que as condutas comunicacionais dirigidas contra os *valores subjacentes a esse diploma*<sup>3202</sup> não podem gozar da proteção do seu art. 10.º, devendo ter-se por proibidas<sup>3203</sup>. O que vale por dizer que, *ex vi* do art. 17.º da CEDH, tais condutas ficam, à partida e em abstrato, subtraídas ao *Tatbestand* da liberdade de expressão. Em sintonia, nesses casos, a jurisprudência de Estrasburgo admite mesmo a possibilidade de aplicação de *penas privativas da liberdade* aos agentes, inclusive sendo jornalistas<sup>3204</sup>.

Como melhor veremos adiante, é certo que o TEDH tem referido que, com vista a evitar os riscos inerentes ao regime do art. 17.º da CEDH, caso uma conduta comunicacional se afigure suscetível de ser submetida a este regime, previamente a firmar tal conclusão, esse Tribunal deve averiguar se a ingerência no exercício da liberdade de expressão em causa respeitou os critérios estabelecidos no n.º 2 do art. 10.º dessa Convenção. Ou melhor, deve sindicar se, considerando as circunstâncias do caso concreto, os requisitos do art. 10.º, n.º 2, da CEDH se mostram cumpridos, tendo já

3199. Recorde-se que o Conselho da Europa foi criado em 5 de maio de 1949, tendo a CEDH sido aprovada em 4 de novembro de 1950.

3200. Foi, aliás, com base no art. 17.º da CEDH que logo em 1957 a CoEDH legitimou a proibição do Partido Comunista Alemão, tendo sido esta, ao que cremos, a primeira utilização do referido preceito (cf. Dec. Partido Comunista Alemão c. Alemanha, de 20 de julho de 1957).

3201. Cf. Dec. Hizb Ut-Tahrir e outros c. Alemanha, de 12 de junho de 2012, § 72, que acompanhou o Ac. Paksas c. Lituânia, de 6 de janeiro de 2011, § 87.

3202. Elencando os «valores fundamentais» da CEDH, à luz da jurisprudência do TEDH, veja-se MIGUEL, J., «Proibição do abuso de direito», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, vol. III, Lisboa, Universidade Católica, (2020), (pp. 2610-2640), pp. 2621-2622.

3203. Cf. Ac. Paksas c. Lituânia, de 6 de janeiro de 2011, § 88. O TEDH tem-se socorrido do art. 17.º da CEDH não apenas perante a invocação da liberdade de expressão, mas também relativamente à invocação da liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 9.º da CEDH), da liberdade de reunião e de associação (art. 11.º da CEDH), do direito a um recurso efetivo (art. 13.º da CEDH), do direito à não discriminação (art. 14.º da CEDH; note-se, porém, que este direito não pode ser invocado só por si, mas apenas em conjugação com outro direito jus-conventional), do direito à proteção da Propriedade (art. 1.º do Protocolo n.º 1) e do direito à instrução (art. 2.º do Protocolo n.º 1).

3204. Cf. Ac. Cumpăna e Mazăre c. Roménia, de 17 de dezembro de 2004, § 115.

em conta o disposto no art. 17.º deste diploma<sup>3205</sup>. Todavia, como também melhor veremos mais à frente, o Tribunal de Estrasburgo igualmente considera que pode recorrer diretamente a este preceito, se for imediatamente claro que o requerente invocou o direito à liberdade de expressão para fins manifestamente contrários aos valores fundamentais da CEDH. E a verdade é que o faz não raramente.

Assim, mau grado afirmar que a liberdade de expressão protege as ideias e informações que chocam, ferem ou ofendem, por a tanto exigir o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não há sociedade democrática, o TEDH acaba por acolher, em grande medida, a *teoria popperiana do paradoxo da tolerância*, segundo a qual a tolerância ilimitada leva à supressão da tolerância, pelo que uma sociedade tolerante deve opor-se, inclusive, pese embora em último recurso, pela força, a manifestações extremadas de intolerância.

## **6. TRATAMENTO DOS DISCURSOS DE ÓDIO PELO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS**

O TEDH tem afirmado que «[a] proteção do Artigo 10 da Convenção é limitada, senão excluída, no que diz respeito ao discurso de ódio»<sup>3206</sup>. Na verdade, perante potenciais discursos de ódio, esse Tribunal adota uma de três abordagens. Em certos casos, avalia as restrições estaduais de acordo com o art. 10.º, n.º 2, da CEDH, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. Noutros, também à luz das circunstâncias do caso em referência, igualmente sindica o respeito pelo art. 10.º, n.º 2, da CEDH, mas já levando em consideração o disposto no art. 17.º deste diploma. E noutras ainda, sem atender às circunstâncias do caso, exclusivamente em virtude do conteúdo do discurso *sub judice*, recorre diretamente a este preceito. No primeiro caso, o Tribunal de Estrasburgo entende à partida que as condutas comunicacionais em causa não se afiguram capazes de agredir os valores fundamentais da CEDH. No segundo, considera que essa conclusão não se mostra indubitável. Já no terceiro, não se lhe suscitam quaisquer dúvidas de que as condutas expressivas em análise são aptas a destruir os referidos valores. Mas vejamos de mais próximo como tem a jurisprudência do TEDH trilhado cada um destes caminhos.

Como acabámos de dizer, quando considera que a restrição estadual em causa respeita a uma conduta comunicacional que, podendo representar um discurso de ódio, não se afigura à partida idónea a destruir os valores fundamentais da CEDH, o TEDH avalia-a de acordo com o regime do n.º 2 do art. 10.º dessa Convenção, tendo em conta o circunstancialismo do caso em referência. O que vale por dizer que segue a sobredita metodologia dos três testes, averiguando se a ingerência estava prevista na lei interna do Estado ingerente, na afirmativa, se visou um fim legítimo e, sendo também este teste ultrapassado, se se mostrou necessária, numa sociedade democrática, para perseguir esse fim, tudo em face das circunstâncias do caso concreto. Aprofundemos como o tem feito.

3205. Cf. Ac. Lehideux e Isorini c. França, de 23 de setembro de 1998, § 38.

3206. Cf. Ac. Stern Taulats e Roura Capellera c. Espanha, de 13 de março de 2018, § 41.

Ao avaliar se a ingerência *sub judice* estava prevista na lei interna do Estado-parte ingerente, o TEDH tem mostrado alguma preocupação com o respeito pelo *subprincípio da previsibilidade ou qualidade da lei*. De modo a evitar que, sob o pretexto de combaterem discursos de ódio, os Estados-partes limitem ilegitimamente o exercício da liberdade de expressão, o referido Tribunal sublinha que as leis tendentes a restringir esses discursos devem permitir que as pessoas regulem as suas condutas expressivas e prevejam, tanto quanto possível, as respetivas consequências, salvaguardando-as contra abusos<sup>3207</sup>. Mostrando esse Tribunal particular precaução com as leis penais que *incriminam* discursos de ódio, as quais, no seu entender, devem definir de forma clara e precisa o respetivo alcance, devendo ser interpretadas restritivamente, de modo a que se evitem situações de discricionariedade e abuso na sua aplicação<sup>3208</sup>.

O TEDH tem igualmente evidenciado algum cuidado ao averiguar se as ingerências no exercício da liberdade de expressão decorrentes de discursos de ódio visaram realmente a prossecução de fins legítimos<sup>3209</sup>. Ao que cremos, assim sucede, quer por virtude das características e consequências destas condutas<sup>3210</sup>, quer também, uma vez mais, por o ambiente favorável à restrição de discursos de ódio poder ser oportunisticamente aproveitado pelos Estados-partes para comprimirem ilegitimamente o exercício daquela liberdade<sup>3211</sup>.

3207. Cf. Ac. Altuğ Taner Akçam c. Turquia, de 25 de janeiro de 2012, §§ 93-96. Neste Aresto, o TEDH considerou violado o art. 10.º, n.º 2, da CEDH desde logo por ter entendido que a ingerência no exercício da liberdade de expressão em causa não se encontrava prevista na lei do Estado ingerente.

3208. Cf. Ac. Savva Terentyev c. Rússia, de 28 de agosto de 2018, § 85.

3209. Cf. v. g.: Ac. Perinçek c. Suíça, de 15 de outubro de 2015, §§ 141-156; Ac. Kilin c. Rússia, de 11 de maio de 2021, §§ 61-66; Ac. Macatè c. Lituânia, de 23 de janeiro de 2023, §§ 187-218.

3210. Cf. Ac. Macatè c. Lituânia, de 23 de janeiro de 2023, § 209.

3211. Assim resulta, por exemplo, do Ac. Kilin c. Rússia, de 11 de maio de 2021, §§ 62-64, bem como do Ac. Macatè c. Lituânia, de 23 de janeiro de 2023, §§ 210-218. No primeiro destes Arestos, o TEDH entendeu que, em face das circunstâncias do caso concreto, alguns dos fins, concretamente a segurança nacional, a integridade territorial e a segurança pública, invocados pelo Estado-parte requerido para justificar as ingerências no exercício da liberdade de expressão aí em causa não se mostravam fundados. Já em Macatè, o referido Tribunal considerou que a ingerência *sub judice* constituiu uma violação do art. 10.º, n.º 2, da CEDH por não ter visado a prossecução de qualquer fim jus-convencional legítimo. Neste Aresto, resumidamente, estava em causa a imposição de diversas medidas restritivas do acesso a um livro de contos para crianças que continha alguns contos retratando relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, em virtude de certas autoridades lituanas terem considerado que esses contos podiam causar danos a crianças (cf. §§ 12-32). O TEDH aproveitou para reiterar a orientação segundo a qual «uma proibição legislativa de «promover a homossexualidade ou relações sexuais não tradicionais» entre menores não serve para realizar os objetivos legítimos de proteção da moral, da saúde ou dos direitos de terceiros, e que ao adotar tais leis as autoridades reforçam o estigma e o preconceito e encorajam a homofobia, o que é incompatível com as noções de igualdade, pluralismo e tolerância inerentes a uma sociedade democrática» (cf. § 202). Ao invés, na perspetiva desse Tribunal, as autoridades domésticas estão legitimadas para «limitar o acesso das crianças a publicações que (...)

Porém, o Tribunal de Estrasburgo tem aceitado que os Estados-partes estabeleçam restrições à liberdade de expressão decorrentes de discursos de ódio para garantia da segurança nacional e da integridade territorial<sup>3212</sup>, prevenção da desordem e do crime<sup>3213</sup>, proteção da moral<sup>3214</sup>, mas sobretudo para tutela da *reputação* e de *direitos dos outros*<sup>3215</sup>, incluindo descendentes de vítimas de genocídios<sup>3216</sup>, membros de certos grupos<sup>3217</sup> e os próprios grupos<sup>3218</sup>. Entre os *direitos dos outros*, tem-se destacado o *direito ao respeito pela vida privada e familiar*, consagrado no art. 8.º, n.º 1, da CEDH, o qual, como sabemos, é compreendido amplissimamente, nele sendo incluídas para este efeito, *maxime*, a autonomia pessoal, a integridade física e psicológica<sup>3219</sup> e, não raramente, a própria reputação<sup>3220</sup>. O TEDH tem afirmando com frequência que a estereotipagem negativa de um grupo social, se atingir um certo nível, é suscetível de ter um impacto na identidade do grupo e nos sentimentos de autoestima e autoconfiança dos seus membros, podendo assim afetar a sua vida privada, na aceção do art. 8.º da CEDH<sup>3221</sup>. No entanto, esse Tribunal igualmente já admitiu a invocação da tutela do direito de reunião, plasmado no art. 11.º, n.º 1, da citada Convenção<sup>3222</sup>. Nada obstante a que seja invocada a defesa de outros direitos jus-convencionais, inclusive, a nosso ver, o próprio direito à liberdade de expressão, além do mais porque alguns discursos de ódio são suscetíveis de inibir os visados de manifestarem opiniões e transmitirem informações.

Mas mais. O TEDH tem mesmo estimulado os Estados-partes a imporem restrições a discursos de ódio, em vista das suas nefastas consequências para interesses objetivos e direitos jus-convencionais<sup>3223</sup>. Tanto mais que, de acordo com esse Tribunal, no sistema da CEDH (também) os direitos jus-convencionais frequente-

---

façam alegações sérias e prejudiciais contra minorias sexuais, constituindo discurso de ódio» (cf. § 208).

- 3212. Cf. Ac. Kilin c. Rússia, de 11 de maio de 2021, § 65.
- 3213. Cf. Ac. Erdogdu e Ince c. Turquia, de 8 de julho de 1999, § 43.
- 3214. Cf. Ac. Gündüz c. Turquia, de 4 de dezembro de 2003, § 28.
- 3215. Cf. Ac. Sanchez c. França, de 2 de setembro de 2021, § 74.
- 3216. Cf. Ac. Perinçek c. Suíça, de 15 de outubro de 2015, §§ 155-157.
- 3217. Cf. Ac. Lewit c. Áustria, de 10 de outubro de 2019, §§ 46-47.
- 3218. Cf. Ac. Balsytė-Lideikienė c. Lituânia, de 4 de novembro de 2008, § 73.
- 3219. Cf. Ac. Király e Dömötör c. Hungria, de 17 janeiro de 2017, § 41.
- 3220. Cf. Ac. Cumpăna e Mazăre c. Roménia, de 17 de dezembro de 2004, § 91. A este propósito, recorde-se o que dissemos *supra*.
- 3221. Cf. Ac. Aksu c. Turquia, de 15 de março de 2012, §§ 58-61 e 81. Neste Aresto, o TEDH considerou que diversas passagens de um livro e de um dicionário sobre a comunidade cigana eram suscetíveis de ofender o direito ao respeito pela vida privada e familiar de uma pessoa de origem cigana, pese embora, no caso, tenha concluído que inexistiu violação do art. 8.º da CEDH.
- 3222. Cf. Ac. Fáber c. Hungria, de 24 de julho de 2012, §§ 31 e 42.
- 3223. Por exemplo no Ac. Kilin c. Rússia, de 11 de maio de 2021, § 65, o TEDH adiantou que «[a] discriminação racial é um tipo particularmente odioso de discriminação e, em vista das suas consequências perigosas, requer das autoridades uma vigilância especial e uma reação vigorosa».

mente agredidos por esses discursos importam para os referidos Estados *deveres positivos de proteção*, inclusive no domínio das relações entre particulares<sup>3224</sup>, cujo cumprimento pode passar pela imposição de restrições à liberdade de expressão<sup>3225</sup>.

Por último, ao sindicar a necessidade, numa sociedade democrática, de intercessões dos Estados-partes no exercício da liberdade de expressão por virtude de discursos de ódio, o TEDH não recusa as suas orientações gerais quanto ao regime dessa liberdade, que acima identificámos. Antes as reitera, pelo menos algumas delas, designadamente, que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições primordiais do progresso desta e do desenvolvimento de cada pessoa, valendo também para as ideias e informações que chocam, ferem ou ofendem, por a tanto exigir o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não há sociedade democrática<sup>3226</sup>.

Concomitantemente, a jurisprudência de Estrasburgo tem identificado alguns fatores tendentes a avaliar a gravidade dos discursos de ódio e as respostas que tais discursos merecem. Entre esses fatores, têm assumido especial relevância o conteúdo do discurso, o contexto político e social que o envolveu, a intenção do agente, o papel e o estatuto deste na sociedade, o meio utilizado, a forma adotada e a capacidade de as declarações gerarem consequências prejudiciais, a natureza e a extensão da audiência e as características do grupo visado, designadamente a dimensão, grau de homogeneidade, vulnerabilidade, histórico de estigmatização e posição perante a sociedade<sup>3227</sup>. Devendo estes fatores ser conjugados entre si.

Contudo, concluindo que está efetivamente perante discursos de ódio, o TEDH raramente não faz recuar a proteção da liberdade de expressão, dando prevalência à tutela dos interesses e direitos jus-convencionais colidentes<sup>3228</sup>. O que vale por dizer que, por princípio, nem sequer a centralidade da liberdade de expressão para a democracia, o progresso social e o desenvolvimento da pessoa e a extensão do seu respaldo à comunicação de ideias e informações que chocam, ferem ou ofendem, em vista do pluralismo, da tolerância e do espírito de abertura, indispensáveis à existência de uma sociedade democrática, são suficientes para que o Tribunal de Estrasburgo contemporize com os referidos discursos. Orientação que está a fazer caminho mesmo relativamente a comunicações no âmbito da abordagem de assuntos de *interesse geral*, inclusive no quadro de campanhas eleitorais, levando à legitimação pelo aludido Tribunal de condenações criminais de atores políticos, nomeadamente representantes e candidatos a representantes do povo. E pior: impondo a estes uma militância censória relativamente a potenciais discursos de ódio.

3224. Cf. Ac. Bărbulescu c. Roménia, de 12 de janeiro de 2016, §§ 108 e ss.

3225. Cf. Ac. Bédat c. Suíça, de 29 de março de 2016, § 76.

3226. Cf. Ac. Sanchez c. França, de 2 de setembro de 2021, *maxime* § 76.

3227. Cf. COUNCIL OF EUROPE, Combating Hate Speech, Council of Europe, 2022, p. 20, § 32, disponível em <https://rm.coe.int/0900001680a710c9>

3228. O TEDH deu prevalência à liberdade de expressão, *v. g.*, no Ac. Gündüz c. Turquia, de 4 de dezembro de 2003, §§ 42-52. Como referimos em 1, este Aresto é paradigmático da incongruência da jurisprudência do TEDH relativamente ao tratamento do discurso de ódio.

A título exemplificativo, tenha-se presente o *Ac. Sanchez c. França, de 2 de setembro de 2021*. Em brevíssima síntese, estava aí em causa a condenação criminal interna do requerente, à data dos factos dirigente do partido político Frente Nacional, Presidente da Câmara Municipal de Beaucaire e candidato a Deputado na Assembleia Nacional francesa, por terceiros terem escrito no seu mural do *Facebook*, com referência a uma publicação do mesmo relativa a um seu adversário político, não tendo por ele sido apagados logo que dos mesmos tomou conhecimento, diversos comentários que afirmavam que esse adversário político do requerente tinha transformado a cidade de Nimes em Argel e que nessa cidade francesa os muçulmanos estavam ligados ao tráfico de drogas e à prostituição, reinavam supremos, não eram incomodados pela polícia e atiravam pedras contra viaturas de «pessoas brancas». Por sua banda, o TEDH considerou que a sanção aplicada ao requerente pelos tribunais franceses mostrara-se necessária, numa sociedade democrática. Na perspetiva desse Tribunal, mesmo tendo os comentários em questão sido escritos «no contexto de um debate político local, mais especificamente no decurso de uma campanha eleitoral para as próximas eleições parlamentares, e postados no «mural» da conta do Facebook do requerente, político eleito e candidato nessas eleições», e apesar de a sua jurisprudência «atribuir a maior importância à liberdade de expressão no contexto do debate político e considerar que o discurso político não pode ser restringido sem razões imperiosas (...), sendo particularmente importante no período anterior a uma eleição que opiniões e informações de todos os tipos sejam autorizadas a circular livremente», aqueles escritos tinham «natureza claramente ilegal», não devendo os comentários feitos no contexto de um debate político «exceder certos limites», particularmente no que concerne ao respeito pela reputação e pelos direitos dos outros (...), tendo em vista «a importância vital do combate à discriminação racial em todas as suas formas e manifestações», ao que acresce que «o estatuto do requerente como funcionário eleito não pode ser considerado uma circunstância atenuante da sua responsabilidade», mostrando-se «fundamental que os políticos, quando se expressam em público, evitem comentários que possam fomentar a intolerância (...), e dado que também eles estão sujeitos aos deveres e responsabilidades previstos no artigo 10 § 2 da Convenção, devem igualmente ser particularmente cuidadosos na defesa da democracia e dos princípios desta, especialmente num contexto eleitoral caracterizado, como no caso presente, por tensões locais, sendo seu último objetivo vir a governar».<sup>3229</sup>

Já quando não é imediatamente claro se a conduta expressiva *sub judice* agride ou não os valores fundamentais da CEDH, o TEDH, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, avalia-a ainda de acordo com o regime do n.º 2 do art. 10.º dessa Convenção, mas já levando em consideração o disposto no respetivo art. 17.º<sup>3230</sup>. Embora, na verdade, nos pareça que em grande parte dos casos em que esta metodologia é seguida tal resulta de os Estados-partes requeridos terem invocado o art. 17.º da CEDH para tentarem afastar a tutela da liberdade de expressão.

3229. Cf. Ac. *Sanchez c. França, de 2 de setembro de 2021*, § 89. Na mesma linha, veja-se o *Ac. Féret c. Bélgica, de 16 de julho de 2009*, sobretudo §§ 66-82.

3230. Cf. Ac. *Perinçek c. Suíça, de 15 de outubro de 2015*, § 115.

Nestas situações, portanto, o Tribunal de Estrasburgo procede também à tripla avaliação imposta pelo art. 10.º, n.º 2, da CEDH, averiguando, perante as circunstâncias relevantes do caso, se a ingerência em causa estava prevista na legislação do Estado-parte *ingerente*, se visou fins legítimos e se se mostrou necessária, numa sociedade democrática, à prossecução desses fins. Contudo, conjuga esta avaliação com o regime do art. 17.º do citado diploma, o qual poderá vir a aplicar se acabar por concluir que a conduta expressiva em apreço foi apta a destruir os valores fundamentais da CEDH. O que, segundo o próprio TEDH, até agosto de 2022, nunca ocorreu<sup>3231</sup>.

Na verdade, esta abordagem não difere substancialmente da referida no *item* anterior. Deste modo, dá-se aqui por reproduzido, *mutatis mutandis*, o que ali se disse.

Por fim, a jurisprudência de Estrasburgo considera que o art. 17.º da CEDH deve ser diretamente aplicado se a conduta expressiva em causa se mostrar inequivocamente idónea a destruir os valores fundamentais da CEDH. Noutras palavras, assim deverá proceder-se caso tal conduta seja dirigida contra estes valores<sup>3232</sup>.

Nestes casos, portanto, o TEDH exclui a conduta comunicacional *sub judice*, à partida e em abstrato, exclusivamente com base no seu conteúdo, do âmbito de tutela do direito à liberdade de expressão conferido pelo n.º 1 do art. 10.º da referida Convenção, não avaliando a sua censura pelo Estado-parte requerido à luz do n.º 2 deste artigo. Em consequência, declara a queixa incompatível *ratione materiae* com o disposto na CEDH e, assim, inadmissível, rejeitando-a, nos termos do art. 35.º, n.º 3, al. a), e n.º 4, deste diploma.

O TEDH submete invariavelmente a este regime a apologia do nazismo e a negação do holocausto nazi. De acordo com esse Tribunal, a defesa do regime nazi e o negacionismo do holocausto concretizado pelo mesmo não se compreendem, sequer *prima facie*, no âmbito de proteção da liberdade de expressão consagrada no art. 10.º, n.º 1, da CEDH, sendo proibidos nos termos do art. 17.º deste diploma<sup>3233</sup>. Sendo esta perspetiva reforçada pelo Tribunal de Estrasburgo com a consideração de que, negar o holocausto, que é um facto histórico comprovado, tem como objetivo reabilitar o regime nazi e acusar as suas vítimas de falsificarem a história, representando uma das formas mais graves de difamação racial dos judeus e incitamento ao ódio relativamente a estes, pelo que mina os valores em que se baseia a luta contra o racismo e o antisemitismo e constitui uma grave ameaça para a ordem pública, mostrando-se, por isso, incompatível com a democracia e os direitos humanos, bem como com a justiça e a paz, o que vale por dizer que agride os valores fundamen-

3231. Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights – Prohibition of abuse of rights, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022, p. 18, § 77, disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_17\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_ENG.pdf)

3232. Cf. Dec. Josip Šimunić c. Croácia, de 22 de janeiro de 2019, § 38.

3233. Cf. Ac. Lehideux e Isorini c. França, de 23 de setembro de 1998, § 47.

tais da CEDH<sup>3234</sup>. Na verdade, o referido Tribunal tem mostrado uma preocupação acrescida com os discursos antisemitas<sup>3235</sup>.

Contudo, o Tribunal de Estrasburgo igualmente subtrai à tutela da liberdade de expressão, à partida e em abstrato, *ex vi* do art. 17.º da CEDH, os discursos de ódio que incitem à violência. Disso são exemplos a defesa da *Sharia* através do apelo à violência<sup>3236</sup>, o incitamento à destruição do Estado de Israel e ao banimento e assassinato dos seus habitantes e a justificação de ataques suicidas em Israel nos quais foram mortos civis<sup>3237</sup>.

Porém, o TEDH tem estendido o regime do art. 17.º da CEDH a outros discursos de ódio. Segundo esse Tribunal, «insultar, degradar ou depreciar pessoas por causa da sua orientação sexual, ou promover um tipo de família em detrimento de outro, *nunca* é aceitável perante a Convenção»<sup>3238</sup>. Sublinhando ainda o Tribunal de Estrasburgo que a discriminação fundada na orientação sexual é tão grave quanto a baseada em «raça», origem ou cor<sup>3239</sup>. Nesta linha se insere, por exemplo, a *Dec. Molnar c. Roménia, de 23 de outubro de 2012*. Estava aí em acusa a condenação interna do requerente, por ter na sua posse e pretender afixar, entre outros, cartazes com os seguintes dizeres: «Um futuro para as crianças brancas»; «Mestiçagem – um crime contra a nação romena»; «Evitar que a Roménia se torne um país de Ciganos»; «A Roménia precisa de crianças, não de homossexuais»; «Por uma Roménia e uma Europa puras». Por sua banda, aquele Tribunal considerou que as mensagens alusivas à minoria cigana e à minoria homossexual pretendiam incitar o ódio contra as mesmas, pelo que contrariavam os valores fundamentais da CEDH, sendo incompatíveis com a democracia e os direitos humanos, não podendo, assim, o requerente invocar a proteção do art. 10.º dessa Convenção, por força do art. 17.º da mesma.

No entanto, o TEDH tem ido bem mais longe, aplicando o art. 17.º da CEDH relativamente a condutas expressivas de cariz inequivocamente político. Na *Dec.*

3234. Cf. *Dec. Garaudy c. França, de 24 de junho de 2003*.

3235. Estranha-se, por isso, o *Ac. Mukhin c. Rússia, de 14 de dezembro de 2021*, no qual o TEDH concluiu o seguinte: «O Tribunal não pode deixar de observar que o texto de D. continha declarações relativas a um grupo específico de pessoas e que essas declarações eram antisemitas. A parte impugnada do texto de D. pode ser caracterizada como um discurso racista, sem qualquer base factual para as contundentes declarações e alegações nele feitas. No entanto, tendo examinado cuidadosamente o processo interno (...), o Tribunal duvida que o elemento do discurso racista tenha constituído de forma significativa um fundamento para justificar a condenação criminal no presente caso (...). As decisões judiciais [internas] não contêm fundamentação específica a esse respeito, inclusive com referência aos princípios relevantes do Artigo 10 da Convenção». Em consequência, o referido Tribunal condenou o Estado da Federação Russa por violação do art. 10.º da CEDH (cf. *Ac. cit., §§ 129 e ss.*). Porém, estamos em crer que esta decisão decorreu, em grande medida, da discutível *doutrina dos tribunais internos responsáveis*, a que já fizemos referência.

3236. Cf. *Dec. Fouad Belkacem c. Bélgica, de 27 de junho de 2017, § 34*.

3237. Cf. *Dec. Hizb Ut-Tahrir e outros c. Alemanha, de 12 de junho de 2012, § 73*.

3238. Cf. *Ac. Macatè c. Lituânia, de 23 de janeiro de 2023, § 214* (italíco nosso).

3239. Cf. *Ac. Vejdeland c. Suécia, de 9 de fevereiro de 2012, § 55*.

*Mark Anthony Norwood c. Reino Unido*, de 16 de novembro de 2004, na qual estava em causa a condenação criminal interna de um dirigente regional do Partido Nacional Britânico, por ter colocado na janela da sua casa um cartaz fornecido por esse partido, com uma fotografia das *Torres Gêmeas* em chamas, com os dizeres «Islão fora da Grã-Bretanha – Proteja o povo britânico» e um símbolo de um crescente e uma estrela num sinal de proibição, o referido Tribunal considerou que se estava perante a vinculação veemente e generalizada de um grupo religioso a um ato de terrorismo, o que, na sua perspetiva, é incompatível com os valores fundamentais da CEDH, tendo concluído que, de acordo com o art. 17.º deste diploma, a descrita conduta não gozava do resguardo da liberdade de expressão, não podendo, por isso, ser avaliada à luz do n.º 2 do art. 10.º do mesmo<sup>3240</sup>.

Mas mais. Na *Dec. Dieudonné M'Bala M'Bala c. França*, de 20 de outubro de 2015, o TEDH chegou ao ponto de afastar da tutela da liberdade de expressão, ao abrigo do art. 17.º da CEDH, impedindo assim a sua avaliação perante o n.º 2 do art. 10.º deste diploma, diversas cenas de um espetáculo televisivo de caráter humorístico-satírico, apresentado por um conhecido humorista francês, por ter considerado que esse espetáculo se transformou numa demonstração de ódio e antisemitismo, na qual foi apoiado o negacionismo<sup>3241</sup>. Destarte, até a alegada proteção reforçada do humor e da sátira, decorrente das características de exagero e de distorção da realidade inerentes a estas formas artísticas, as quais visam provocar e agitar<sup>3242</sup>, determinando, por isso, um exame rigoroso das restrições que lhes sejam impostas pelos Estados-partes<sup>3243</sup>, está a ser abalada pela jurisprudência de Estrasburgo.

É, pois, de temer que o TEDH recorra cada vez mais ao expediente do art. 17.º da CEDH. Seja como for, são fortes os indícios de que, depois de a ter robustecido fortemente durante décadas, o Tribunal de Estrasburgo está a fragilizar e degradar a tutela da liberdade de expressão<sup>3244</sup>. E quer-nos parecer que o tratamento do discurso de ódio por esse Tribunal se inscreve nesta preocupante tendência<sup>3245</sup>.

3240. Cf. Dec. *Mark Anthony Norwood c. Reino Unido*, de 16 de novembro de 2004. Neste Aresto, o qual não é disso exemplo único, o TEDH socorreu-se do art. 17.º da CEDH *oficiosamente*.

3241. Cf. Dec. *Dieudonné M'Bala M'Bala c. França*, de 20 de outubro de 2015, §§ *maxime* 39-42.

3242. Cf. Dec. *Dieudonné M'Bala M'Bala c. França*, de 20 de outubro de 2015, § 31.

3243. Cf. Ac. *Alves da Silva c. Portugal*, de 20 de outubro de 2009, § 27.

3244. A título ilustrativo, vejam-se os seguintes Arestos do TEDH: Ac. *von Hannover c. Alemanha* (Ac. «*Carolina 1*»), de 24 de junho de 2004; Dec. *Mark Anthony Norwood c. Reino Unido*, de 16 de novembro de 2004; Ac. *Féret c. Bélgica*, de 16 de julho de 2009; Ac. *Palomo Sánchez e outros c. Espanha*, de 12 de setembro de 2011; Ac. *Mouvement Raelien Suisse c. Suíça*, de 13 de julho de 2012; Ac. *Animal Defenders International c. Reino Unido*, de 22 de abril de 2013; Ac. *Delfi AS c. Estónia*, de 16 de junho de 2015; Ac. *Pentikäinen c. Finlândia*, de 20 de outubro de 2015; Dec. *Dieudonné M'Bala M'Bala c. França*, de 20 de outubro de 2015; Ac. *Rusu c. Roménia*, de 8 de março de 2016; Ac. *Bédat c. Suíça*, de 29 de março de 2016; Ac. *Y c. Suíça*, de 6 de junho de 2017; Ac. *E. S. c. Áustria*, de 25 de outubro de 2018; Ac. *Sanchez c. França*, de 2 de setembro de 2021.

3245. A contrastar com a tendência referida no texto, no quadro do tratamento do discurso de ódio, destacou-se o Ac. *Stern Taulats e Roura Capellera c. Espanha*, de 13 de março de 2018.

Aqui chegados, importa sublinhar a traço grosso que, no sistema jus-constitucional português, os direitos fundamentais da comunicação não devem ser compreendidos à luz de teorias do *Tatbestand* restrito das normas de direitos fundamentais, não devendo as respetivas restrições ser encaradas sob o prisma de teorias internas, designadamente da tese dos limites imanentes, em sentido jurídico, a qual, aliás, se encontra em claro declínio por todo o lado<sup>3246</sup>. No quadro da CRP, tais direitos não conhecem temas tabu, não sendo admissível subtrair da sua proteção, *a priori* e em abstrato, quaisquer conteúdos expressivos. Todas as comunicações, por mais chocantes, agressivas ou perigosas que se afigurem, inclusive se puserem em causa o próprio ordenamento democrático-constitucional, encontram-se protegidas por esses direitos<sup>3247</sup>. Somente em face da *efetiva necessidade* de tutela de bens jus-constitucionais antagónicos e *na estrita medida* dessa necessidade poderão ser impostas restrições aos referidos direitos. Assim, perante discursos de ódio, como sublinhou o Tribunal Constitucional, «o valor das liberdades de comunicação (...) só permite medidas restritivas dos poderes públicos nos casos em que os conteúdos comunicados criem um perigo substancial particularmente grave e provável (à semelhança da doutrina do *clear and present danger* adoptada pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, entre outros, no caso *Brandenburg v. Ohio*, 395, U. S. 444 (1969))»<sup>3248</sup>.

---

Estava aí em causa a condenação criminal dos requerentes por, aquando de uma visita do Rei de Espanha a Girona, Catalunha, durante um comício numa zona pública, realizado após uma manifestação sob o lema «300 anos dos Bourbons, 100 anos de luta contra a ocupação espanhola», terem colocado de cabeça para baixo e queimado uma fotografia de grandes dimensões do casal real, o que foi celebrado com gritos por várias pessoas que se encontravam no local. Por sua banda, o TEDH não só recusou a aplicação do art. 17.º da CEDH, que o Estado requerido havia invocado, como considerou que a conduta em causa se encontrava protegida pelo direito à liberdade de expressão. Segundo o Tribunal de Estrasburgo, tal conduta «inseriu-se num debate sobre questões de interesse público, a saber, a independência da Catalunha, a forma monárquica do Estado e a crítica ao Rei como símbolo da nação espanhola», tendo recordado que a liberdade de expressão abrange ideias e informações que ofendem, chocam ou perturbam, por a tanto exigir o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não há sociedade democrática. Em sintonia, o referido Tribunal afirmou expressamente que a descrita conduta não pode ser razoavelmente considerada como «uma incitação ao ódio ou à violência», o que, adiantou, «não pode ser inferido do exame conjunto dos elementos utilizados para a encenação e do contexto em que ocorreu o ato, nem pode ser estabelecido com base nas consequências do ato, o qual, segundo os fatos declarados provados, não foi acompanhado de conduta violenta ou perturbação da ordem pública».

- 3246. Cf., numa perspetiva geral, NOVAIS, J., *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 390-546.
- 3247. Recorde-se que a proibição de organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista, imposta pelo art. 46.º, n.º 4, da CRP, representa uma restrição à liberdade de associação, mas não já aos direitos fundamentais da comunicação.
- 3248. Cf. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 254/2011, de 27 de maio de 2011.

Aliás, à luz da CRP, a dogmática dos direitos fundamentais da comunicação não deve cometer o (pretenso) «erro de Descartes», não devendo perspetivar o indivíduo como uma razão objetiva desprovida de emoção<sup>3249</sup>, pelo que cumpre considerar que tais direitos cobrem tanto a *razão comunicativa*, como a *emoção comunicativa*<sup>3250</sup>. Ao que acresce que uma das funções desses direitos é proporcionarem uma alternativa à violência física na libertação de sentimentos e tensões, pelo que a imposição de restrições a discursos de ódio aumenta o risco dessa violência<sup>3251</sup>, para além de não atacar as causas do ódio, antes concorrendo para a sua obnubilação e perpetuação.

Deste modo, na ordem jus-constitucional portuguesa, o regime do art. 17º da CEDH não pode aplicar-se relativamente a qualquer conduta comunicacional, incluindo discursos de ódio. O que vale por dizer que, internamente, pelo menos em relação a tais condutas, esse regime jus-convencional é *ineficaz*<sup>3252</sup>.

## 7. CONCLUSÕES

A investigação que realizámos permite-nos extrair as seguintes conclusões:

1. O sistema da CEDH não oferece um conceito de discurso de ódio suficientemente densificado, que permita às pessoas saberem, com um razoável grau de certeza, quais as condutas expressivas suscetíveis de a ele se subsumirem.
2. Acresce que a jurisprudência do TEDH é algo errática na avaliação das ingerências estaduais no exercício da liberdade de expressão decorrentes de discursos de ódio, o que não permite que as pessoas consigam prever, com suficiente segurança, onde termina a tutela jus-convencional da referida liberdade relativamente a tais discursos.
3. O Tribunal de Estrasburgo tende a validar as essas ingerências, mesmo quando considera que as condutas expressivas em causa não são aptas a destruir os valores

3249. Cf. MACHADO ACHADO, J., BRITO, I., *Difamação de Figuras Públicas – Tutela Jurídica e Censura Judicial – Reputação, Informação, Proteção Judicial, Política, Comunicação Social*, Lisboa, Juruá, 2016, p. 23.

3250. Cf. MACHADO ACHADO, J., *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 418.

3251. Sigmund FREUD afirmou mesmo, acompanhando um autor britânico que não identificou, que «o primeiro homem a dirigir uma palavra de insulto ao inimigo em vez de uma lança foi o fundador da civilização». «Portanto», concluiu, «as palavras são substitutos das ações e, em algumas circunstâncias (...), os únicos substitutos» (cf. FREUD, S., *On the Psychical Mechanism of Hysterical Phenomena*, Redditch, Read Books, 2013, p. 17).

3252. Considerando que as normas de Direito Convencional desconformes com a CRP são ineficazes, veja-se MIRANDA, J., «As relações entre ordem internacional e ordem interna na actual Constituição Portuguesa», in VARELA, A./et al., *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora (1998), p. 300. Porém, daqui não se segue que o Estado português não possa vir a ser condenado pelo TEDH por não aplicar essas normas, dado que, como já dissemos, uma coisa é a hierarquia de fontes internas e outra a responsabilização internacional do Estado.

fundamentais da CEDH, contrariando não raramente as suas orientações gerais sobre a avaliação das ingerências estaduais no exercício da liberdade de expressão.

4. Quando considera estar perante discursos de ódio idóneos a destruir os valores fundamentais da CEDH, o TEDH tende a subtraí-los ao âmbito de tutela da liberdade de expressão, *a priori* e em abstrato, *ex vi* do art. 17.º desse diploma, não avaliando as respostas estaduais aos mesmos à luz do regime das ingerências no exercício dessa liberdade, estabelecido no n.º 2 do art. 10.º do referido diploma.

5. O tratamento dos discursos de ódio pelo TEDH parece inscrever-se no que aparenta ser uma recente tendência deste Tribunal no sentido da fragilização e degradação da tutela da liberdade de expressão.

6. O regime do art. 17.º da CEDH, com base no qual o TEDH subtrai discursos de ódio, à partida e em abstrato, ao âmbito de proteção da liberdade de expressão, pelo menos com esta amplitude, não é compatível com o sistema jus-constitucional português, sendo ineficaz na nossa ordem jurídica.



## *Capítulo 49*

# A proteção do direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

RITA GIRÃO CURRO<sup>3253</sup>

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O DIREITO DE PROPRIEDADE EM GERAL E A SUA CONSAGRAÇÃO NA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 3. A APLICAÇÃO DO ART. 1.º DO PROTOCOLO ADICIONAL N.º 1 DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. 4. CONCLUSÕES.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo tem como propósito a análise da proteção do direito de propriedade, com enfoque na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH ou Tribunal).

Assim, em primeiro lugar far-se-á uma breve contextualização do dispositivo normativo que regula a matéria do direito de propriedade nesse âmbito regional.

Posteriormente, analisaremos a interpretação que é conferida a esse direito pelo TEDH, em especial, no que diz respeito ao âmbito de aplicação (ou, por outras palavras, ao âmbito de proteção) do princípio do respeito do direito de propriedade e à sua compatibilidade com eventuais interferências conflitantes.

Por fim, a propósito da existência de interferências no direito de propriedade, analisaremos a jurisprudência paradigmática no que respeita à materialização do justo equilíbrio que deve verificar-se entre, por um lado, as exigências do interesse geral e, por outro lado, a salvaguarda do direito ao gozo pacífico dos bens pelos seus proprietários.

3253. Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Doutoranda (*Doutoramento Per Saltum*), Especialidade de Ciências Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora no Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## 2. O DIREITO DE PROPRIEDADE EM GERAL E A SUA CONSAGRAÇÃO NA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

O âmbito do direito de propriedade privada desagrega-se em, pelo menos, quatro diferentes prerrogativas, como o direito de adquirir bens, o direito de usar e de fruir de bens de que se é proprietário, o direito de transmiti-los e, por fim, o direito de não ser privado de bens de que se é proprietário<sup>3254</sup>.

No Direito interno, o direito de propriedade privada consubstancia um direito fundamental, previsto no art. 62.º da Constituição da República Portuguesa, cuja especial importância social e económica está profundamente assente na consciência dos cidadãos<sup>3255</sup>.

Consequentemente, nas vestes das suas prerrogativas de defesa, o direito de propriedade privada possui uma natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando de um regime de restrições específico<sup>3256</sup> e, de certo modo, mais garantístico dessas componentes do próprio direito.

A elaboração da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH), o primeiro texto de proteção ao nível regional europeu que regula um amplo mecanismo de salvaguarda jurisdicional aberto aos particulares<sup>3257</sup>, não foi insensível à relevância (transversal) do direito de propriedade privada, tendo, uma parte dos negociadores da CEDH, pretendido incluir esse direito no elenco dos direitos e das liberdades que o respetivo projeto viria a contemplar<sup>3258</sup>.

Todavia, não foi possível obter-se, inicialmente, o consenso dos signatários da CEDH nesse sentido, tendo em consideração a natureza económica do direito em causa, evidentemente heterogéneo do catálogo de direitos contemplados<sup>3259</sup>.

Posteriormente, o direito de propriedade privada viria a integrar o art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, assinado em 20 de março de 1952<sup>3260</sup>.

- 
- 3254. CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V., Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 802. Defendendo uma possível quinta prerrogativa, que se consubstancia no direito de reaver os bens sobre os quais se mantém o direito de propriedade.
  - 3255. ALVES CORREIA, F., «Direito de propriedade, expropriação e nacionalização», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2020), pp. 1999 e 2001.
  - 3256. CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V., Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, (2014), p. 802.
  - 3257. Cf. MIRANDA, J., Curso de Direito Internacional Público, Lisboa, Principia Editora (2016), p. 329 e CORREIA BATISTA, E., Direito Internacional Público, Volume II, Lisboa, AAFDL Editora, 2015, p. 515.
  - 3258. DE QUADROS, F., A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público, Lisboa, Almedina (1998), p. 166.
  - 3259. FINOCCHIARO, S., «Protezione della proprietà», in Ubertis, G.; Viganò, F. (coord.), Corte di Strasburgo e Giustizia Penale, Turim, G. Giappichelli Editore, (2016), p. 325.
  - 3260. DE QUADROS, F., A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público, Lisboa, Almedina, 1998, p. 166.

Deste modo, a CEDH acolheu o direito de propriedade privada, sendo a única disposição desse bloco normativo que diz respeito a um direito económico<sup>3261</sup>.

Sob a epígrafe «proteção da propriedade», o art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH estipula o seguinte:

«Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional.

As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas».

### **3. A APLICAÇÃO DO ART. 1.º DO PROTOCOLO ADICIONAL N.º 1 DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM**

Como a jurisprudência<sup>3262</sup> e a doutrina<sup>3263</sup> têm vindo a reconhecer, o art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 prevê três regras: *i*) uma primeira regra, de caráter geral, enunciada na primeira frase do primeiro parágrafo, que estabelece o princípio do respeito do direito de propriedade; *ii*) uma segunda regra, prevista na segunda frase do primeiro parágrafo, que admite a privação da propriedade, sob a observância de determinadas condições e, por fim; *iii*) uma terceira regra, no segundo parágrafo desse artigo, que consagra a possibilidade de o Estado regulamentar o uso dos bens, também de acordo com certos imperativos.

De igual forma, o Tribunal tem entendido que existe uma relação específica entre as três regras enunciadas: a segunda e a terceira regras dizem respeito a exemplos concretos de ofensa ao direito de propriedade, devendo ser interpretadas à luz do disposto na primeira regra<sup>3264/3265</sup>. Consequentemente, na sua análise, o Tribunal

- 
- 3261. CABRAL BARRETO, I., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 465.
  - 3262. A título exemplificativo, cf. os Acórdãos *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junho de 1979, *Perdigão c. Portugal*, de 16 de novembro de 2010, e *Almeida Ferreira e Melo Ferreira c. Portugal*, de 21 de dezembro de 2010.
  - 3263. Cf. entre outros, Lang, R., «Unlocking the First Protocol: Protection of Property and the European Court of Human Rights», in *Human Rights Law Journal*, Volume 29, Número 6-12, Kehl, N. P. Engel Publisher, (dezembro de 2008), p. 205; Alves Correia, F., «Direito de propriedade, expropriação e nacionalização», in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Vol. III*, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2020), p. 2020, e CABRAL BARRETO, I., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*..., *op. cit.*, p. 466.
  - 3264. Neste sentido, cf. Acórdãos. *Perdigão c. Portugal*, de 16 de novembro de 2010, e *Almeida Ferreira e Melo Ferreira c. Portugal*, de 21 de dezembro de 2010.
  - 3265. Defendendo que a relação entre as referidas três regras ainda não está completamente esclarecida na jurisprudência do TEDH, cf. Lang, R., «Unlocking the First Protocol: Protection of Property and the European Court of Human Rights»..., *op. cit.*, p. 205.

deve determinar se as últimas duas regras são aplicáveis, antes de considerar se a primeira regra foi observada num caso concreto<sup>3266</sup>.

A proteção do direito de propriedade, como previsto na primeira frase do art. 1.<sup>º</sup> do Protocolo Adicional n.<sup>º</sup> 1 da CEDH, tem sido desenvolvida pela jurisprudência do TEDH: *i*) esta proteção é conferida a bens atuais (e não a bens futuros) e *ii*) o conceito de «bens» («possessions», em inglês, ou «biens», em francês) é autónomo (e não depende do Direito interno dos Estados) e amplo.

No Ac. *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junho de 1979, o Tribunal reconheceu, de forma inovadora, que a primeira regra prevista no art. 1.<sup>º</sup> do Protocolo Adicional n.<sup>º</sup> 1 da CEDH, ao estipular que todos têm direito ao gozo pacífico dos seus bens, garante, em substância, o direito de propriedade, comprovado pela utilização de conceitos como «possessions», «use of property», em inglês, e «biens», «propriété» e «usage des biens», em francês, assim como as referências, nos trabalhos preparatórios, a «right of property» e «right to property», em inglês.

Nessa jurisprudência, além de o Tribunal ter evidenciado a garantia do direito de propriedade que consta do art. 1.<sup>º</sup> do Protocolo Adicional n.<sup>º</sup> 1 da CEDH, o TEDH também clarificou que a proteção conferida por essa disposição se dirige apenas a bens atuais e não a bens futuros.

Sucintamente, na génesis do Ac. *Marckx c. Bélgica* estava um diferendo que opunha uma cidadã, agindo em seu nome e em nome da sua filha menor, contra o Estado Belga, tendo por objeto a forma legal de estabelecimento da filiação materna de filhos nascidos fora do casamento (comparativamente à forma legal de estabelecimento da filiação materna de filhos nascidos dentro do casamento), bem como dos direitos patrimoniais, em geral, e dos direitos sucessórios, em especial, dos filhos nascidos fora do casamento, em decorrência do estabelecimento dessa filiação.

Com maior relevo, para efeitos do nosso objeto de análise, as requerentes entendiam, em primeiro lugar, que, segundo a lei belga, não existia nenhum vínculo jurídico resultante do nascimento entre uma mãe de um filho nascido fora do casamento e o seu filho. Enquanto a certidão de nascimento era suficiente para provar a filiação materna de um filho nascido dentro do casamento, a filiação materna de um filho nascido fora do casamento era estabelecida através de um reconhecimento voluntário pela mãe ou de um processo judicial específico.

Além disso, as requerentes também invocavam que o estabelecimento da filiação materna no caso de filhos nascidos fora do casamento tinha efeitos limitativos relativamente à extensão de certos direitos, como os direitos sucessórios, existindo, por exemplo, restrições apenas aplicáveis às mães de filhos nascidos fora do casamento no que dizia respeito à disposição dos seus bens em favor dos seus filhos.

Neste contexto, o Tribunal começou por analisar a relação existente entre as três regras previstas no art. 1.<sup>º</sup> do Protocolo Adicional n.<sup>º</sup> 1 da CEDH, concluindo, numa

---

3266. Como o TEDH clarificou no Ac. *Sporrong e Lönnroth c. Suécia*, de 23 de setembro 1982.

primeira fase, que, embora a primeira regra estipulada nesse artigo garantisse, em substância, o direito de propriedade, a limitação introduzida pela regra prevista no segundo parágrafo do art. 1.º não permitia concluir, de modo isolado, que a restrição estabelecida pela lei belga estava em conflito com o disposto nesse artigo.

Todavia, o Tribunal, na sua análise, realçou que a limitação exposta era aplicável apenas às mães de filhos nascidos fora do casamento e não às mães de filhos nascidos dentro do casamento.

Consequentemente, o Tribunal considerou a distinção entre filhos nascidos fora ou dentro do casamento como sendo discriminatória, não retendo, da argumentação do Estado Belga, a existência de um interesse geral ou de uma justificação objetiva e razoável que justificasse que se limitasse a liberdade de disposição dos bens de uma mãe de um filho nascido fora do casamento em favor do seu filho, quando as mães de filhos nascidos dentro do casamento não tinham semelhante limitação.

Pelas razões expostas, o Tribunal decidiu, com especial relevância para a interpretação do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, que não houve uma violação do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, considerado isoladamente, mas, que houve uma violação do art. 14.º conjugado com o art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1, ambos da CEDH, relativamente à requerente que atuava em defesa própria.

Do Ac. *Marckx c. Bélgica* resulta igualmente a interpretação do TEDH sobre o alcance do princípio do respeito do direito de propriedade: a proteção que é conferida por este artigo dirige-se apenas a bens atuais e não a bens futuros, o que significa que esta disposição não garante o direito de adquirir bens, nomeadamente, por via sucessória. Neste contexto, com a abertura da sucessão, o direito à herança passa a constituir um direito que não pode ser afastado com fundamento em discriminações que não são admissíveis à luz de outros comandos normativos da CEDH, como o art. 14.º, que estabelece uma proibição de discriminação<sup>3267</sup>.

Embora a proteção que é conferida por este artigo apenas se dirija a bens atuais (e não a bens futuros), a jurisprudência do TEDH tem procurado salvaguardar situações em que se verifique a existência de uma «expetativa legítima».

O conceito de «expetativa legítima» no âmbito do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH surgiu, pela primeira vez, na jurisprudência do TEDH, no Ac. *Pine Valley Developments Ltd e Outros c. Irlanda*, de 29 de novembro de 1991<sup>3268</sup>.

Na origem do Ac. *Pine Valley Developments Ltd e Outros c. Irlanda* está um litígio que opunha vários requerentes, entre os quais as sociedades *Pine Valley Developments Ltd* e *Healy Holdings Ltd* contra a Irlanda. Ambas as sociedades participavam na compra e urbanização de terrenos.

3267. Reiterando igualmente este sentido, cf. CABRAL BARRETO, I., A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada..., *op. cit.*, p. 469.

3268. Como referido no Ac. *Kopecký c. Eslováquia*, de 28 de setembro de 2004.

Em concreto, as requerentes alegavam, em primeiro lugar, que, em resultado de uma decisão do Supremo Tribunal em torno da invalidade de uma licença que permitia a urbanização de um terreno, e, em segundo lugar, pela falta de indemnização pela consequente redução do valor dos seus bens, tinham sido vítimas de uma violação do direito consagrado no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

A propósito deste ponto, o Tribunal concluiu pela existência de uma «expetativa legítima» no caso, uma vez que tinha sido concedida uma licença que permitia a urbanização do terreno, com base na qual essas sociedades adquiriram o respetivo terreno, com o intuito de procederem à sua urbanização.

Também no Ac. *Kopecký c. Eslováquia*, de 28 de setembro de 2004, o TEDH desenvolveu o conceito de «expetativa legítima».

Na origem do Ac. *Kopecký c. Eslováquia* estava uma divergência entre um cidadão eslovaco e a Eslováquia, em que o requerente alegava que a rejeição do seu pedido de restituição de bens confiscados ao seu pai tinha violado o seu direito ao respeito pelos seus bens, garantido pelo art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Embora a decisão interna da primeira instância fosse favorável ao requerente, foi posteriormente anulada e, por conseguinte, não conferiu qualquer título executório ao requerente.

Neste contexto, o Tribunal entendeu, em suma, que não se pode verificar a existência de uma «expetativa legítima» quando existe uma disputa sobre a forma como o Direito interno deve ser interpretado e aplicado e os argumentos do requerente a este respeito são, em última análise, rejeitados pelos tribunais nacionais.

Consequentemente, o TEDH considerou que o requerente não tinha «bens» na aceção do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, pelo que não beneficiava das garantias previstas nessa disposição.

O Ac. *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, de 11 de janeiro de 2007, releva igualmente pelo facto de o Tribunal ter voltado a pronunciar-se sobre a atualidade dos bens protegidos pelo art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1.

Na base do Ac. *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* estava um litígio referente à utilização de uma marca comercial, pela sociedade *Anheuser-Busch Inc.*, com sede nos Estados Unidos da América, que produzia e comercializava, em vários países, a marca de cerveja *Budweiser*.

A decisão da sociedade de comercializar a sua cerveja também na Europa deu origem a um diferendo com uma sociedade checa, a sociedade *Budějovický Budva*, que produzia uma cerveja na cidade de České Budějovice, na Boémia (República Checa), também denominada por *Budweiser*, denominação essa que derivava do nome alemão «*Budweis*», pelo qual a cidade era conhecida.

Tendo o processo corrido perante a jurisdição portuguesa, a sociedade *Anheuser-Busch Inc.* alegava uma violação do direito ao respeito dos seus bens, em virtude

de ter sido privada do direito de utilizar uma marca comercial, devido à aplicação de um tratado bilateral posterior ao pedido de registo da sua marca. A sociedade sustentava igualmente que a decisão do Supremo Tribunal de Justiça português deveria ser analisada como consubstanciando uma expropriação, na medida em que a impedia, doravante, de beneficiar de uma proteção do seu direito de propriedade intelectual.

Neste contexto, o TEDH começou por recordar que o princípio do respeito do direito de propriedade, como previsto na primeira frase do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, apenas é válido para bens atuais, o que significava, desde logo, que a expectativa de ver reconhecido um direito de propriedade que se está na impossibilidade de exercer de facto não poderia ser considerada como um «bem», para efeitos da aplicação dessa norma.

No entanto, o Tribunal voltou a relembrar que, em algumas circunstâncias, a expectativa legítima de obter um valor patrimonial pode também beneficiar da proteção conferida pelo art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, como resulta da evolução jurisprudencial do TEDH.

Por sua vez, no que diz respeito ao conceito de «bens» (*«possessions»*, em inglês, ou *«biens»*, em francês), no Ac. *Matos e Silva, Lda., e outros c. Portugal*, de 16 de setembro de 1996, o Tribunal esclareceu que esse conceito, previsto no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, tem um significado autónomo do Direito interno.

Na origem do Ac. *Matos e Silva, Lda., e outros c. Portugal* estava um litígio que opunha as sociedades Matos e Silva, Lda., Teodósio dos Santos Gomes, Lda., e uma cidadã portuguesa, contra o Estado Português. A sociedade Teodósio dos Santos Gomes, Lda., e a cidadã portuguesa, eram os únicos acionistas e proprietários da primeira sociedade referida.

De modo sucinto, importa sublinhar a relevância desta jurisprudência no âmbito da discussão sobre a existência de um «bem», passível de ser protegido no âmbito da primeira regra do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Neste contexto, o Estado Português argumentou que os requerentes não tinham qualquer «bem» na aceção do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, uma vez que a situação jurídica da sociedade Matos e Silva, Lda., como proprietária de um terreno que tinha sido alvo de vários atos de expropriação num curto espaço de tempo, era discutível à luz do Direito interno. Consequentemente, o Estado Português entendia que as requerentes não poderiam beneficiar da proteção prevista no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, pois, não poderiam invocar a violação de um direito de propriedade que não tinha sido demonstrado, não competindo ao TEDH a apreciação e decisão da (in)existência de um direito de propriedade nos termos do Direito português.

Embora o TEDH tenha concordado com o Estado Português no que dizia respeito ao facto de não lhe competir aferir e decidir sobre a (in)existência de um direito

de propriedade à luz de normas nacionais, recordou que o conceito de «bens» («possessions», em inglês, ou «biens», em francês) tem um significado autónomo e não depende do Direito interno.

No caso em concreto, o TEDH entendeu que os direitos incontroversos dos requerentes sobre o terreno em litígio durante um longo período e as receitas que obtiveram do seu trabalho poderiam ser qualificados como «bens» na aceção do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Por fim, é de salientar que a jurisprudência do TEDH tem entendido que o art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 não se limita à propriedade de bens corporais, protegendo valores patrimoniais, o que permite a sua aplicabilidade a créditos (como realçado no Ac. *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão e Outros c. Portugal*, de 11 de janeiro de 2000), e também à propriedade intelectual (como decidido no já referido Ac. *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*), protegendo-se, assim, uma ampla variedade de «bens».

Também a propósito deste artigo, o TEDH tem analisado a existência de interferências no direito de propriedade e, em caso afirmativo, se essas interferências são justificadas, com especial relevância para a análise do justo equilíbrio que deve verificar-se entre, por um lado, as exigências do interesse geral e, por outro lado, a salvaguarda do direito ao gozo pacífico dos bens pelos seus proprietários. Um exemplo paradigmático desta análise encontra-se no Ac. *Sporrong e Lönnroth c. Suécia*, de 23 de setembro 1982.

Na origem do Ac. *Sporrong e Lönnroth c. Suécia* estavam duas ações intentadas contra a Suécia pelos herdeiros de um cidadão e por uma cidadã, ambos suecos. Nos dois processos, denunciavam que as sucessivas renovações das autorizações de expropriação e das proibições de edificação, sem o pagamento de uma indemnização, violaram o direito garantido no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Analizando da (in)existência de uma ingerência no direito de propriedade dos requerentes, o Tribunal começou por realçar que estes não questionavam a legalidade das medidas adotadas, mas sim a sua duração e, consequentemente os efeitos negativos que as mesmas tiveram sobre os seus direitos patrimoniais, limitando o seu livre uso e gozo e impedindo a venda das suas propriedades em condições normais de mercado. Em suma, os seus direitos de propriedade ficaram desprovidos de conteúdo durante a (longa) vigência das medidas em causa, ascendendo a 25 anos.

Na ausência de uma expropriação formal, ou seja, de uma transferência da propriedade, o Tribunal considerou que importava averiguar a existência de uma «expropriação de facto».

Por considerar que os direitos de propriedade em questão não desapareceram por força das medidas adotadas, ainda que tivessem perdido a sua substância, o Tribunal entendeu que, consequentemente, não poderiam os efeitos dessas medidas serem de tal natureza que pudessem ser equiparados a uma privação de bens.

Do mesmo modo, o Tribunal considerou que, enquanto as proibições de edificação implicavam uma limitação, ou um controlo da utilização dos bens em causa, na aceção da regra prevista no segundo parágrafo do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, diferentemente, as autorizações de expropriação não implicavam um controlo da utilização dos bens, razão pela qual deveriam ser analisadas à luz do cumprimento do princípio do respeito do direito de propriedade, enunciado na primeira frase do primeiro parágrafo do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

De forma a analisar o cumprimento da primeira frase do primeiro parágrafo do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, o Tribunal sublinhou que deveria determinar se tinha sido encontrado um equilíbrio justo entre as exigências do interesse geral da comunidade e as exigências da proteção dos direitos dos particulares, em concreto, o direito dos proprietários ao gozo pacífico dos seus bens, como previsto nessa disposição.

Alertando para a inflexibilidade da legislação em vigor na altura, que não permitia reavaliar, em períodos razoáveis, a ponderação existente entre os interesses conflituantes em causa, assim como para o longo período durante o qual as medidas se prolongaram, sem que os particulares pudessem reagir validamente dentro do seu ordenamento jurídico, o Tribunal concluiu que as autorizações de expropriação, cujas consequências foram agravadas pelas proibições de edificação, violaram o disposto no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Ainda relativamente ao justo equilíbrio entre as exigências do interesse geral da comunidade e as exigências da proteção do direito ao gozo pacífico dos bens pelos seus proprietários, como previsto no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, importa sublinhar que o Tribunal tem entendido *i*) que os Estados dispõem de uma larga margem de apreciação para determinar o interesse geral e *ii*) que essa margem de apreciação para determinar o interesse geral tem de observar a proporcionalidade da interferência. A propósito do desenvolvimento desta questão, existe variada jurisprudência envolvendo o Estado Português, como o Ac. *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão e Outros c. Portugal*, de 11 de janeiro de 2000, o Ac. *Perdigão c. Portugal*, de 16 de novembro de 2010 e o Ac. *Almeida Ferreira e Melo Ferreira c. Portugal*, de 21 de dezembro de 2010, cujos contributos importa sintetizar.

No Ac. *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão e Outros c. Portugal*, os requerentes, proprietários de terrenos que foram objeto de expropriação e de nacionalização no âmbito da política relativa à reforma agrária em Portugal, alegavam ter direito a uma indemnização definitiva em razão da privação das suas propriedades, apenas tendo recebido indemnizações provisórias.

No âmbito da análise da observância dos fins visados pela primeira regra do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, o Tribunal reconheceu, desde logo, que a ingerência em causa prosseguia, de forma manifesta, uma finalidade legítima, inserida na condução da política económica e social.

No entanto, e como realçou, o Tribunal verificou que decorreram 24 anos sem que os requerentes tivessem recebido as indemnizações definitivas que estavam, inclusive, previstas em legislação interna.

O contexto exposto foi ainda agravado, segundo o Tribunal, pela ausência de um mecanismo interno eficaz para dirimir o litígio, considerando, por isso, que os requerentes suportaram um encargo especial e exorbitante, que não cumpriu com o justo equilíbrio que deve verificar-se entre, por um lado, as exigências do interesse geral e, por outro lado, a salvaguarda do direito ao gozo pacífico dos bens pelos seus proprietários, concluindo pela violação do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Por sua vez, no Ac. *Perdigão c. Portugal*, os requerentes queixavam-se de uma violação do seu direito de propriedade, pelo facto de uma indemnização, na decorrência de uma expropriação, que lhes tinha sido definitivamente concedida, ter sido totalmente absorvida pelo valor que tiveram de despender a título de custas judiciais.

Na análise do processo, o TEDH considerou, desde logo, que obrigação de proceder ao pagamento de custas judiciais e a respetiva regulamentação que com ela se relaciona, releva do segundo parágrafo do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Assim sendo, cumpria ao Tribunal apreciar em que medida a condenação dos requerentes no pagamento de custas judiciais poderia ser analisada como uma ingerência no direito destes ao respeito dos seus bens.

Nesse contexto, ainda que o Tribunal tenha entendido que o comportamento dos requerentes contribuiu para o elevado montante das custas judiciais, concluiu que nem esse comportamento, nem a atividade processual desenvolvida nesse processo, poderiam justificar um montante tão elevado de custas judiciais, atendendo ao valor fixado a título da indemnização pela expropriação.

Consequentemente, também neste processo o Tribunal considerou que os requerentes tiveram de suportar um encargo exorbitante que quebrou o justo equilíbrio que deve existir entre as exigências do interesse geral e o respeito do direito de propriedade, decidindo pela violação do disposto no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Por fim, no Ac. *Almeida Ferreira e Melo Ferreira c. Portugal*, os requerentes, titulares do direito de usufruto de um imóvel, do qual o filho era nu-proprietário, invocavam que a aplicação automática de uma exceção ao direito do proprietário de denunciar o contrato de arrendamento constituía uma ingerência desproporcional no direito ao respeito dos seus bens, conforme consagrado no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Em concreto, a exceção legal, prevista na legislação portuguesa, impedia a denúncia do contrato de arrendamento pelo proprietário nos casos em que o arrendatário residisse há 20 anos ou mais no imóvel.

Neste contexto, o Tribunal considerou, em primeiro lugar, que as limitações legais impostas ao direito dos proprietários de denunciar os contratos de arrendamento se prendiam com as medidas adotadas pelo Estado no sentido de regulamentar o uso dos bens dos particulares, pelo que, consequentemente, o caso concreto deveria ser analisado ao abrigo da regra prevista no segundo parágrafo do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Verificando a existência de uma ingerência no direito de propriedade dos requerentes, tendo em consideração as decisões proferidas no processo, cumpria ao TEDH apurar se a referida ingerência se encontrava justificada.

Assim, o Tribunal, analisando a medida em concreto, assinalou, desde logo, *i*) que a legislação em causa prosseguia um fim legítimo (a proteção social dos arrendatários) e *ii*) que o Tribunal não podia pôr em causa essa opção política do legislador, porquanto se tratava de uma política de interesse geral, que não era manifestamente desprovida de base razoável.

Além disso, e tendo em consideração as especificidades do litígio, o Tribunal concedeu uma relevância decisiva ao facto de a limitação em questão já estar em vigor à data em que os requerentes celebraram o contrato de arrendamento, devendo ser, por isso, do seu conhecimento.

Por conseguinte, o Tribunal considerou que a limitação em causa não poderia ser encarada como sendo desproporcional ou desprovida de justificação, assegurando um justo equilíbrio entre os valores conflituantes, em concreto, o interesse geral da comunidade e o respeito do direito de propriedade, considerando, por isso, que não houve violação do previsto no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH.

Deste modo, podemos considerar que o TEDH tem entendido como sendo fundamental para averiguar a existência de um justo equilíbrio entre as exigências do interesse geral e a garantia do direito ao gozo pacífico dos bens pelos seus proprietários, *i*) a ausência de um mecanismo interno eficaz para dirimir o litígio; *ii*) a prova da existência de um encargo especial ou exorbitante; *iii*) a falta de proporcionalidade e, por último; *iv*) a patente falta de justificação das limitações impostas.

#### **4. CONCLUSÕES**

Em suma, tendo em consideração o exposto e desenvolvido ao longo do presente estudo, podemos concluir o seguinte:

1. Não tendo sido acolhido na redação inicial da CEDH, pela sua natureza marcadamente económica, o direito de propriedade viria a integrar o art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 à CEDH, assinado em 20 de março de 1952.

2. O art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH prevê três regras: (a) uma primeira regra, de caráter geral, enunciada na primeira frase do primeiro parágrafo, que estabelece o princípio do respeito do direito de propriedade; (b) uma segunda

regra, prevista na segunda frase do primeiro parágrafo, que admite a privação da propriedade, sob a observância de determinadas condições e, por fim; (c) uma terceira regra, no segundo parágrafo desse artigo, que consagra a possibilidade de o Estado regulamentar o uso dos bens, também de acordo com certos imperativos.

3. Estabelece-se uma relação específica entre as três regras previstas no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH: a segunda e a terceira regras dizem respeito a exemplos concretos de ofensa ao direito de propriedade, devendo ser interpretadas à luz do disposto na primeira regra.

4. O TEDH tem entendido igualmente que deve determinar-se se as últimas duas regras são aplicáveis, antes de considerar-se se a primeira regra foi observada num caso concreto.

5. A proteção do direito de propriedade é conferida a bens atuais (e não a bens futuros), como evidenciado no Ac. *Marckx c. Bélgica*, que reconheceu, de forma inovadora, que a primeira regra prevista no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1, garante, em substância, o direito de propriedade.

6. Embora a proteção que é conferida por este artigo apenas se dirija a bens atuais (e não a bens futuros), a jurisprudência do TEDH tem procurado salvaguardar situações em que se verifique a existência de uma «expetativa legítima», como demonstrado no Ac. *Pine Valley Developments Ltd e Outros c. Irlanda*, no Ac. *Kopecký c. Eslováquia* e no Ac. *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*.

7. A jurisprudência do TEDH também tem densificado o conceito de «bens» («possessions», em inglês, ou «biens», em francês), tendo esclarecido que esse conceito, previsto no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, tem um significado autónomo e não depende do Direito interno dos Estados (entre outros, no Ac. *Matos e Silva, Lda., e outros c. Portugal*).

8. Relativamente ao alcance da proteção conferida pela norma reguladora do direito de propriedade na CEDH, a jurisprudência do TEDH tem entendido que o art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH não se limita à propriedade de bens corporais, protegendo valores patrimoniais, como créditos (realçado no Ac. *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão e Outros c. Portugal*), mas também a propriedade intelectual (como evidenciado no Ac. *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*), o que significa que se protege, desse modo, uma ampla variedade de «bens».

9. A propósito do respeito do direito de propriedade, o TEDH tem analisado a existência de interferências nesse direito e, em caso afirmativo, se essas interferências são justificadas, com especial relevância para a análise do justo equilíbrio que deve verificar-se entre, por um lado, as exigências do interesse geral e, por outro lado, a salvaguarda do direito ao gozo pacífico dos bens pelos seus proprietários.

10. Nesse contexto, importa sublinhar que o Tribunal tem entendido (a) que os Estados dispõem de uma larga margem de apreciação para determinar o interesse geral e (b) que essa margem de apreciação para determinar o interesse geral tem de observar a proporcionalidade da interferência e, por fim.

11. A propósito do justo equilíbrio que deve verificar-se entre, por um lado, as exigências do interesse geral e, por outro lado, a salvaguarda do direito ao gozo pacífico dos bens pelos seus proprietários, o TEDH tem considerado fundamental, para averiguar da existência desse justo equilíbrio entre os valores em causa (a) a ausência de um mecanismo interno eficaz para dirimir o litígio; (b) a prova da existência de um encargo especial ou exorbitante; (c) a falta de proporcionalidade e, por último; (d) a patente falta de justificação das limitações impostas (como demonstrado em variada jurisprudência envolvendo o Estado Português, como o Ac. *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão e Outros c. Portugal*, o Ac. *Perdigão c. Portugal* e o Ac. *Almeida Ferreira e Melo Ferreira c. Portugal*).



## *Capítulo 50*

# Una mirada interamericana sobre el derecho a la propiedad y sus contornos ambientales

IRaida Giménez<sup>3269</sup>

SUMARIO: 1. LA PROPIEDAD COMO DERECHO INDIVIDUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 2. EL EFECTO TRANSFORMADOR DE LA PROPIEDAD COLECTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. 3. REFLEXIONES FINALES.

«En América Latina, lo maravilloso se encuentra en vuelta de cada esquina, [...] En nuestra naturaleza... Y también en nuestra historia» (Alejo Carpentier)

### **1. LA PROPIEDAD COMO DERECHO INDIVIDUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

Como punto de partida debe tenerse en consideración que fue el proceso de internacionalización de los derechos fundamentales el que supuso «una vuelta a la reivindicación de su carácter universal y supraestatal»<sup>3270</sup>. Si se observa en retrospectiva, la raíz de este fenómeno se encuentra en el movimiento de humanización<sup>3271</sup> del derecho internacional de mediados del siglo XX<sup>3272</sup>, donde la persona humana aparece como titular de derechos<sup>3273</sup>, mientras que sobre el Estado descansa la res-

- 
- 3269. Profesora de Derecho Internacional Público CEI International Affairs Barcelona, centro adscrito a la Universitat de Barcelona. Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla (España).
  - 3270. PÉREZ-LUÑO. A. E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, TECNOS, 2003, p. 129.
  - 3271. MERON, T., The humanization of international law. In The Humanization of International Law, The Hague Academy of International Law, Brill Nijhoff, 2006.
  - 3272. CANÇADO TRINDADE, A., International Law for Humankind, Leiden, Brill Nijhoff, 2020, p. 24. Como respuesta a las atrocidades de la II Guerra Mundial.
  - 3273. GROSS-ESPIELL. H, La Declaración Americana raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano. Derechos humanos y vida internacional, UNAM/ Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995, p. 14.

ponsabilidad de respetar esa esfera personal, subrayada por el deber correlativo de utilizar la autoridad y el poder estatal como medios para garantizar el bienestar común<sup>3274</sup>.

El derecho a la propiedad fue reconocido primero en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>3275</sup> «DADDH» de 1948, y ocho meses después incorporado en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>3276</sup>. No obstante, debido a la polaridad internacional vivida en las siguientes décadas, en el ámbito universal solo fue posible asegurar su protección subsidiaria en instrumentos especiales<sup>3277</sup>. De allí que, es en los sistemas regionales<sup>3278</sup> donde se aprecia el mayor desarrollo normativo del derecho a la propiedad, acompañado por el aumento sustancial de su salvaguarda y garantías.

Para referirse al estado actual del derecho a la propiedad en el sistema interamericano<sup>3279</sup>, es necesario tener en cuenta que las líneas iniciales dibujadas en las Américas fueron trazadas alrededor del derecho continental heredado de la colonización y de la posterior adopción del modelo del código civil francés<sup>3280</sup>. De esta manera, del derecho interno de los nuevos Estados Americanos emergió un marco claramente utilitarista de la propiedad<sup>3281</sup>, cuestión que progresivamente fue matizada por valores propios, hasta dar paso a un entendimiento del derecho a la propiedad con características culturales y sociales de tipo particular en la región.

Desde los trabajos preparatorio de la DADDH, se observa una embrionaria erosión de la soberanía de los Estados arraigada en el deber de cumplimiento del

---

3274. *Loc cit.*

3275. Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Acta Final Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos Doc. Res. XXX, 30 mar. 1948 [DADH].
3276. Declaración Universal de los Derechos Humanos. GA. Res. 217A (III), (10 Dic. 1948). Artículo 17. Debe tenerse en cuenta que además de los crímenes que conmovieron la conciencia de la humanidad, el pueblo judío también fue desposeído de sus bienes.
3277. Artículo 16.h) de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, artículo 26 Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ONU. AGRO 61 Sesión., U.N Doc. A/61/53 (13 sep. 2007), artículo 14 del OIT, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 7 jun. 1989 [Convenio OIT-169].
3278. En el ámbito europeo véase: artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1952) [PCEDH]. En África véanse los artículo 14 y 21 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), y en las Américas véase el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
3279. Sobre el sistema interamericano véase: ARÉVALO-RAMÍREZ, W., ROUSSET-SIRI, A., Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). Oxford Bibliographies, 2021. Recuperado de: <https://bit.ly/3iVwjPu>.
3280. Su raíz se lo localiza en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y la codificación final termina siendo producto de la evolución del pensamiento del siglo XVIII.
3281. Sobre el cambio del paradigma a través de la incorporación de otros valores: COYLE, S., & MORROW, K., *The philosophical foundations of environmental law: property, rights, and nature*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

artículo XXIII<sup>3282</sup> DADDH, el cual está abrazado por el velo protector de la dignidad humana. De allí que la propiedad privada funcione como un vehículo para satisfacer las necesidades existenciales y a su vez como un principio activo de la fórmula transformadora<sup>3283</sup> del derecho internacional clásico<sup>3284</sup> donde el Estado debe responder a través de garantías efectivas para asegurar los derechos de los individuos bajo su jurisdicción.

Con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>3285</sup> «CADH» y por ende con el sometimiento de los Estados a las obligaciones de respetar y garantizar<sup>3286</sup>, se abrió el camino para accionar ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>3287</sup> «Corte IDH» por el incumplimiento del artículo 21<sup>3288</sup> CADH. Así, el derecho a la propiedad ideó su funcionamiento con base en tres pilares fundamentales. El primero, el respeto sobre la titularidad de los bienes. El segundo, la solidaridad<sup>3289</sup> y el tercero, la función social de la propiedad, estas dos últimas como contrapeso para admitir restricciones legítimas. De allí que

- 
- 3282. Artículo XXIII DADDH. «Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar».
  - 3283. VON BOGDANDY, A., «El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario», en VON BOGDANDY, A., FERRER-MCGREGOR, E., et al. (cood.) Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos transformando realidades, Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales (2019), pp. 95-126.
  - 3284. CARRILLO SALCEDO, J., «Derechos humanos y derecho internacional». Isegoría (2000), 22, p. 69. Señalaba que: «la afirmación de la dignidad de todo ser humano constituye una importante transformación del Derecho internacional en la medida en que, junto al clásico principio de la soberanía, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos».
  - 3285. En vigencia desde el 18 de julio de 1978.
  - 3286. Artículos 1.1 y 2 OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) 22 nov. 1969 [CADH]. Sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano véase: Salvioli, F. (2020). El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretaro.
  - 3287. Sobre la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH: ROUSSET-SIRI., A. & BAYARDI. C. Breves notas sobre Sistema Interamericano de derechos humanos. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, (2000), p. 57. Recuperado de: <https://bit.ly/3AzOZLx>
  - 3288. Artículo 21 CADH. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.
  - 3289. Véase: LLANO, F., «Sobre la solidaridad como concepto, valor y principio», en A. SÁNCHEZ. & D. SÁNCHEZ., D (eds.), Temas de teoría y filosofía del derecho en contextos de pandemia (pp. 55-77), Madrid, Dykinson (2020).

el esquema anterior permita salvaguardar y también limitar los derechos que surgen de la condición de titular de bienes.

En lo que respecta a la dimensión individual, la Corte IDH reconoce la protección convencional a la propiedad privada de las personas naturales<sup>3290</sup>. El nacimiento de la tutela judicial de este derecho se dio precisamente a inicios del milenio, a través del caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* (2001), donde se determinó la responsabilidad del Estado en vista de la afectación patrimonial debido a la supresión del uso y goce de los bienes de la víctima<sup>3291</sup>.

Además, la Corte IDH distinguió entre la condición de víctima de la persona natural frente a la persona jurídica, esta última entidad exceptuada de protección a la luz de una interpretación restrictiva de la CADH. Así, el sistema interamericano empezó a proteger la participación del individuo en la vida societaria de una empresa. De tal manera que las restricciones arbitrarias impuestas por un Estado sobre la titularidad de bienes<sup>3292</sup> susceptibles de valoración constituyen hasta nuestros días una lesión al derecho individual consagrado en el artículo 21 CADH<sup>3293</sup>.

Esta línea jurisprudencial sería posteriormente ampliada en la decisión sobre el caso *Cinco Pensionistas v. Perú*<sup>3294</sup>, donde se consideró menoscabado el derecho a la propiedad debido a la reducción arbitraria de los montos de las pensiones de cesantía, adquiridas y previamente otorgadas por el Estado, es decir una acción directa en contravención con la norma convencional. Igualmente, es necesario hacer referencia a la decisión sobre las *Masacres de Ituango v. Colombia*, pues la violación del artículo 21 CADH se dio a través de una omisión, es decir, de la aquiescencia del Estado frente a la sustracción de ganado (medio principal de subsistencia para las víctimas), así como ante la pasividad estatal con respecto a la práctica impune de quema de viviendas realizada por grupos paramilitares<sup>3295</sup>.

Los casos anteriores constituyeron formas graves de privación del derecho a la propiedad. Por una parte, operó la violación directa de la CADH con respecto al incumplimiento de la obligación positiva del Estado de abstenerse de vulnerar el

---

3290. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia del sistema europeo, el interamericano excluye a la persona jurídica como víctima de una violación de derechos humanos. Véase: Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos. Corte IDH. OC 22-16 (Ser. A) No. 2 (26 feb. 2016). párr. 38.

3291. Corte IDH. *Ivcher Bronstein v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 74, párrs. 122-131. (6 feb. 2001).

3292. Incluye las obras intelectuales. Corte IDH. *Paramara Iribarne v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 135, párrs. 102-103 (22 nov. 2005).

3293. Sobre el alcance de protección de los bienes véase: FUENZALIDA BASCUÑÁN, S., «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la propiedad, ¿concepción liberal o republicana?», en *Estudios constitucionales*, 18 (1), (2020), pp. 259-308.

3294. Corte IDH. *Cinco Pensionistas v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 98 (28 feb. 2003).

3295. Corte IDH. *Masacres de Ituango v. Colombia*. Fondo Serie C No. 148, párr. 183 (1 jul. 2006).

derecho. Mientras que, en el segundo caso, existió una atribución indirecta debido a la infracción de la obligación estatal de garantía con respecto al uso y goce de los bienes frente a las conocidas y razonablemente previsibles actividades paramilitares.

Asimismo, el tribunal regional ha identificado la violación del derecho a la propiedad privada ante supuestos de incumplimiento e inejecución de sentencias domésticas de contenido económico cuyos efectos lesionan el acervo patrimonial de las víctimas<sup>3296</sup>. En la misma línea ha determinado la responsabilidad estatal ante la falta de adopción de medidas necesarias para asegurar la protección de bienes, situación que puede exacerbar la condición de vulnerabilidad, como es la pérdida del hogar<sup>3297</sup>.

A la par, la Corte IDH ha condenado la privación de la propiedad por invocaciones arbitrarias de causas de utilidad pública, es decir, aquellos casos de expropiación en los cuales el Estado no atiende a los parámetros establecidos tanto en el derecho internacional como en la CADH a la hora de restringir el goce y disfrute de los bienes<sup>3298</sup>.

Ahora bien, es oportuno tener en cuenta la necesidad de observar la CADH como un todo indivisible e interdependiente<sup>3299</sup>, esto con el fin de allanar las debilidades y mejorar su rango de efectividad en cuanto al alcance de la protección de la persona humana. Incluso al ponderar el derecho a la propiedad frente a otros derechos, debe tenerse en consideración que su aseguramiento también forma parte de la búsqueda por alcanzar una mayor efectividad en el cumplimiento de las obligaciones, desafío que enfrenta el derecho internacional general<sup>3300</sup>, y los derechos humanos en particular.

Lo anterior conduce a reafirmar y tener presente en su aplicabilidad que el derecho a la propiedad se encuentra indisolublemente ligado a la protección y garantía del derecho a la vida digna (artículo 4 CADH), el derecho a la integridad personal (artículo 5 CADH), el derecho a la cultura y al medio ambiente (artículo 26), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 8), el acceso a la justicia (artículo 25 CADH), el derecho a la información y a la libertad de expresión (artículo 13

3296. Corte IDH. Acevedo Buendia v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 198 párrs. 85, 90-91 (1 Jul. 2009). En el mismo sentido: Muelles Flores vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 375, pár. 217 (6 Mar. 2019).

3297. Corte IDH. Yarce y otras vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 325, párrs. 259-262 (22 Nov. 2016).

3298. Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga v. Ecuador, Excepción Preliminar y Fondo (Ser. C) No. 179, párrs. 116-118 (6 May 2008).

3299. PIOVESAN, F., & ANTONIAZZI, M., «Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: Una nueva mirada frente al covid-19», Anuario de Derechos Humanos, (2020), pp. 35-58. Recuperado de: <https://bit.ly/3qIQPqM>

3300. BOISSON-DE CHAZOURNES, L., «Only Once ... Upon a Time?». In Crisis Narratives In International Law, en MBENGUE, M., & D'ASPREMONT, J.), Crisis Narrative in International Law, Leiden | Nijhoff, (2021), pp. 139-145.

CADH), así como al derecho a la participación (artículo 23.1.a CADH), entre otros. Por lo cual existe un interés general en su salvaguarda, así como en el cumplimiento de los estándares que habilitan su restricción.

## **2. EL EFECTO TRANSFORMADOR DE LA PROPIEDAD COLECTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO**

El sistema interamericano también admite el ejercicio del derecho a la propiedad de forma colectiva a través de las comunidades<sup>3301</sup>, concretamente de los pueblos indígenas y tribales<sup>3302</sup>, protegiéndose así la titularidad y tenencia los recursos físicos y metafísicos localizados en sus tierras y territorios ancestrales<sup>3303</sup>. Debe destacarse que este desarrollo jurisprudencial ha generado un auténtico cambio de paradigma<sup>3304</sup> sobre el derecho a la propiedad. De hecho, puede afirmarse que las decisiones en la materia se han convertido en una pieza clave dentro del registro del *Ius Constitutionale Commune* de América Latina<sup>3305</sup>, en cuanto a la protección de los pueblos y del medio donde habitan.

La visión pluralista<sup>3306</sup> interamericana ha permitido actualizar las nociones de dominio y posesión de la propiedad, permeando las decisiones de la Corte IDH con una visión comunitaria que atienden a la cultura, los usos, las costumbres, las creencias y prácticas de pueblos indígenas y tribales. Ciertamente, este cariz inno-

- 
3301. Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, Fondo y Reparaciones. (Ser. C) No. 245. (27 jun. 2012). Véanse los puntos declarativos 3 y 4 en los cuales se reconocieron como víctimas a las comunidades en su conjunto (la comunidad), no requiriéndose la individualización de sus integrantes.
3302. Corte IDH. OC 22-16 (Ser. A) No. 2 (26 feb. 2016), párrs.75-76.
3303. CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pár. 25. Recuperado de: <https://bit.ly/3BYCniy>; Corte IDH, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 11: Pueblos Indígenas y Tribales, 2018. Recuperado de: <https://bit.ly/3mKiqGu>; Corte IDH, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 22: Derechos económicos, sociales culturales y ambientales, 2019. Recuperado de: <https://bit.ly/3FghW1n>
3304. GROSSMAN, C., «Promoting Social Change through Treaties and Customary International Law: the Experience of the Inter-American Human Rights System», en BRADLOW, D. & HUNTER, D. (eds.) Advocating Social Change through International Law, Leiden, Brill | Nijhoff, (2020), pp. 33-54.
3305. VON BOGDANDY, A., «*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», en Revista Derecho del Estado, (34), (2015), pp. 3-50.
3306. Sobre el pluralismo y derechos humanos: SÁNCHEZ-RUBIO, D., «Praxis instituyente, común y multigarantías de derechos humanos», en SÁNCHEZ-BRAVO, A. (ed.). Democracia, pluralismo y derechos humanos: 500 años, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, X años de Encuentros hispanos-brasileños de filosofía del derecho y derechos humanos (pp. 133-158), Madrid, Aranzadi (2019). Véase igualmente: WOLKMER, C., Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho, Madrid, Dykinson, 2018.

vador aplicado por la Corte coloca el foco de atención en la protección de grupos especialmente vulnerables<sup>3307</sup>, quienes a la par se erigen como auténticos promotores del cambio social en sus territorios.

La decisión sobre el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*<sup>3308</sup> de 2001, introdujo un concepto de propiedad ampliada a la luz de los artículos 21, 29.b CADH y artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. A partir de esta base normativa se considera que el respeto de las tradiciones culturales comunitarias y grupales<sup>3309</sup> forman parte del significado que las Américas tienen sobre la propiedad. Así estos elementos robustecieron los argumentos para hacer frente a las concesiones privadas otorgadas en los territorios ancestrales.

A la luz de la interpretación interamericana de la propiedad, se reconoce la importancia de los territorios para los pueblos indígenas por esa profunda y cercana relación que mantienen con la tierra, base de «su cultura, vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica»<sup>3310</sup>. El territorio indígena se entiende como un elemento material y espiritual que va más allá de los conceptos de posesión y producción, componentes esenciales para la conservación y transmisión del legado cultural en el marco de la intertemporalidad generacional de América<sup>3311</sup>.

La Corte continuó desarrollando su doctrina sobre la relación de los pueblos indígenas con la tierra y los recursos naturales en una serie de casos donde además identificó un patrón histórico discriminatorio, bajo el cual los pueblos se encontraban inmersos dentro de una desigualdad estructural<sup>3312</sup>. Así a través de casos como *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*<sup>3313</sup> (2005), la Corte IDH se pronunció sobre la propiedad y posesión conforme al derecho internacional de

- 3307. Sobre vulnerabilidad: MARCOS DEL CANO, A. M, «La vulnerabilidad como criterio normativo para el derecho y las políticas públicas», en A. M., MARCOS DEL CANO (edit.), En tiempos de vulnerabilidad: reflexión desde los derechos humanos, Madrid, Dykinson, (2020), p. 18.
- 3308. Ocho meses después de la determinación de responsabilidad por vulneración a la propiedad privada, la Corte IDH empieza a edificar su doctrina ampliada. Véase: Corte IDH. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 79 (31 ago. 2001).
- 3309. Corte IDH. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 79, párr. 149 (31 ago. 2001).
- 3310. Corte IDH. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 79, párr. 149 (31 ago. 2001).
- 3311. Corte IDH. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 79, párr. 149 (31 ago. 2001).
- 3312. Clérigo, L., & Aldao, M, «La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos», Estudios constitucionales, 9(1), (2018), pp. 157-198.
- 3313. Corte IDH. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 79, párr. 149 (31 ago. 2001).

los derechos humanos, al derecho consuetudinario indígena, sus valores, tradiciones<sup>3314</sup> y usos, reivindicando la delimitación y titulación de su territorio en un plazo razonable<sup>3315</sup>.

El estudio de la doctrina interamericana en la materia reconoce su cosmovisión<sup>3316</sup> y la integran al derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera se alcanza una combinación con lo natural e histórico que traspasa una generación tras otra como parte de su patrimonio cultural<sup>3317</sup>, a la par que enriquece las instituciones del derecho internacional dotándolas de dinamismo y vitalidad para atender a las demandas actuales de estas colectividades.

La conceptualización de la propiedad aplicada por la Corte IDH dio cabida al desarrollo de un derecho internacional de los derechos humanos desde la integración de la diversidad de cultura y de las tradiciones. Esta interpretación jurídica de avanzada responde a la influencia de la corriente TWAIL<sup>3318</sup> donde el pluralismo cultural, legal y de civilizaciones apuesta por el avance del derecho contemporáneo.

El tipo de jurisprudencia creada por la Corte IDH, pone de relieve la importancia de unos derechos humanos vivos e inclusivos que además están fortalecidos por una capacidad transformadora de las condiciones de vulnerabilidad de los pueblos. La Corte IDH ha elevado la riqueza cultural de América Latina, ofreciendo en palabras del Juez Cançado Trindade «un testimonio elocuente de la necesidad de plantear y avanzar en esta visión universalista del derecho de gentes»<sup>3319</sup>.

Esta fórmula de reconocimiento cultural e inclusión dentro del derecho internacional de los derechos humanos a través de la tutela de la propiedad colectiva, continuó diseminándose gracias a otros casos, entre ellos la decisión de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*<sup>3320</sup>, acudiendo nuevamente a la estrecha relación entre la tierra y los recursos naturales como un elemento característico de su cultu-

---

3314. Véase artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, el artículo 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

3315. Corte IDH. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 79, párr. 65 (31 ago. 2001).

3316. Corte IDH. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 79, párr. 154 (31 ago. 2001).

3317. Corte IDH. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 79, párr. 154 (31 ago. 2001).

3318. OKAFOR, O. C., «Critical Third World approaches to international law (TWAIL): theory, methodology, or both?», en International Community Law Review, 10(4), (2008), pp. 371-378. CHIMNI, B. S., Third world approaches to international law: a manifesto. In The Third World and International Order (pp. 47-73), Brill Nijhoff, 2003.

3319. Corte IDH. Comunidad Moiwana V. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 124. (15 Jun. 2005). Corte IDH. (Voto razonado Juez Antonio Cançado Trindade). párr. 9. Véase: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slovk.), Judgment, 1997 I. C. J. 106 (September 25) (Separate Opinion of Judge Weeramantry). 106.

3320. Corte IDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 146, (29 Mar. 2006).

ra, no solo por ser esencial para su subsistencia, sino como parte de su identidad, manifestada a través de una «vida particular, de ser, de ver y actuar en el mundo»<sup>3321</sup>.

Además, debe recordarse que la interpretación convencional actual promueve la efectividad del derecho, al sancionar el reconocimiento en abstracto de la propiedad por parte de los Estados, es decir la falta de demarcación de tierras y de la entrega de títulos de propiedad a las comunidades<sup>3322</sup>.

La doctrina interamericana desarrollada a raíz del derecho a la propiedad tiene una interpretación<sup>3323</sup> armónica del derecho internacional como un todo. De allí que, las decisiones interamericanas en este ámbito son una muestra de cómo un derecho humano se nutre y evoluciona desde la comprensión sistemática<sup>3324</sup>, hasta lograr una integración normativa inteligente<sup>3325</sup>.

Bajo el lente de la Corte IDH los instrumentos internacionales no necesariamente interamericanos permiten actualizar el derecho y ajustarlo. Una muestra emblemática de esta práctica es la invocación del Convenio 169 OIT y del artículo 29 CADH, con el fin de exponer y justificar razonadamente la vertiente cultural-ambiental que posee la dimensión colectiva de la propiedad. De allí que es posible exigir el respeto y garantía tanto del territorio como de la tierra y los recursos naturales en ella localizados de los cuales dependen la supervivencia física y cultural de los pueblos<sup>3326</sup>. En consecuencia, este derecho a la propiedad ancestral está bajo la esfera de protección del artículo 21 CADH<sup>3327</sup>.

La doctrina regional se ha alejado de la concepción clásica del derecho de propiedad con el propósito de dotar de contenido a esa dimensión comunitaria tan necesaria y vital para una región caracterizada por el extractivismo intensivo y por la desigualdad que afecta desmedidamente a los pueblos indígenas y tribales.

- 
- 3321. Corte IDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 146, párr. 118 (29 Mar. 2006).
  - 3322. En relación con el artículo 1.1 CADH, como con el artículo 2 CADH.
  - 3323. Sobre la interpretación evolutiva de los tratados véase: PASCUAL-VIVES, F., Consensus and Evolutive Interpretation. Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties, Leiden | Brill | Nijhoff, 2019.
  - 3324. Int'l Law Comm'n Rep. on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law of its Fifty-eighth Session, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 at 178 (April 13, 2006). [ILC Fragmentation Report]. Recuperado de: <https://bit.ly/3iu3cTo>. Véase: SIMMA, B., & PULKOWSKI, D., «Of planets and the universe: self-contained regimes in international law», European Journal of International Law, 17(3), (2006), p. 492.
  - 3325. Sobre la contribución europea al fenómeno humanizador véase: PETIT DE GABRIEL., E., «Intertwining consular and human rights law: a European contribution to the humanization of the international law», en Espaço Jurídico Journal of Law, vol. 22 (1), (2021), pp. 11-54, p. 35.
  - 3326. Corte IDH. Pueblo Saramaka v. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 172 párrs. 120-122 (28 nov. 2007).
  - 3327. Corte IDH. Pueblo Saramaka v. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 172 párrs. 120-121 (28 nov. 2007).

Esta forma de abordar las problemáticas que surgen de la vulneración del derecho a la propiedad han contribuido al diálogo alternativo y legitimizador para abordar problemas similares en las tres cortes regionales<sup>3328</sup>, así como en el sistema universal.

Así las cosas, se protege en igual medida las diversas formas de uso y tenencia de los bienes, en una relación de balance entre la idea clásica de derecho a la propiedad individual y de derecho a la propiedad colectiva. De allí que se puede afirmar que la doctrina interamericana asegura la protección de entendimientos alternativos<sup>3329</sup>, constituidos por elementos materiales e inmateriales susceptibles y merecedores de protección igualitaria<sup>3330</sup>.

Abordados los puntos anteriores donde ha quedado en evidencia la extensión del derecho a la propiedad en el sistema regional, debe subrayarse que, a pesar de su importancia y expansión, no es un derecho absoluto, por lo cual admite restricciones<sup>3331</sup>. Para que las limitaciones a la propiedad puedan ser consideradas legítimas deben cumplir con cinco (5) requisitos fundamentales.

Primero, las restricciones deben estar establecidas con anterioridad por una ley. Segundo, dichas barreras a la propiedad deben ser necesarias. Tercero, las limitaciones deben constituir medidas proporcionales. Cuarto, las restricciones deben perseguir un objetivo legítimo en una sociedad democrática, y quinto, en ningún caso puede implicar la denegación de subsistencia de un pueblo<sup>3332</sup>. En suma, las concesiones sobre territorios ancestrales no están prohibidas, pero están sujetas al cumplimiento de unas garantías mínimas<sup>3333</sup> en relación a los derechos humanos.

Para cerrar la protección del derecho a la propiedad en su dimensión colectiva debe hacerse referencia obligada al caso *Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina*, debido a los cambios que introduce en relación a la tutela separada de la propiedad y de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales «DESCA» (artículo 26). Aunque en este fallo, la Corte IDH desagregó e individualizó los componentes del territorio<sup>3334</sup>, es imperativo subrayar que el razonamiento

- 3328. SANDHOLTZ, W., «Human rights courts and global constitutionalism: Coordination through judicial dialogue», en *Global Constitutionalism*, 10(3), (2021), pp. 439-464.
- 3329. Corte IDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 146, párr. 120 (29 Mar. 2006).
- 3330. Corte IDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 146, párr. 121 (29 Mar. 2006).
- 3331. Casal, J. M., Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana, Bogotá, Temis, 2020. Recuperado de: <https://bit.ly/3mbmChh>
- 3332. Corte IDH. Pueblo Saramaka v. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 172, párr. 127 (28 nov. 2007).
- 3333. BANTEKAS, I. & OETTE, L., International human rights law and practice, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 426-427.
- 3334. FERRER MAC-GREGOR, E., «Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas», en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 39, 3, (2020). Recuperado de: <https://bit.ly/3iXNakj>.

sobre la vulneración de los DESCA estuvo siempre anclado en la violación inicial de los estándares interamericanos sobre la propiedad colectiva.

La decisión *Lhaka Honhat* sigue estando sujeta a gran controversia debido a su recepción por parte de algunos Estados Americanos y ante la división interna de la propia Corte IDH en torno a la admisión de judicialización autónoma de los DESCA<sup>3335</sup>, por lo cual las periferias culturales y ambientales de la propiedad deben continuar fortaleciéndose en caso intensificación del fenómeno de *backlash*<sup>3336</sup>. En virtud de lo antes señalado resulta oportuno explorar la doctrina interamericana en materia de obligaciones procedimentales enlazadas con los elementos culturales y ambientales de la propiedad.

Las obligaciones de procedimiento van de la mano con las obligaciones sustantiva, es decir que no pueden entenderse las unas en ausencia de las otras, pues funcionan bajo una relación simbiótica donde las de tipo sustantivo proporcionan el marco para el funcionamiento de las de tipo procedural<sup>3337</sup>. Si son correctamente aplicadas operan en armonía, asegurando la prestación de una conducta diligente frente a la protección de la propiedad que pueda verse afectada por un problema ambiental.

En el sistema interamericano, es posible identificar el deber de informar a las comunidades, así como el derecho de participación activa en la toma de decisiones relacionadas con actividades de su interés, que puedan causar impacto ambiental o sobre las cuales exista un riesgo serio de daño ecológico, de daño en el tejido social o cultural. Lo anterior implica, la obligación de los Estado de proveer información transparente, accesible y oportuna con el propósito de facilitar la adopción de planes y políticas que aseguren la preservación del espacio esencial donde habitan y donde se encuentra la propiedad comunitaria.

Así el derecho a la información va de la mano con el derecho a la participación de las comunidades, los cuales a su vez se encuentran directamente conectados con el derecho a la consulta<sup>3338</sup> por medios idóneos<sup>3339</sup>. En lo que a la participación se refiere<sup>3340</sup>, la Corte IDH ha realizado un extraordinario trabajo al desarrollar su

---

3335. Véanse los votos separados de los jueces interamericanos de: Corte IDH. Asociación Lhaka Honhat v. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No 400. párr. 251 (6 Feb. 2020), así como la composición de votos para adoptar la decisión.

3336. Sobre este fenómeno véase: TIGROUDJA, H., «Procedural Developments at International Human Rights Courts and Bodies», en BAETENS, F & BISMUTH, R (eds.) *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Leiden: Brill | Nijhoff, (2020), pp. 304-341.

3337. BRUNNÉE, J., «International environmental law and community interests: Procedural aspects», en BENVENISTI, E & NOLTE., G. (eds.) *Community Obligations in International Law*, (p. 5), (2018). Recuperado de: <https://bit.ly/36E1LPZ>

3338. Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 245 párrs. 206-230 (27 jun. 2012).

3339. Véase artículo 7 y 34 Convenio OIT 169.

3340. SALMÓN. E., BREGAGLIO LAZARTE, R., *et al.*, La consulta previa, libre e informada en el Perú: la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos, Lima, IDEHPUCP | Konrad Adenauer Stiftun, 2012, <https://bit.ly/3EUXjYC>

alcance<sup>3341</sup> en situaciones que involucran directamente a los pueblos indígenas y tribales frente a perturbaciones causadas por la explotación de los recursos localizados en su territorio<sup>3342</sup>.

Conforme a la doctrina interamericana se exige a los Estado la participación activa de las comunidades<sup>3343</sup>, que pudiesen ver mermadas sus condiciones de vida por la afectación del espacio que consideran su hogar y el de sus ancestros. La Corte IDH ha realizado una interpretación armónica que recoge las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales para permitirles asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo<sup>3344</sup>. De esta manera, su incumplimiento se configura como una violación del contenido procesal del artículo 21 CADH.

En el supuesto de proyectos a gran escala también se requiere que los pueblos otorguen además su consentimiento libre, como resultado del intercambio de información fidedigna y previa al inicio de las actividades, atendiendo a sus costumbres y tradiciones<sup>3345</sup>. Igualmente, y en el marco de la interpretación de la CADH se entiende que «es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas»<sup>3346</sup>.

Por otra parte, al hablarse de información y participación en el contexto del derecho a la propiedad debe realizarse una mención especial al Acuerdo de Escazú<sup>3347</sup>, pues a pesar de no ser un instrumento perteneciente a Sistema Interamericano, su entrada en vigencia en el año 2021 plantea interesantes perspectivas en cuanto a su proyección sobre el derecho de propiedad y el medio ambiente, debido a que su objetivo es la promoción, la participación pública y acceso a la justicia asunto profundamente arraigados en la doctrina sobre el territorio construida por la Corte IDH.

En lo que a la segunda obligación se refiere, la realización del estudio de impacto ambiental y social «EIA», debe destacarse que «uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado

---

3341. OC 23/17. párr. 242.g.

3342. Corte IDH. Pueblo Saramaka v. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 120 y 122, párr. 154 (28 nov. 2007). Corte IDH Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. (Ser. C) No. 214 párrs. 157-170.; Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 245, párrs. 206-207 (27 jun. 2012).

3343. UNHRC. Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en derechos humanos. U.N Doc. A/HRC/39/62 (10 ago. 2018).

3344. Preámbulo del Convenio OIT 169.

3345. OC 23/17. párr. 134.

3346. OC 23/17. párr. 226.

3347. U.N | CEPAL. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (3 Abr. 2018). [Acuerdo de Escazú]. Recuperado de: <https://bit.ly/36Xn3aV>. Sobre este acuerdo véase: García-Pachón. M. (2020), Información, participación y justicia ambiental: Herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible y la democracia ambiental. Bogotá: Universidad del Externado.

acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio», por lo cual también brota de esa necesidad de información transparente. De esta manera, la Corte IDH a través de su jurisprudencia instituyó la obligación de realizar evaluaciones independientes y técnicamente capaces como una forma de prevención de daños, convirtiéndose en una regla de obligatorio cumplimiento dentro del alcance del derecho a la propiedad<sup>3348</sup> en el Sistema Interamericano.

La EIA debe formularse con el objeto de evitar la privación de «los medios de subsistencia, los problemas espirituales y sociales»<sup>3349</sup> de los pueblos. Actualmente, la realización de la EIA está integrada dentro de las periferias ambientales del derecho a la propiedad colectiva, con lo cual su ejecución se configura como una obligación de resultado y de diligencia a la vez. Ambas obligaciones son parte del deber de prevención que debe integrar el comportamiento estatal diligente<sup>3350</sup>, esto a los fines de determinar si se ha infringido o no del derecho el derecho de propiedad.

En todo caso, el cumplimiento de las obligaciones de prevención, pasa necesariamente por la realización del estudio de impacto ambiental *ex ante*<sup>3351</sup>. Esto es parte del comportamiento estatal diligente<sup>3352</sup>, su correcta ejecución determinará si se ha infringido o no del derecho el derecho a la propiedad<sup>3353</sup>. Además, debe recordarse que las resultas del estudio son fundamentales en cuanto a la información, por lo cual deberán ser trasladadas a la comunidad, con el fin tomar las acciones pertinentes.

### 3. REFLEXIONES FINALES

El derecho a la propiedad ha sido el caballo de batalla para alcanzar reivindicaciones tanto individuales como colectivas. Desde la propiedad privada, se protegen bienes de los cuales desprende el ejercicio y disfrute de otros derechos humanos. Mientras que desde la propiedad colectiva, la protección se ha centrado en establecer el rol de los pueblos indígenas y tribales, la preservación de su cultura, su cosmovisión, así como del medio natural. Sobre este último, puede afirmarse con optimismo razonado que la protección de la propiedad ha sido un aliado para asegurar preservación de espacios vitales con un impacto que se extiende mucho más allá de la región.

3348. Al 2022 integrado como parte del derecho a un medio ambiente sano.

3349. Corte IDH. Pueblo Saramaka v. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 172, párr. 153 (28 Nov. 2007).

3350. BRUNNÉE, J., *ob. cit.* 5. Véase también: BAADE, B., «Due diligence and the duty to protect human rights», en KRIEGER, A., PETERS, A. & L., KREUZER. (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, (2020), pp. 92-108.

3351. Los estándares para su aplicación dependen de la práctica de cada Estado, aunque un ejemplo de delimitación de los mismo está la Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (1991) «Espoo Convention».

3352. BRUNNÉE, J., *ob. cit.* 5.

3353. Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas (Ser. C) No. 245 (27 Jun. 2012).

A través del derecho a la propiedad la Corte IDH ha hecho un uso prolífico de normas convencionales, instrumentos de derecho indicativo regional, así como un extenso *coropus iuris* con el que ha sabido nutrir el alcance y contenido de este y otros derechos que encuentran cabida en la concepción amplificada de la propiedad. A lo largo de estas líneas se ha tratado de poner de manifiesto la transversalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, donde el derecho a la propiedad funciona como un puente de conexión entre unos y otros para impulsar su pleno ejercicio.

El derecho a la propiedad sigue siendo una puerta abierta para plantear diversas formas de vulneración, que pueden ser abordadas desde las obligaciones convencionales sustantivas y procedimentales. En la actualidad, persiste la necesidad de continuar formulando estándares ambiciosos para asegurar una mayor protección de la persona humana individualmente considerada, de colectivos y espacios vitales, ante las crecientes amenazas que se ciernen sobre los derechos consagrados en Convención Americana y estrechamente conectado con la propiedad.

## *Capítulo 51*

# El Derecho Humano al cuidado en el sistema interamericano: aportes para su justiciabilidad directa a la luz del artículo 26 de la CADH

MARIANA BROCCA<sup>3354</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA. 2.1. *Antecedentes*. 2.2. *El enfoque directo del artículo 26*. 3. HACIA UN ENFOQUE DIRECTO DEL DERECHO AL CUIDADO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. 4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El cuidado es uno de los pilares fundamentales para la subsistencia del ser humano. Sin embargo, su provisión ha sido invisibilizada dentro de la esfera privada y llevada a cabo principalmente por las mujeres<sup>3355</sup>, como consecuencia de la división sexual del trabajo<sup>3356</sup>. Debido a esto, los movimientos feministas en la región han impulsado su incorporación en las agendas de los Estados, alcanzando su reconocimiento como derecho humano, el cual posee tres ejes principales: el derecho a recibir cuidados, el derecho a brindar cuidados y el derecho a autocuidarse<sup>3357</sup>.

- 
3354. Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y doctoranda en la Universidad de Buenos Aires (UBA, Argentina). Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la *University of Notre Dame* (beca Fulbright – MINED) con honores *summa cum laude*. Maestranda en Feminismos Jurídicos en la Universidad Autónoma de Barcelona. Abogada por la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Docente de Derechos Humanos y Garantías y de Género y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UNICEN. Investigadora del Grupo Interdisciplinario «Derechos Sociales y Políticas Públicas» (Grupo DSPP) de la UBA y del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH) de la UNICEN.
3355. RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C. y MARZONETTO, G., «Organización social del cuidado y desigualdad: el déficit de políticas públicas de cuidado en Argentina», en Revista Perspectivas de Políticas Públicas. Año 4, No. 8. Lanús, UNLa, (2015), pp. 103-134.
3356. KERGOAT, D., «De la relación social de sexo al sujeto sexuado», en Revista Mexicana de Sociología. Año 65, No. 4. Ciudad de México, UNAM, (2003), pp. 841-861.
3357. PAUTASSI, L., «El cuidado como cuestión social desde el enfoque de derechos», en Serie Mujer y Desarrollo No. 87, Santiago de Chile, CEPAL, (2007), p. 16.

Entender al cuidado como un derecho humano implica que la provisión de cuidados de buena calidad se debe garantizar «por el Estado como un derecho consagrado a las personas que lo requieren, de forma independiente a los vínculos familiares y a las posibilidades económicas que tengan esas familias»<sup>3358</sup>. Es un derecho que debe ser protegido para toda la ciudadanía, independientemente de quién sea la persona que cuida o la situación en la que se encuentre quien necesita recibir cuidados<sup>3359</sup>.

Si bien el cuidado se encuentra contenido de manera implícita en numerosos tratados de derechos humanos<sup>3360</sup>, la génesis de su reconocimiento explícito como derecho humano se dio en el año 2007 en el marco de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Allí, la investigadora Laura Pautassi presentó un estudio en el que se proponía su protección como derecho universal<sup>3361</sup>. Gracias a ello, durante la Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, los Estados pertenecientes a la CEPAL llegaron al acuerdo plasmado en el *Consenso de Quito*. En este documento se estableció que los Estados deben confeccionar y emplear políticas públicas que busquen la distribución del trabajo de cuidado entre varones y mujeres dentro de los hogares, «superando los estereotipos de género, y reconociendo la importancia del cuidado y del trabajo doméstico para la reproducción económica y el bienestar de la sociedad como una de las formas de superar la división sexual del trabajo».

En el año 2010, los Estados llegaron a otro acuerdo plasmado en el *Consenso de Brasilia* donde se hace referencia explícita al cuidado como un derecho humano. En efecto, en la primera sección del documento se dispone que «el acceso a la justicia es fundamental para garantizar el carácter indivisible e integral de los derechos humanos, incluido el derecho al cuidado». Continúa diciendo que «el derecho al cuidado es universal y requiere medidas sólidas para lograr su efectiva materialización y la corresponsabilidad por parte de toda la sociedad, el Estado y el sector privado». Con base en ello, las siguientes conferencias siguieron esta misma línea plasmada en el *Consenso de Santo Domingo* (2013), la *Estrategia de Montevideo* (2016), el *Compromiso de Santiago* (2019) y el *Compromiso de Buenos Aires* (2022).

- 
3358. PAUTASSI, L., «Cuidado y derechos: la nueva cuestión social», en MONTAÑO, S. y CALDERÓN, C. (coords.), *El cuidado en acción: entre el derecho y el trabajo*. Santiago de Chile, CEPAL, (2010).
3359. PAUTASSI, L., «El cuidado como cuestión social desde el enfoque de derechos», en Serie Mujer y Desarrollo No. 87, Santiago de Chile, CEPAL, (2007), p. 16.
3360. Entre ellos, pueden mencionarse el Protocolo de San Salvador# (con, por ejemplo, el derecho de protección a la familia), la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando protege la crianza y el desarrollo de las infancias, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con el nivel de vida adecuado y protección social, y todos aquellos instrumentos que brindan protección al derecho a la alimentación, a la salud e, incluso, a la vida digna. Ver: PAUTASSI, L., «El derecho al cuidado. De la conquista a su ejercicio efectivo», en Serie Trabajo y Justicia Social, Ciudad de México, Fundación Friedrich Ebert Stiftung (FES), (2023).
3361. PAUTASSI, L., «El cuidado como cuestión social desde el enfoque de derechos», *op. cit. supra*.

Junto con estos acuerdos que se vienen celebrando de manera sistemática desde hace más de década y media, en el año 2015 se creó la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, la cual recoge los avances realizados a través de los consensos de la región. Este tratado se constituye como el primer convenio en incluir al cuidado como un derecho humano de manera explícita. En efecto, en el artículo 12 dispone que «[l]a persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados». Determina que los Estados deberán impulsar medidas de apoyo para las familias y para las personas encargadas del cuidado. Junto a ello, en el artículo 6, la convención manifiesta que las personas mayores deben tener un acceso sin discriminación a los cuidados integrales y en el artículo 3 se reconoce como uno de los principios generales al bienestar y al cuidado.

Gracias a estos logros, los Estados han ido incluyendo al cuidado en sus agendas y ordenamientos normativos<sup>3362</sup>. El ejemplo más evidente es el de la Constitución de la Ciudad de México que protege, en su artículo 9.b), al cuidado como derecho humano.<sup>3363</sup> En el mismo sentido, el proyecto constitucional de Chile, si bien no fue aprobado, disponía un artículo específico en el que brindaba protección al derecho al cuidado.<sup>3364</sup> De igual modo, otras constituciones, como la ecuatoriana y boliviana, si bien no hablan del cuidado como derecho, sí reconocen su valor como trabajo.<sup>3365</sup> Asimismo, en el plano de las políticas públicas, numerosos Estados han comenzado a crear sistemas de cuidados, tanto locales (como el de ciudad de Bogotá) como nacionales (con el claro ejemplo de Uruguay)<sup>3366</sup>.

- 
3362. PAUTASSI, L., «El derecho al cuidado. De la conquista a su ejercicio efectivo, *op. cit. supra*.
3363. Este artículo se encuentra ubicado en el Capítulo II «De los derechos humanos». Artículo 9.b): «B. Derecho al cuidado Toda persona tiene derecho al cuidado que sustente su vida y le otorgue los elementos materiales y simbólicos para vivir en sociedad a lo largo de toda su vida. Las autoridades establecerán un sistema de cuidados que preste servicios públicos universales, accesibles, pertinentes, suficientes y de calidad y desarrolle políticas públicas. El sistema atenderá de manera prioritaria a las personas en situación de dependencia por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, especialmente la infancia y la vejez y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado».
3364. Artículo 50: «Derecho al cuidado. 1) Todas las personas tienen derecho a cuidar, a ser cuidadas y a cuidarse desde el nacimiento hasta la muerte. El Estado se obliga a proveer los medios para garantizar que este cuidado sea digno y realizado en condiciones de igualdad y corresponsabilidad. 2) El Estado garantizará este derecho a través de un Sistema Integral de Cuidados y otras normativas y políticas públicas que incorporen el enfoque de derechos humanos, de género y la promoción de la autonomía personal. El Sistema tendrá un carácter estatal, paritario, solidario, universal, con pertinencia cultural y perspectiva de género e interseccionalidad. Su financiamiento será progresivo, suficiente y permanente. 3) El sistema prestará especial atención a lactantes, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas en situación de discapacidad, personas en situación de dependencia y personas con enfermedades graves o terminales. Asimismo, velará por el resguardo de los derechos de quienes ejercen trabajos de cuidados».
3365. Ver artículos 64 y 338 de la constitución boliviana y el artículo 333 de la ecuatoriana.
3366. CEPAL. Avances en materia de normativa del cuidado en América Latina y el Caribe. Hacia una sociedad del cuidado con igualdad de género. Santiago, CEPAL, 2022.

Se observa, entonces, que el cuidado es un derecho humano ya ampliamente reconocido como tal por los Estados de la región. Con esto, el presente trabajo propone determinar si, de acuerdo con los estándares jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sería posible exigir su justiciabilidad autónoma en el marco del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Para lograr este objetivo, el escrito se dividirá en tres partes principales. La primera abordará las principales líneas jurisprudenciales de la Corte en relación al artículo 26. La segunda mostrará las razones por las cuales, de acuerdo con los estándares actuales, el derecho al cuidado podría protegerse de manera autónoma a la luz del artículo 26. La última parte presentará las conclusiones.

## **2. LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA**

El reconocimiento de los DESC como derechos justiciables no ha sido tarea sencilla. En efecto, dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los DESC han sido ubicados como derechos de segundo rango<sup>3367</sup> o la «Cenicienta del *corpus* de los derechos humanos».<sup>3368</sup> Su justiciabilidad, entonces, ha sido cuestionada y sometida a un arduo debate. Quienes sostienen que no pueden ser exigidos al igual que los derechos civiles y políticos argumentan que los DESC poseen un «defecto de nacimiento»<sup>3369</sup>. Esto implicaría que, mientras los derechos civiles y políticos conllevan el cumplimiento de obligaciones negativas, los DESC requerirían siempre de obligaciones de carácter positivo, las cuales (desde esta mirada) no serían exigibles a los Estados.

Este posicionamiento contiene numerosas falencias. En primer lugar, siguiendo a Christian Courtis y Víctor Abramovich, «[e]stas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y “naturalista” del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa»<sup>3370</sup>. En suma, «las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales»<sup>3371</sup>.

En segundo lugar, la Declaración y Programa de Acción de Viena, celebrada en 1993 durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, dispone que «[t]

3367. LEITJEN, I., «The ECHR and Socio-Economic Rights Protection», en Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights. Cambridge, Cambridge University Press, (2018), p. 5.

3368. El original está en inglés: «Cinderella of the human rights corpus». FREDMAN, S., Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 2.

3369. ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., Los derechos sociales como derechos exigibles. Derecho al trabajo, salud, vivienda, educación y seguridad social, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 21.

3370. *Ibidem*, p. 23.

3371. *Ibidem*, pp. 24 y 25.

odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí». Esto fue, a su vez, reafirmado en la Declaración del Milenio en la que se reconoce, de manera explícita, el enfoque de derechos como «una metodología que persigue un objetivo ético político como es la equidad social y de género»<sup>3372</sup>, gracias al cual se dispone «una obligación mínima pero ineludible, de contenido universal, que apunta a asegurar la satisfacción de por lo menos niveles básicos de cada uno de los derechos sociales»<sup>3373</sup>.

Fue justamente gracias a la noción de interdependencia de los derechos humanos que, desde casos como *Villagrán Morales y otros (niños de la calle) v. Guatemala*, ya se responsabilizó, aunque no de manera autónoma, a los Estados por los cumplimientos de los DESC a la luz de la propia CADH. Así, en el mencionado caso, con el concepto de *vida digna* se pudo observar la intrínseca conexión entre el derecho a la vida (que es un derecho clasificado típicamente dentro de los civiles y políticos) con los DESC. Ello se debe a que los derechos civiles y políticos poseen elementos pertenecientes a los DESC, porque, como señala la Declaración de Viena, todos los derechos humanos son interdependientes entre sí.

Ahora bien, siguiendo la clasificación planteada por Oscar Ruiz-Chiriboga<sup>3374</sup>, estas sentencias no emplearon un enfoque directo, toda vez que no fueron utilizadas normas cuyo contenido sea de DESC de manera autónoma. Por el contrario, en la mayoría de los fallos ha sido aplicado un enfoque integrador, a partir del reconocimiento de elementos de los DESC en los derechos civiles y políticos. Este abordaje dejó de lado la propia disposición de la CADH para estos derechos: el artículo 26<sup>3375</sup>. Con base en ello, los siguientes subapartados desarrollarán los avances jurisprudenciales de la Corte Interamericana que han logrado llegar a la justiciabilidad de los DESC desde un enfoque directo a partir del artículo mencionado.

## 2.1. ANTECEDENTES

Una referencia obligada cuando hablamos de la justiciabilidad de los DESC a través del artículo 26 es el caso *Cinco pensionistas v. Perú*. Los hechos de este

3372. PAUTASSI, L., «La urgencia de los derechos: exigibilidad en el marco de la desigualdad de género» en RFCE, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, No. 11, Corrientes, Universidad Nacional del Nordeste, (2013), pp. 20-39, p. 23.

3373. *Ibidem*, p. 24.

3374. RUIZ-CHIRIBOGA, O., «The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System», en Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol 31/2, Intersentia, (2013), p. 162, nota al pie no. 9.

3375. Ha habido algunos casos, claro está, en los que se ha utilizado el Protocolo de San Salvador (PSS) para determinar violaciones autónomas a los DESC. Por ejemplo, en el caso *González Lluy v. Ecuador* la Corte IDH responsabilizó al Estado ecuatoriano por la violación del derecho a la educación. Sin embargo, debe recordarse que el tribunal sólo tiene competencia sobre los artículos 8 (derechos sindicales) y 13 (derecho a la educación) del PSS. Por ello, el artículo 26 cobra gran relevancia.

caso hacen referencia a la responsabilidad internacional del Estado peruano por haber modificado el régimen de pensiones que las víctimas habían gozado hasta el año 1992. Como consecuencia de la modificación al régimen, que alcanzaba y perjudicaba a los cinco pensionistas, estos interpusieron una serie de recursos que tuvieron como resultado las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional. Ambos órganos resolvieron que el Estado debía pagar «una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario»<sup>3376</sup>. Sin embargo, estas medidas no fueron cumplidas.

Ante esta situación, los peticionarios iniciaron el trámite ante la Comisión Interamericana, la cual planteó la violación directa al derecho a la seguridad social a partir del artículo 26 de la CADH. Los argumentos esgrimidos por la CIDH y por la representación de las víctimas se centró en que el artículo 26 no había sido garantizado al haberse violado el desarrollo progresivo. Esto se planteó ante la reducción del monto que los cinco pensionistas pasaron a recibir, vulnerando –de acuerdo a su mirada– el derecho a la pensión en los términos del artículo 26.

El Estado peruano, entonces, sostuvo que no había habido una vulneración al desarrollo progresivo «ya que la pensión que [estaban] recibiendo, como consecuencia de las acciones judiciales interpuestas, “es considerablemente superior a la que les correspondería legalmente si sus pensiones se hubiesen regulado de acuerdo al régimen que les correspondía”»<sup>3377</sup>. Además, sostuvo que el artículo 26 es en realidad una declaración genérica, por lo que su alcance no podía entenderse de manera tal que fuera posible argumentar que las pensiones fuesen absolutas y no pudieran ser restringidas.

Para zanjar la cuestión, la Corte IDH sostuvo que si bien los DESC tienen una dimensión individual y otra colectiva, su desarrollo progresivo debía entenderse a la luz de su «creciente cobertura» (y, en particular, del derecho a la seguridad social y a la pensión) «sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente»<sup>3378</sup>. Entonces, el tribunal entendió que eso era lo que ocurría en este caso y desestimó el argumento de la CIDH y de la representación de las víctimas<sup>3379/3380</sup>.

3376. Corte IDH. Caso «Cinco Pensionistas» v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 2.

3377. *Ibidem*, párr. 144.

3378. *Ibidem*, párr. 147.

3379. *Ibidem*, párr. 148.

3380. Después de este antecedente, hubo un nuevo caso en el que se alegó la violación a los DESCA en el marco del artículo 26, pero la Corte lo desconsideró por entender que el objeto de la causa no radicaba en si los ceses laborales habían sido arbitrarios o no (que es el argumento que utilizaba la representación para alegar dicha violación) sino en la vulneración del acceso a la justicia y el debido proceso legal. La Corte, entonces, optó por resolver las consecuencias en los DESCA que dichas violaciones habían generado a través de las reparaciones

Luego de este revés, fue recién en el año 2009 que la Corte afirmó tener competencia para declarar violaciones autónomas a los DESC en el marco del artículo 26, en *Acevedo Buendía y otros v. Perú*. El caso, también relativo al derecho a la seguridad social, tenía como base fáctica el incumplimiento de dos sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en relación a 273 personas. El argumento de la representación de las víctimas alegó la violación al artículo 26 y el Estado del Perú interpuso una excepción preliminar por falta de competencia *ratione materiae* de la Corte IDH sobre dicho artículo.

Ante esta situación, el tribunal respondió invocando el principio *compétence de la compétence* (competencia de la competencia) según el cual los órganos judiciales tienen el poder de determinar por sí mismos cuál es el alcance de su competencia material. Entonces, la Corte Interamericana trajo a colación el artículo 62.1 de la CADH que establece su derecho a resolver las controversias que encuadren dentro de su jurisdicción y que, por la manera en la que está redactado el tratado (en términos amplios) se muestra que posee «jurisdicción plena» sobre todo el articulado.<sup>3381</sup> Con ello, el tribunal desestimó la excepción preliminar, zanjando finalmente la discusión sobre la justiciabilidad de los DESC a la luz del artículo 26<sup>3382</sup>. En sus propias palabras: «el Tribunal es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana»<sup>3383</sup>.

Aunque en este caso determinó que no había violación a los DESC, el análisis que hace sobre el artículo 26 y su alcance resulta relevante. Así, el tribunal recordó el debate suscitado en los trabajos preparatorios de la CADH respecto de dicha norma. Varios Estados tenían el interés de que el tratado incluyera una mención directa a los DESC y los mecanismos para su garantía. Según la Corte Interamericana, a partir de la revisión de los trabajos preparatorios puede observarse que uno de los principales puntos fue el de dotar a los DESC de la protección más alta posible, a la luz del contexto de las Américas, haciendo posible su justiciabilidad mediante los tribunales<sup>3384</sup>.

Entonces, si bien uno de los argumentos en contra de su exigibilidad es que se encuentra en un capítulo diferenciado al de los derechos civiles y políticos (capítulos III y II, respectivamente), el tribunal resaltó que ambos capítulos conforman la Parte I de la CADH que se denomina «Deberes de los Estados y Derechos Protegidos». Esta ubicación, siguiendo a la Corte IDH, implica que el artículo 26 también está atravesado por las obligaciones de los artículos 1.1 y 2. del Capítulo I<sup>3385</sup>.

---

Ver: Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 136.

3381. Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») v. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 16.

3382. *Ibidem*, párr. 19.

3383. *Ibidem*, párr. 97.

3384. *Ibidem*, párr. 100.

3385. *Idem*.

Sumado a ello, el tribunal resaltó la interdependencia que existe entre los DESC y los derechos civiles y políticos, por lo cual no existe jerarquía alguna entre ellos<sup>3386</sup>. Interpretó entonces al artículo 26 en clave del desarrollo progresivo, utilizando lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 3. Así, la Corte IDH sostuvo que, de acuerdo con el Comité, «el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga»<sup>3387</sup>.

Siguiendo a la Corte, el cumplimiento de este desarrollo progresivo conlleva una necesaria rendición de cuentas y, además, una obligación de no regresividad. Entonces, las medidas de carácter regresivo serán solamente válidas en aquellos casos en que estén justificadas plenamente<sup>3388</sup>. En suma, de acuerdo con el tribunal en este caso, «el compromiso exigido al Estado por el artículo 26 de la Convención consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas – en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados – para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales»<sup>3389</sup>. Concluyó sosteniendo que, si bien la naturaleza de las obligaciones que emanan del artículo 26 son diferentes a la de los restantes derechos de la CADH, es complementaria a estas últimas e igualmente justiciable ante el Sistema Interamericano<sup>3390</sup>.

## 2.2. EL ENFOQUE DIRECTO DEL ARTÍCULO 26

La Corte Interamericana finalmente declaró una violación autónoma al artículo 26 en el año 2017, con el caso *Lagos del Campo v. Perú*. Este caso se refiere al despido del señor Alfredo Lagos del Campo como consecuencia de unas manifestaciones laborales que tuvieron lugar cuando era presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli. La CIDH le solicitó entonces al tribunal que determinase «si el Estado cumplió su deber de garantizar los derechos de la presunta víctima en el contexto de las relaciones laborales»<sup>3391</sup>.

Con el referente de Acevedo Buendía, la Corte IDH usó como punto de partida lo dispuesto en la propia CADH: los derechos que integran el artículo 26 son aquellos que emanan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Entonces, para determinar qué derechos específicos se encuentran contenidos dentro del artículo 26, el tribunal entendió que debía dirigirse a la Carta. Para hacerlo, indicó

3386. *Ibidem*, párr. 101.

3387. *Ibidem*, párr. 102.

3388. *Ibidem*, párr. 103.

3389. *Ibidem*, párr. 105.

3390. *Idem*.

3391. Corte IDH. Caso Lagos del Campo v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 1.

que los artículos 45.b, 45.c, 46 y 34.g de la Carta de la OEA reconocen el derecho al trabajo y distintos elementos que hacen a su protección<sup>3392</sup>.

Para reforzar este argumento, la Corte resaltó que con la Opinión Consultiva OC-10/89 había quedado asentado que la Carta de la OEA debe ser interpretada y aplicada de acuerdo con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)<sup>3393</sup>. De este modo, recordó que el artículo XIV de la DADDH dispone que «[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación». Esta norma, según la Corte IDH, «resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la “Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”»<sup>3394</sup>.

A su vez, el tribunal subrayó la importancia del artículo 29.d en el sentido de que la CADH no puede ser interpretada en el sentido de limitar o excluir normas que surjan de la DADDH u otros actos internacionales. Conforme con ello, la Corte IDH concluyó que existe un derecho a la estabilidad laboral que emana del derecho al trabajo reconocido en la DADDH y en el *corpus iuris* en materia de DESC. En el mismo año, la Corte IDH reiteró esta fórmula con el caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros v. Perú*, asentando así la justiciabilidad autónoma al artículo 26 en materia del derecho al trabajo.

Con los antecedentes peruanos, al año siguiente la Corte abordó otros tres casos donde declaró la violación directa al artículo 26, siendo uno de ellos nuevamente sobre el derecho al trabajo (*San Miguel Sosa y otras v. Venezuela*). Los otros dos, en cambio, trataban sobre hechos relacionados con el derecho a la salud: *Poblete Vilches y otros v. Chile y Cuscul Pitaral y otros v. Guatemala*. El primero de ellos surge a causa del fallecimiento del señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, una persona mayor, quien había ingresado en dos oportunidades al hospital público Sótero del Río. Allí, según la plataforma fáctica, el personal médico no adoptó las medidas necesarias para cuidar la salud de la víctima, lo cual tuvo como consecuencia su deceso. Debido a esto, la Corte responsabilizó a Chile por violar el derecho a la salud contenido en el artículo 26.

A su vez, distinguió que del artículo 26emanan dos tipos de obligaciones: (a) la adopción de medidas generales de carácter progresivo; y (b) la adopción de medidas específicas de carácter inmediato<sup>3395</sup>. La primera obligación conlleva la implementación de acciones que sean específicas, deliberadas y adecuadas para la plena garantía de los DESC y el acceso sin discriminación a las prestaciones concretas. La segunda, en cambio, implica «la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCA, lo cual conlleva una obligación de no regresividad»<sup>3396</sup>.

3392. *Ibidem*, párr. 143.

3393. *Idem*.

3394. *Ibidem*, párr. 144.

3395. Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 101.

3396. *Ibidem*, párr. 104.

Este desarrollo resulta importante toda vez que, si bien en Acevedo Buendía había sostenido que las obligaciones son de naturaleza progresiva, en los casos peruanos determinó la responsabilidad por obligaciones de tipo inmediato. Este cambio no fue mencionado dentro de las sentencias en Lagos del Campo y Trabajadores Cesados de Petroperú, salvo por el voto razonado del juez Ferrer MacGregor Poisot. Allí, el juez interamericano resaltó que los DESC no deben limitarse a un análisis desde el principio de progresividad o no regresión, porque lo único que logra es «perpetuar los falsos mitos relativos a que los DESCA solo dependen del paso del tiempo para ser garantizados»<sup>3397</sup>, dejando de lado que las obligaciones contenidas en el artículo 1.1 y 2 deben atravesar a todos los derechos humanos.

Entonces, es con Poblete Vilches que queda asentado, de manera expresa, que ambos tipos de obligaciones son aplicables al artículo 26, a la luz del *corpus iuris* internacional en materia de DESC. En esta línea de pensamiento, fue ante la segunda decisión sobre el derecho a la salud –Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala– que la Corte IDH declaró por primera vez la violación al principio de progresividad. El caso en cuestión hace referencia a la violación del derecho a la salud a 49 personas con VIH en Guatemala. Conforme surge de los hechos del caso, hasta los años 2006 y 2007 hubo en Guatemala una carencia absoluta de atención médica estatal a las víctimas en su condición de personas con VIH. Si bien luego el Estado guatemalteco implementó ciertos tratamientos, lo cierto es que la atención no fue ni integral ni adecuada. Consecuentemente, ocho de las víctimas fallecieron a causa de enfermedades oportunistas –algunas por no haber recibido atención alguna y otras tras una atención deficiente–.

Dentro de su análisis, la Corte IDH realizó una interpretación exhaustiva de la justiciabilidad de los DESC, a partir de una interpretación literal, sistemática, teleológica y otros métodos complementarios de interpretación. Además, reiteró la existencia de dos tipos de obligaciones relativas a los DESC (las de exigibilidad inmediata y las de carácter progresivo). Sobre estas últimas, el tribunal interamericano hizo un desarrollo más amplio que el presentado en Poblete Vilches, indicando que el desarrollo progresivo «requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad»<sup>3398</sup>. Así, resaltó que, en el marco de esa flexibilidad, el Estado tendrá «esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer»<sup>3399</sup>. En otras palabras, los Estados Partes deberán adoptar medidas y otorgar los medios que resulten necesarios para corresponder a aquellas exigencias de efectividad que pudieran surgir para los derechos en cuestión, «siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido»<sup>3400</sup>.

3397. Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Voto razonado de Ferrer MacGregor Poisot, párr. 51.

3398. Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 29.

3399. *Ibidem*, párr. 30.

3400. *Ibidem*, párr. 31.

Como puede verse, en tan solo dos años la Corte Interamericana logró un vasto desarrollo en materia de DESC. Así, continuó con esta línea jurisprudencial en sentencias a casos como *Muelle Flores v. Perú*, *Pavez Pavez v. Chile*, *Hernández v. Argentina*, *Lhaka Honhat v. Argentina* y *Vera Rojas v. Chile*. Algunos puntos de estos últimos dos casos serán recogidos y analizados a continuación.

### **3. HACIA UN ENFOQUE DIRECTO DEL DERECHO AL CUIDADO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO**

Como fue señalado al comienzo, el cuidado ya ha sido reconocido como derecho humano de manera explícita y los países de la región lo han ido incorporando en sus agendas. Sin embargo, aún no ha habido sentencias en las que el tribunal haya declarado una violación autónoma a este derecho<sup>3401</sup>. Algunos avances fueron alcanzados, por ejemplo, en el caso Vera Rojas, donde la Corte desarrolló la importancia de la rehabilitación y cuidados paliativos de una niña con discapacidad en el marco del derecho a la salud. Allí resaltó la importancia no sólo de brindar cuidados a las personas que lo requieren, sino también la obligación de los Estados de brindar el apoyo necesario a las familias que lo brindan (que, como reconoce el tribunal, son generalmente las mujeres)<sup>3402</sup>. Entonces, aunque no existe un abordaje autónomo del derecho al cuidado, ya se ha avanzado en el desarrollo a la luz de otros derechos.

Ahora bien, para identificar si es posible una protección directa del derecho al cuidado a la luz del artículo 26, resulta importante la sentencia de Lhaka Honhat. En efecto, si bien en los casos analizados relativos al artículo 26 la Corte se centró en derechos contenidos de manera explícita en la DADDH y/o en la Carta, en Lhaka Honhat amplió dicho margen. Así, afirmó que el derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 toda vez que «se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua»<sup>3403</sup>. Además, señaló que, a pesar de que no existe un reconocimiento expreso general, en el ámbito universal se ha determinado la

---

3401. En efecto, si bien casos como *Atala Riff y niñas v. Chile*, *Fornerón e hija v. Argentina*, *Ramírez Escobar y otros v. Guatemala* son sentencias en las que claramente el derecho al cuidado (en tanto derecho a cuidar, a recibir cuidados y al autocuidado) fue violentado, el tribunal no determinó una violación directa a este derecho.

3402. Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros v. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 111. Este caso resulta relevante porque amplía el análisis brindado en Atala Riff, Fornerón y Ramírez Escobar, donde se había centrado la cuestión en los estereotipos de género y el interés superior de las infancias. En cambio, en Vera Rojas se establece que es necesario que se adopten medidas en pos de que el cuidado pueda ser brindado.

3403. Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina, *cit. supra*, párr. 222. En la nota al pie a dicha oración, la Corte IDH recordó que «ya con anterioridad ha adoptado decisiones sobre la base de advertir la existencia de derechos a partir del contenido de otros que surgen de textos convencionales aplicables» (por ejemplo, con el derecho a la verdad en el caso *Gelman v. Uruguay*).

existencia del derecho al agua (por ejemplo, a partir de las observaciones generales del Comité de DESC)<sup>3404</sup>.

Lo mismo ocurre con el derecho a un medioambiente sano, sobre el cual la Corte ya había emitido la Opinión Consultiva OC 23/17 luego de los casos peruanos. Así, en Lhaka Honhat continúa con este criterio, según el cual el derecho a un medioambiente sano se encuentra protegido de manera implícita a través de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta que establecen la obligación estatal de alcanzar el desarrollo integral de la sociedad.<sup>3405</sup> Al respecto, en la Opinión Consultiva el tribunal resaltó que el desarrollo integral debe entenderse como «el nombre general dado a una serie de políticas que trabajan conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible»<sup>3406</sup>. Sumado a ello, utilizó el *corpus iuris* internacional para determinar el alcance de dicho derecho.

En esta sentencia, el tribunal recordó lo establecido en casos como Muelle Flores y Hernández, en el sentido de que «la misma Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, específicamente a través del artículo 29, el cual prevé el principio *pro persona*»<sup>3407</sup>. Con ello, «la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en [la Convención u otros tratados sobre los que tiene competencia] a la luz de otros tratados y normas pertinentes»<sup>3408</sup>. La Corte resaltó que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, por lo que debe realizarse una interpretación evolutiva sobre los mismos que sea acorde a la actualidad. Citó entonces el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en tanto «autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva del Tratado»<sup>3409</sup>.

Con lo expuesto, se observa que es posible la protección autónoma del derecho al cuidado a partir de un enfoque directo del artículo 26. Esto se debe a dos razones principales. La primera radica en que, al igual que lo que sucede con el derecho al

3404. Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina, *cit. supra*, pár. 223.

3405. *Ibidem*, pár. 202.

3406. Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal –interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, pár. 57, nota al pie 85.

3407. Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina, *cit. supra*, pár. 196.

3408. *Idem*.

3409. *Ibidem*, pár. 197. Esta aplicación de la CADH ya había sido utilizada en casos como *Pacheco Tineo y otros v. Bolivia*: «En ese sentido, el propio preámbulo de la Convención Americana se refiere expresamente a los principios reafirmados y desarrollados en instrumentos internacionales, «tanto de ámbito universal como regional» (pár. 3) y el artículo 29 obliga a interpretarla en atención a la Declaración Americana «y otros actos internacionales de la misma naturaleza». Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, pár. 57, nota al pie 179.

medioambiente y el derecho al agua, el derecho al cuidado se encuentra protegido de manera implícita tanto en la Carta de la OEA como en la DADDH. En efecto, la Carta de la OEA hace referencia al desarrollo integral de la sociedad que, según el tribunal, debe entenderse en el sentido de desarrollo sostenible. Sobre este punto debe recordarse que la Meta 5.4 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) hace expresa mención al cuidado: «[r]econocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país».

El derecho al cuidado también está protegido implícitamente en otras normas contenidas en la Carta y la DADDH como el derecho a la salud, a la alimentación, entre otros, los cuales han sido objeto, incluso, de pronunciamiento por parte de la Corte IDH en el marco del artículo 26<sup>3410</sup>. Se observa así que el derecho al cuidado puede derivarse del desarrollo integral y de estos otros derechos contenidos en los instrumentos mencionados para poder ser tratado de manera autónoma, conforme con la propia línea argumentativa del tribunal.

La segunda razón se debe al reconocimiento explícito del derecho al cuidado en el *corpus iuris* internacional en materia de DESC: en la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, los consensos celebrados desde el año 2007 en el marco de la CEPAL y las constituciones. Además, la REDESCA incluye al derecho humano al cuidado en su agenda, al igual que gran parte de los Estados de la región, y el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador incluye al cuidado dentro de sus indicadores de progreso.

#### **4. CONCLUSIONES**

Si bien la Corte Interamericana aún no ha tratado al derecho al cuidado de manera autónoma en su jurisprudencia, este trabajo ha mostrado que, conforme con los estándares vigentes, es un derecho que puede ser protegido desde un enfoque directo dentro del artículo 26. Esto se debe, principalmente, a que es un derecho que no sólo se encuentra contenido de manera implícita en gran variedad de derechos dentro de la DADDH y la Carta de la OEA, sino que ya ha sido ya reconocido explícitamente en la región.

La relevancia de su protección radica en que el cuidado como derecho universal viene a romper con los esquemas tradicionales materno/familiaristas, garantizando una provisión del cuidado de calidad a todas las personas por el simple hecho de su ciudadanía. La incorporación del cuidado dentro de las agendas estatales y las acciones adoptadas para su garantía dan lugar a una sociedad más igualitaria, visibilizando el trabajo que las mujeres han realizado de manera invisible, mayoritariamente dentro de los hogares, y garantizando que todas las personas (sin importar factores como la situación socioeconómica, el género, la raza, entre otros) puedan ser cuidadas, brindar cuidados y cuidarse a sí mismas, sin distinción.

3410. Ver: PAUTASSI, L., «El derecho al cuidado. De la conquista a su ejercicio efectivo», *op. cit. supra*.





## ESTUDIOS

O presente trabalho tem como objetivo fazer um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu e interamericano de proclamação solene dos direitos humanos. A comparação e o possível diálogo entre os sistemas e respetivos «guardiões» podem contribuir para a criação de um fio-de-prumo de democraticidade mínima que garanta uma proteção cada vez mais acentuada e efetiva dos direitos humanos dos cidadãos destas duas casas e quiçá servir de exemplo a nível mundial.

El presente trabajo visa realizar un estudio comparativo de los sistemas regionales europeos e interamericanos de proclamación solemne de los derechos humanos. La comparación y el posible diálogo entre los sistemas y sus respectivos «guardianes» pueden contribuir a la creación de un hilo democrático mínimo que garantice una protección cada vez más acentuada y efectiva de los derechos humanos de los ciudadanos de estas dos casas y quizás sirva de ejemplo a nivel mundial.

ISBN: 978-84-1162-450-3



A standard linear barcode representing the ISBN 978-84-1162-450-3.

9 788411 624503